

Aspectos Práticos sobre Pedidos de Exibição de Documentos em Arbitragens Internacionais à Luz das Regras da IBA

Practical Aspects of the Document Production Phase in International Arbitration under the IBA Rules

LEONARDO OHLROGGE

Advogado Sênior no escritório MLL – Meyerlustenberger Lachenal Friep em Zurique. Doutor pela Universidade de St. Gallen (Suíça) e LL.M. pela Universidade de Frankfurt (Alemanha). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com parte da graduação na Universidade de Freiburg (Alemanha).

BERNARDO BORCHARDT

Advogado no escritório Trench Rossi Watanabe Advogados. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

RESUMO: É comum em arbitragens internacionais que se tenha uma fase de produção de documentos, na qual as partes apresentam pedidos de exibição de documentos que estejam no controle da parte contrária e que sejam relevantes e substanciais ao resultado da arbitragem. Essa fase de produção de documentos frequentemente ocorre conforme o, ou com base no, procedimento previsto nas Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional, as quais foram elaboradas especificamente para procedimentos arbitrais com o objetivo de diminuir diferenças entre partes de diferentes sistemas jurídicos. Ainda que a fase de produção de documentos possa ser crucial para que uma parte possa se desincumbir do ônus da prova e contribuir para um procedimento mais justo, ela não está livre de criticismo. Pelo contrário, requerimentos de produção de documentos estão entre os principais fatores que contribuem para o aumento dos custos da arbitragem. Este artigo busca analisar a fase de produção forçada de documentos sob o ponto de vista prático e examinar possíveis soluções para tornar o procedimento menos oneroso. O artigo conclui que o procedimento previsto nas Regras da IBA não é problemático por si só, mas que árbitros e partes devem aproveitar a flexibilidade da arbitragem para adaptar o procedimento ao caso concreto, por exemplo, limitando o número de pedidos e/ou o escopo destes, quando necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Produção de Documentos. Produção de Provas. Prova Documental. Regras da IBA. Arbitragem Internacional.

ABSTRACT: It is common practice in international arbitrations to have a document production phase, in which the parties request documents under the control of the opposing parties that are relevant for the case and material to its outcome. The document production phase frequently takes place in accordance with, or based on, the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, which were designed specifically for arbitration proceedings aiming at bridging the gap between parties from different legal traditions. While the document production phase may be crucial for a party to present its case and contribute therefore to a fair proceeding, it is not immune to criticism. Quite to the contrary, requests for document production are among the main factors contributing to increasing the costs of the arbitration proceedings. This article addresses the document production phase from a practical perspective and

examine measures that can be adopted to enhance efficiency and to make the procedure less onerous. It concludes that the procedure for document production phase set forth in the IBA Rules is not problematic per se, but that arbitrators and parties shall make use of the flexibility of the arbitration to adapt the proceedings to the circumstances of the case when needed, e.g. by limiting the number of requests and/or their scope.

KEYWORDS: Document Production. Taking of Evidence. Documentary Evidence. IBA Rules. International Arbitration.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Produção de provas na arbitragem e exibição forçada de documentos; 2 Poderes dos árbitros; 3 Regras da IBA sobre produção de provas na arbitragem internacional; 4 Fase de produção de documentos; 5 Conceito de documento; 6 Requerimentos de exibição de documentos; 7 Respostas/objeções ao requerimento; 8 Documentos com terceiros; 9 A decisão do tribunal arbitral; 10 Medidas para lidar com documentos confidenciais; 11 Consequências da não apresentação de documentos; 12 Crítica à fase de produção de documentos; 13 Alternativas para a otimização da fase de produção de documentos; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Os requerimentos de exibição de documentos que estão em posse de uma das partes suscitam questões altamente relevantes para a arbitragem internacional, mas, no geral, sua aplicação se dá em procedimentos arbitrais abrangidos pela confidencialidade, de modo que muitos estudantes e profissionais que não atuam com certa frequência na seara arbitral podem ter dificuldade de visualizar como tais pleitos se desenvolvem na prática. Dita limitação figura como um obstáculo ao pleno desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no exterior e, portanto, democratizar o acesso a discussões sobre produção de provas é salutar a toda comunidade arbitral.

Diante dessa realidade, o que visamos com o presente trabalho não é esgotar todos os temas e as controvérsias oriundos da produção de prova documental em arbitragens internacionais, mas, sim, fornecer ao leitor um parâmetro geral de como a obtenção de documentos em posse da parte contrária ocorre na prática, de acordo com as Regras da International Bar Association sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional, publicadas, primeiramente, em 1999 e revisadas em 2010 e 2020 (Regras da IBA)¹. Para tanto, este estudo adota uma abordagem atenta a um duplo viés: (i) oferecer uma noção

¹ A revisão de 2020 não alterou substancialmente o texto publicado em 2010, mas trouxe modificações pontuais, as quais refletem, principalmente, práticas que já vinham sendo adotadas nos procedimentos, como, por exemplo, a possibilidade de realização de audiências remotas. No que tange à fase de produção de documentos, a revisão de 2020 contém alterações específicas que serão tratadas neste artigo quando relevantes. Além das Regras da IBA, outros exemplos de *soft law* em sede de arbitragem são: IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013), IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014), CIArb's Guidelines on Application for Security for Costs (2015), UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016), Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules) (2018), ICCA-NYC Bar-CPR Cybersecurity Protocol for International Arbitration (2020).

ampla de quando e como pedidos de exibição de prova documental são admitidos na prática, à luz das Regras da IBA; e (ii) realizar uma análise crítica da sua aplicação.

Em um primeiro momento, serão abordadas questões introdutórias atinentes à instrução probatória em procedimentos arbitrais, necessárias à plena compreensão das celeumas que delas se originam. Posteriormente, o enfoque será voltado às especificidades da fase de produção forçada de documentos, discorrendo-se desde a concepção do que se entende por *documento* até as consequências decorrentes do descumprimento de ordem do tribunal arbitral que determine sua apresentação. Por fim, examina-se a produção de documentos na arbitragem internacional sob um olhar crítico, expondo o aparente conflito entre a necessidade de garantir às partes meios eficientes para se desincumbirem de seu ônus probatório e os altos custos envolvidos em procedimentos dessa natureza.

1 PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM E EXIBIÇÃO FORÇADA DE DOCUMENTOS

A prova constitui elemento basilar do processo, seja ele judicial ou arbitral. O objetivo final de todo e qualquer litígio levado à apreciação jurisdicional é a prolação de uma sentença que, ao fim e ao cabo, consubstancia-se na costura da argumentação jurídica tecida pelas partes com as provas apresentadas ao julgador. Nesse contexto, a prova documental assume especial relevância, uma vez que decisões judiciais e arbitrais são, em grande parte, fundamentadas em documentos contemporâneos à época dos fatos².

Contudo, a instrução probatória em procedimentos arbitrais assume contornos um tanto quanto distintos daqueles com que nos deparamos nos foros e tribunais estatais. Isso se dá por diversos motivos, sendo um deles a ausência de uma estrutura processual rígida em sede arbitral, ao contrário da exaustiva regulação que encontramos em leis processuais, como no Código de Processo Civil, a exemplo do Direito brasileiro. Isto é, o processo judicial tende a ser extremamente regulado, sendo o espaço para discricionariedade do juiz e das partes para alterá-lo limitado por uma codificação preestabelecida. As tentativas de alteração desse regramento pouco dinâmico (quase estático) do proces-

2 Alguns autores afirmam que a prova documental produzida antes do início da disputa é frequentemente considerada mais forte de que outros tipos de prova para determinar a veracidade dos fatos alegados, inclusive se comparada com a prova testemunhal, haja vista que, em procedimentos arbitrais, os advogados das partes possuem ampla possibilidade para preparar testemunhas antes da audiência e, também, para auxiliá-las na elaboração de seus depoimentos escritos (*witness statements*). Nesse sentido: GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *International Arbitration – Comparative and Swiss Perspectives*. 3. ed. Schulthess: Zurique, 2016. para. 991. Ver, também, BERGER, Bernhard; KELLERHALS, Franz. *International and Domestic Arbitration in Switzerland*. 3. ed. Stämpfli Publishers: Berna, 2015. para. 1323.

so civil parecem não vingar, tais como o negócio jurídico processual, pouco utilizado na prática forense.

De outra banda, o processo arbitral é marcado pela liberdade das partes e dos árbitros de ditarem as regras procedimentais. Inclusive, a liberdade processual é encarada como um dos elementos basilares da arbitragem³. Dessa forma, exceto por ditames cogentes impostos pela garantia constitucional do devido processo legal, as partes têm amplo espaço para estabelecer as “regras do jogo”, o que fazem, na maioria dos casos, mediante remissão a regulamento de uma instituição arbitral ou definindo elas próprias um procedimento moldado às suas expectativas e necessidades⁴.

Porém, na maioria das jurisdições, as leis nacionais de arbitragem não regulam, de forma significativa, a maneira como o tribunal arbitral deve conduzir a instrução probatória⁵. Paralelamente, os regulamentos de câmaras arbitrais adotam a mesma postura superficial no tocante às normas aplicáveis à fase instrutória dos procedimentos⁶. O tribunal arbitral assume, sob essas circunstâncias, o papel de conduzir o procedimento da forma que considerar mais adequada, tendendo a fazê-lo de maneira a atender às legítimas expectativas das partes. A diferença de tais perspectivas dá azo a grande parte dos conflitos procedimentais.

Não é raro – para não se dizer comum – que os profissionais que atuam de maneira recorrente em procedimentos arbitrais tenham de lidar com partes, advogados e árbitros de diferentes países. Nessas situações, é frequente o surgimento de conflitos de visões e expectativas sobre a condução do procedimento. Ditas diferenças culturais acentuam-se ainda mais quando atuam no mesmo procedimento profissionais de tradições jurídicas distintas, notadamente de países de *common law* e de *civil law*⁷. Uma das principais diferenças diz respeito à obtenção de documentos que estão em poder da contraparte, a chamada *document production*⁸ no campo da arbitragem internacional.

3 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law Arbitration, 2003. para. 1-15.

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 52.

5 TRITTMANN, Rolf; KASOLOWSKY, Boris. Taking Evidence in Arbitration Proceedings Between Common Law and Civil Law Traditions: The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings. *UNSW Law Journal*, v. 31(1), p. 331-332.

6 Inclusive, não é do interesse das instituições arbitrais a elaboração de regras muito específicas, o que comprometeria a flexibilidade das arbitragens de se adaptarem aos casos específicos.

7 TRITTMANN, Rolf; KASOLOWSKY, Boris. *Op. cit.*, p. 337.

8 A tradução literal do termo “*document production*” para o português pode dar azo a interpretações equivocadas sobre o instituto em si. Isso porque a expressão “produção de documentos”, ao menos no Brasil, abrange não apenas pedidos de exibição de documentos, mas também a produção de provas pela própria parte, sem necessidade de obtê-las da contraparte ou de terceiros. Para fins do presente artigo, quando fizermos menção à “fase de produção de documentos”, o sentido remeterá unicamente à fase processual, adotada em arbitragens, nas quais as partes têm a oportunidade de apresentar pedidos de exibição de prova documental que não estão em sua posse ou seu controle.

Em termos práticos, na tradição de países ligados à *common law*, o mesmo grau de conhecimento das partes acerca dos fatos em disputa é considerado fundamental ao devido processo legal (*due process*). Para instrumentalizar referido princípio, as partes têm a obrigação de entregar umas às outras, desde o início do processo, todos os documentos que digam respeito ao litígio, independentemente de beneficiarem ou não seus interesses⁹. A exibição de documentos nesses moldes é conhecida como *discovery* entre os norte-americanos e como *disclosure* entre os ingleses, dois dos principais representantes da tradição jurídica anglo-saxã¹⁰. Cumpre ressaltar que não há óbice para que as partes adotem procedimentos nos moldes de *discovery/disclosure* em sede arbitral. Porém, dita abordagem só é usual quando ambas as partes e seus advogados advenham da mesma tradição de *common law*¹¹.

De forma completamente distinta, na tradição de *civil law*, entende-se que cada parte é responsável por trazer aos autos os documentos que dão suporte à sua tese, admitindo-se apenas em caráter excepcional, e por ordem expressa do julgador, que uma parte seja compelida a exibir documentos que possam embasar tese contrária aos seus interesses¹². Assim, não se pode dizer que a exibição forçada de documentos é completamente desconhecida em países da tradição continental, mas sim que seu cabimento e sua amplitude são substancialmente limitados¹³.

Contudo, mesmo diante desses conflitos culturais, atingiu-se, de certa forma, um consenso entre profissionais ligados à arbitragem que um certo grau de exibição forçada de documentos mediante requerimento da parte adversa deve ser admitido, tendo em vista que a apresentação de todas as provas relevantes e substanciais ao caso é considerada de extrema importância para o julgamento justo da causa¹⁴. A razão por trás disso é oportunizar que ambas as partes se desincumbam do seu ônus probatório, mesmo que isso gere a elas o dever de apresentar documentos que lhes sejam desfavoráveis¹⁵. Isso porque,

9 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas em arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 125.

10 TRITTMANN, Rolf; KASOLOWSKY, Boris. *Op. cit.*, p. 8; McILWRATH, Michael; SAVAGE, John. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide, The Conduct of the Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2015. para. 5-181. Conforme Gary Born, tanto *discovery* como *disclosure* se referem à ordem dos tribunais arbitrais (ou estatais) em relação à prova que será exibida para que as partes substanciem as suas alegações. A questão relevante é o escopo dos materiais a serem exibidos e as disputas em relação ao uso de qual termo deve ser utilizado não é a maneira adequada de resolver a questão, de modo que a terminologia a ser empregada é irrelevante (BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 2496).

11 BLANKE, Gordon. Document Production in International Arbitration: From civil and common law dichotomy to operational synergies. In: O'REILLY, Michael (Ed.). *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). Sweet & Maxwell, v. 83, 2017. p. 425.

12 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 125.

13 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, p. 7-8, 2010. Em relação ao direito brasileiro, ver arts. 396 e seguintes do Código de Processo Civil.

14 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 2495; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 128.

15 BLANKE, Gordon. *Op. cit.*, p. 425.

em certas ocasiões, a parte que tem o ônus da prova não apresenta condições de satisfazê-lo sem que se utilize de documentos que estão em poder da contraparte ou de terceiros¹⁶.

2 PODERES DOS ÁRBITROS

Na arbitragem internacional, se reconhece, de forma pacífica, que os árbitros têm poderes para determinar que as partes exibam documentos, mesmo que desfavoráveis aos seus interesses, seja a requerimento de uma das partes ou até mesmo de ofício por decisão do tribunal arbitral. Tais poderes podem decorrer, basicamente, de três fontes: (i) da lei nacional de arbitragem aplicável ao procedimento; (ii) das regras institucionais às quais a arbitragem está sujeita; ou (iii) da vontade comum das partes.

Podemos citar, a título de exemplo de leis que preveem expressamente que os árbitros têm poderes para determinar a exibição de documentos, as leis de arbitragem da Inglaterra¹⁷, dos Estados Unidos¹⁸, da França¹⁹ e de Singapura²⁰. Entretanto, vale lembrar que grande parte das legislações não fazem referência expressa à competência dos árbitros para determinar a exibição forçada de prova documental. Contudo, tal fato, por si só, não é um empecilho à adoção desse tipo de medida, uma vez que, comumente, as leis nacionais estabelecem que os árbitros estão investidos de amplos poderes para conduzir o procedimento e determinar a produção de todas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia²¹. É o caso da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), cujo art. 22 dispõe que o árbitro pode "determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício". Nessa esteira, é amplamente aceito que tais poderes gerais

16 AMARAL, Guilherme Rizzo. Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 35(1), p. 4, 2018.

17 Arbitration Act 1996, Section 34(2)(d): "It shall be for the tribunal to decide: [...] (d) whether any and if so which documents or classes of documents should be disclosed between and produced by the parties and at what stage".

18 Federal Arbitration Act, art. 7: "The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case".

19 Código de Processo Civil francês, art. 1.467(3): "Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte".

20 International Arbitration Act, art. 12(1): "Without prejudice to the powers set out in any other provision of this Act and in the Model Law, an arbitral tribunal shall have powers to make orders to make orders to give directions to any party for [...] (b) Discovery of documents and interrogatories".

21 Por exemplo, na Alemanha, §1042(4) ZPO: "Absent an agreement by the parties, and in those cases regarding which the present Book does not make any provisions, the procedural rules shall be determined by the arbitral tribunal at its sole discretion. The arbitral tribunal is authorised to decide on the admissibility of the taking of evidence, to so take evidence, and to assess the results at its sole discretion". Na Áustria, art. 599(1) ZPO: "The arbitral tribunal is authorised to rule upon the admissibility of the taking of evidence, to carry out such taking of evidence and to freely evaluate the result thereof".

para conduzir o procedimento abrangem também aqueles para exigir que as partes apresentem documentos que estejam sob o seu controle²².

No que tange às regras institucionais, diversas das principais câmaras internacionais têm previsão específica acerca dos poderes dos árbitros para determinar que uma parte apresente documentos sob seu controle, como, por exemplo, SCAI²³, AAA-ICDR²⁴, SIAC²⁵, SCC²⁶, DIS²⁷, WIPO²⁸, LCIA²⁹, e, de uma maneira mais geral, a ICC³⁰. Ademais, as Regras de Arbitragem da UNCITRAL também dispõem sobre a possibilidade de as partes requererem a exibição de prova documental em poder da parte contrária³¹.

Entretanto, à semelhança do que se passa nas leis nacionais de arbitragem, a ausência de previsão expressa em regras institucionais não constitui limitação aos poderes dos árbitros para determinar que as partes exibam documentos, uma vez que os regulamentos tendem a conceder aos árbitros amplos poderes para determinar a produção de todas as provas necessárias ao julgamento da controvérsia³².

Por fim, conforme anteriormente ressaltado, os poderes instrutórios dos árbitros para determinarem a exibição de documentos em poder das partes podem advir da vontade das partes. Ao estabelecerem as regras que regerão o procedimento, após a constituição do tribunal arbitral, é comum que se faça referência à fase de produção de documentos em ordem processual. Nesse caso, não havendo oposição das partes, tem-se que os árbitros estarão investidos, por comum acordo entre as partes, de poderes para determinar a produção de documentos.

22 POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 2007. para. 650.

23 SCAI (2012), art. 24.3.

24 AAA-ICDR (2021), art. 24(4).

25 SIAC (2016), art. 27(f).

26 SCC (2017), art. 31(3).

27 DIS (2018), art. 28.2.

28 WIPO (2020), art. 50(b).

29 LCIA (2020), art. 22.1(v).

30 ICC (2021), art. 25(5).

31 UNCITRAL (2013), art. 27(3).

32 A título de exemplo: CAM-CCBC (2016), art. 7.4.1: "Caberá ao tribunal arbitral deferir e estabelecer as provas que considerar úteis, necessárias e adequadas, segundo a forma e a ordem que entender convenientes ao caso concreto". Ciesp-Fiesp (2013), art. 10.4: "Caberá ao tribunal arbitral deferir as provas que considerar úteis, necessárias e pertinentes, bem como a forma de sua produção". CBMA (2013), art. 11.1 "Em qualquer fase do procedimento, o tribunal arbitral poderá determinar às partes que produzam as provas que julgue necessárias ou apropriadas". Amcham (2018), art. 15.1: "O tribunal arbitral procederá à instrução da causa com brevidade, cabendo a ele decidir sobre a produção de provas solicitadas pelas Partes ou determinar a realização das que entender cabíveis".

3 REGRAS DA IBA SOBRE PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Diante das lacunas deixadas nas legislações nacionais e pelos regulamentos das câmaras de arbitragem no tocante à produção de provas, os profissionais da arbitragem vêm se utilizando de diversas fontes normativas não vinculantes para nortear a condução dos procedimentos. Esse cenário culminou na criação de regras que são fruto de uma harmonização entre as visões de países de *common law* e de *civil law* sobre o tema, de modo que o aparente paradoxo entre esses dois sistemas jurídicos se transformou em uma sinergia³³.

Essas regras enquadram-se no conceito de *soft law*, termo utilizado para se referir a normas e princípios que não são, por si só, vinculantes, mas que podem vir a ser adotados em determinados casos, adquirindo, portanto, certo *status legal*³⁴. Podem ser enquadrados neste conceito, por exemplo, diretrizes, protocolos, códigos de conduta e recomendações por órgãos não estatais como associações profissionais e instituições arbitrais³⁵. Esses conjuntos de normas, por serem desprovidos de vinculatividade, são incorporados à arbitragem por acordo entre as partes ou por decisão do tribunal arbitral³⁶.

Importa ressaltar que a *soft law* não compete com a chamada *hard law* (regramentos vinculantes), tendo seu campo de atuação adstrito à *no law*, ou seja, àquelas matérias que não têm regramento próprio vinculante às partes e aos árbitros³⁷. Isso porque os procedimentos arbitrais que tramitam em determinada jurisdição estão submetidos, em regra, à legislação arbitral editada pelo país sede da arbitragem e, ainda, às regras institucionais de arbitragem eleitas pelas partes³⁸. Contudo, como já ressaltado, a produção de provas não é, em geral, objeto de regulação exaustiva, sendo um campo fértil para a utilização de regras não vinculantes.

Entre todas as propostas de aproximação processual entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, merecem maior destaque as Regras da IBA. Estas

33 MARGHITOLA, Reto. *Op. cit.*, p. 423.

34 HODGES, Paula. The Arbitrator and the Arbitration Procedure, The Proliferation of "Soft Laws" in International Arbitration: Time to Draw the Line? *Austrian Yearbook on International Arbitration*, p. 208, 2015: "How can law be 'soft'? Can 'law' have anything other than a 'hard' or binding effect? Yet, soft law has become the term used to describe how norms or principles can become adopted (either formally or as a matter of practice) and achieve a discernible legal status, while having no binding effect per se". Ainda sobre o conceito de *soft law*, consultar GREINER, Daniel; MEDVEDSKAYA, Anastasia. Beyond High Hopes and Dark Fears: Towards a Deflationary View of Soft Law in International Arbitration. *ASA Bulletin*, 38(2), p. 415-418, 2020.

35 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O papel da *soft law* processual no desenvolvimento da arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Ed.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrólio R. Muniz*. São Paulo: Grupo GEN, 2017. p. 5.

36 Muitas vezes os árbitros especificam que vão se basear na *soft law* sem estar completamente vinculados por estas, i.e., vão utilizá-las apenas como diretrizes, como acontece muito com as Regras da IBA.

37 BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/1996. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71.

38 TRITTMANN, Rolf; KASOLOWSKY, Boris. *Op. cit.*, p. 331.

surgiram de uma tentativa – ao nosso ver bem-sucedida – de criar sinergias operacionais entre os dois citados sistemas jurídicos, introduzindo uma estrutura prática para a produção de provas na arbitragem internacional, incluindo pedidos de exibição de documentos em procedimentos arbitrais³⁹.

As Regras da IBA foram produzidas, portanto, para remediar as incertezas que circundavam a forma em que a instrução probatória deve ser conduzida em arbitragens internacionais. Reconhece-se que elas refletem um consenso de boas práticas procedimentais, tendo em vista que se situam no meio do caminho entre, de um lado, os sistemas de *discovery* e *disclosure* adotados por países de *common law* e, de outro, a visão dos países de *civil law*.

Em razão dessa dita harmonização, há autores que afirmam que as Regras da IBA construíram uma ponte entre o sistema jurídico continental e o anglo-saxão, culminando na sua ampla aceitação prática⁴⁰. Com isso, tem-se que grande parte dos tribunais arbitrais adotam procedimentos similares ou até mesmo idênticos aos previstos nas Regras da IBA quando da condução do procedimento arbitral⁴¹.

Essa aproximação cultural é claramente percebida na possibilidade de se obter documentos em poder da parte contrária com maior facilidade do que em sistemas de *civil law*, mas com escopo menor do que comumente se testemunha em países de *common law*. Conforme será demonstrado adiante, na arbitragem internacional, a prática demonstra que é possível que uma parte seja compelida a exibir documentos, mas tão somente aqueles que se mostrem, de fato, fundamentais à resolução da controvérsia.

Com isso, pode-se afirmar, inclusive, que as Regras da IBA desempenham um papel fundamental no “nivelamento do campo do jogo” processual, bem como conferem certa previsibilidade quanto às regras que serão adotadas na obtenção de provas⁴².

Para comprovar a receptividade dessas regras de *soft law* na prática, em pesquisa conduzida pela própria International Bar Association em 2016, restou

39 BLANKE, Gordon. *Op. cit.*, p. 427.

40 MARGHITOLA, Reto. *Op. cit.*, p. 36.

41 GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *Op. cit.*, para. 994; BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 2522: “Although generalizations are risky, the revised 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence set forth a relatively frequently-used, and sensible, procedure for tribunal-ordered document disclosure in international arbitration”. Gary Born cita, ainda, Richard Kreinder, o qual afirma: “It can be stated without falling prey to exaggeration that the IBA Rules of Evidence, in their pre-existing form, rapidly became one of the generally accepted mainstays of international commercial arbitration over the last decade” (KREINDLER, Richard. The 2010 Revision to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: A Study in Both Consistency and Progress. *International Arbitration Law Review*, v. 13(5), p. 157, 2010).

42 HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbitrator of Fairness in the Conduct of Proceedings? In: MENAKER, Andrea (Ed.). *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*. ICCA Congress Series. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, v. 19, 2017. p. 611.

demonstrado que as Regras da IBA são referidas em cerca de 48% das arbitragens a nível global. Nas sedes mais populares de arbitragens internacionais, esse número é significativamente superior: Singapura (78%), Inglaterra (72%), Suíça (62%) e França (62%)⁴³. Inclusive, as partes frequentemente se referem às Regras da IBA mesmo sem prévia referência pelo tribunal arbitral a elas antes da fase de produção de documentos. Em outras palavras, as partes costumam partir do pressuposto de que elas serão utilizadas⁴⁴.

Em território brasileiro, contudo, os números mostram-se mais tímidos, acusando a pesquisa que as Regras da IBA foram referidas em apenas 11% dos procedimentos⁴⁵. Isso se deve, principalmente, ao número também reduzido de arbitragens internacionais com sede no Brasil, o que não afasta a importância prática do tema.

4 FASE DE PRODUÇÃO DE DOCUMENTOS

Conforme ressaltado anteriormente, é comum que as partes estabeleçam, no início do procedimento, um cronograma de datas para a apresentação de pedidos de produção de documentos, respostas e, ao fim, para a prolação da decisão do tribunal arbitral acerca dos requerimentos. Os procedimentos arbitrais podem vir a ter, portanto, uma fase de produção de documentos, a qual ocorre, geralmente, entre a resposta às alegações iniciais e a réplica. Trata-se do momento processual mais oportuno, uma vez que ambas as partes já se manifestaram sobre o mérito do caso e, conseqüentemente, estão aptas a verificar a necessidade de solicitar ao tribunal arbitral que determine a apresentação de documentos que entendam essenciais à comprovação de suas alegações.

Ainda, caso a fase de produção de documento se dê nesse momento processual, poderão as partes se utilizar dos documentos obtidos em sede de réplica e tréplica e, caso necessário, na própria audiência de instrução.

Do ponto de vista do tribunal arbitral, também se mostra vantajoso que a fase de produção de documentos se dê apenas após a primeira rodada de alegações escritas⁴⁶. Isso porque, como principais destinatários da prova, é só

43 *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products* elaborada pela Associação Internacional de Advogados IBA, Guidelines and Rules Subcommittee, em setembro de 2016, para. 42.

44 ENOCK, Roger; MELIA, Alexandra. Ad Hoc Arbitrations. In: LEW, Julian et al. *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2013. p. 98-99; ALFTER, Philipp. *Das Beweismaß in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*. Wiesbaden: Springer, 2019. p. 343.

45 *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products* preparada pela Associação Internacional de Advogados IBA, Guidelines and Rules Subcommittee, em setembro de 2016, para. 32.

46 Nesse sentido: “In general, in view of the requirements of relevance, materiality and proportionality, a tribunal will usually be in a better position to make an informed decision on requests for document production after at least a first round of submissions on the merits” (ICC Commission Report. Managing e-document production, 2016, p. 10).

a partir de então que os árbitros poderão avaliar, com maior segurança, a relevância e substancialidade dos documentos requeridos pelas partes.

Quanto aos prazos, é preciso lembrar que as partes têm ampla liberdade para estabelecerem o cronograma processual que julgarem mais adequado. Contudo, na prática, a fase de produção de documentos tende a durar, em média, um mês, com prazos de uma semana para cada uma das seguintes etapas: (i) apresentação dos requerimentos, (ii) respostas/objeções aos requerimentos, (iii) réplicas⁴⁷ e (iv) decisão do tribunal arbitral. Em arbitragens de maior complexidade, com um grande volume de documentos envolvidos, esses prazos podem ser estendidos para, por exemplo, 15 dias ou até mesmo mais⁴⁸. Por outro lado, em arbitragens expeditas, a fase de produção de documentos tende a ser adotada apenas em casos excepcionais⁴⁹. Porém, caso ela se mostre, de fato, necessária, sugere-se que as partes e o tribunal arbitral fixem prazos mais curtos ou, então, não oportunizem a apresentação de réplica.

Essas definições, relativas à fase de produção de documentos, ocorrem, geralmente, durante a conferência sobre a condução do procedimento (*case management conference*), na qual discute-se o cronograma e as regras procedimentais da arbitragem, posteriormente instrumentalizadas em ordem processual e no termo de arbitragem (quando exigidos)⁵⁰.

A título exemplificativo, trazemos, a seguir, um cronograma processual (*Procedural Timetable*), de certa forma padrão em arbitragens internacionais⁵¹:

- 47 Uma das alterações introduzidas às Regras da IBA pela reforma de 2020 foi a adição do seguinte texto ao art. 3.5: "If so directed by the Arbitral Tribunal, and within the time so ordered, the requesting party may respond to the objection". Tal alteração reflete o que se vê frequentemente na prática. Entretanto, percebe-se no novo texto que o direito à réplica não é absoluto.
- 48 Os prazos são bastante maleáveis e estão diretamente relacionados à complexidade do procedimento. Em arbitragens de investimento, os prazos tendem a ser maiores. Por exemplo, no caso Pawlowski AG contra República Tcheca, o calendário processual estabeleceu o prazo de quatro semanas para elaboração dos pedidos e o prazo de oito semanas para apresentação das respostas. Entre ambos os prazos houve a apresentação de documentos incontroversos após cinco semanas, contadas da apresentação dos pedidos (ICSID Case no. ARB/17/11, Procedural Order no. 1, 13.02.2018, Annex A). Para outros exemplos de cronogramas processuais, ver, também, *Bridgestone Licensing Services v. Panamá* (ICSID Case no. ARB/16/34, Procedural Order no. 5, 30.01.2018, Annex A – *Timetable*); *Electrabel S.A. v. Hungary* (ICSID Case no. ARB/07/19, Procedural Order no. 3, 27.03.2009).
- 49 Nesse sentido, ICC (2021), Apêndice VI (Regras da Arbitragem Expedita), art. 3(4): "O tribunal arbitral adotará, discricionariamente, as medidas procedimentais que considerar adequadas. Em particular, o tribunal arbitral poderá decidir, após consultar as partes, não permitir requerimentos de produção documental ou limitar o número, a extensão e o escopo de manifestações escritas e testemunhos escritos (tanto para testemunhas quanto para peritos)".
- 50 As regras incluídas na Ordem Processual nº 1 tendem a ser baseadas nos arts. 3 e 9 das Regras da IBA. O nível de detalhamento depende do estilo do árbitro e da exigência das partes. Pode o tribunal já deixar claro, por exemplo, regras sobre a (não) necessidade de tradução de documentos nesta etapa, a possibilidade de uma eventual conferência telefônica em caso de urgência antes da decisão do tribunal arbitral e de qual forma os documentos devem ser produzidos.
- 51 Esse exemplo lista as principais etapas processuais após a constituição do tribunal arbitral. Cabe ressaltar que cada arbitragem tem o seu próprio cronograma, elaborado pelo tribunal arbitral em conjunto com as partes conforme as particularidades do caso – e muitas vezes modificado no decorrer da arbitragem. Os cronogramas processuais podem variar dos mais simples até os mais complexos. Por exemplo, é possível que a arbitragem tenha somente uma rodada de alegações escritas antes da sentença final. Entretanto, há diversos fatores que demandam um calendário mais complexo, e.g., medidas cautelares, objeções à jurisdição, *joinders* e bifurcação do procedimento. A bifurcação é a divisão do procedimento arbitral em mais de uma etapa. Por exemplo, jurisdição e mérito.

Cronograma Processual			
Datas	Alegações Iniciais		Requerente
	Resposta às Alegações Iniciais		Requerida
	Fase de Produção de Documentos	Requerimento	Parte Solicitante
		Resposta	Parte Solicitada
		Réplica	Parte Solicitante
		Decisão	Tribunal Arbitral
	Produção dos Documentos	Parte Solicitada	
	Réplica		Requerente
	Tréplica		Requerida
	Audiência		
	Alegações Finais		Requerente e Requerida
	Manifestações quanto aos custos da arbitragem		Requerente e Requerida
	Sentença		Tribunal Arbitral

Finda a fase de produção de documentos, a apresentação de novos requerimentos para exibição de prova documental é admitida pelos árbitros excepcionalmente, devendo a parte justificar a razão pela qual os documentos não foram solicitados no momento oportuno. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando restar demonstrado que a parte tomou ciência de um documento relevante à controvérsia somente após este ser mencionado por uma testemunha durante a audiência ou, também, caso o documento tenha relação direta com algum ponto suscitado pela contraparte em petição posterior à fase de produção de documentos.

De outra banda, o pedido de exibição de documentos em posse da parte contrária apresentado antes do momento processual estabelecido tomará a forma de uma medida de natureza cautelar, devendo a parte solicitante observar os regramentos específicos aplicáveis a esse tipo de medida.

5 CONCEITO DE DOCUMENTO

O conceito de documento é definido pelas próprias Regras da IBA, compreendendo qualquer documento escrito, comunicação, gravura, desenho, programa ou dado de qualquer espécie, gravados ou mantidos em papel ou

Inclusive, o próprio mérito pode ser dividido em mais de uma etapa, tais como responsabilidade e quantificação do dano. O site da ICC apresenta um exemplo de cronograma similar ao demonstrado nesse artigo, conjuntamente com algumas variações: <<https://iccwbo.org/publication/model-of-icc-procedural-timetable>> (acesso em: 4 fev. 2021). Para exemplos de calendário processual lidando com bifurcação, ver *Ayat Nizar Raja Sumrain v. State of Kuwait* (ICSID Case no. ARB/19/20, Procedural Order no. 1, 30.06.2020, Annex A); *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia* (ICSID Case no. ARB/16/41, Procedural Order no. 1, 30.11.2017, Annex A); *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case no. UNCT/15/3, Procedural Order no. 1, 10.09.2015, Annex A).

meio eletrônico, áudio, vídeo ou qualquer outro meio⁵². Isto é, toda informação armazenada de qualquer forma é considerada um documento sob a ótica das Regras da IBA.

Ao contrário do que a expressão Produção de Documentos – tradução lusófona de “*Document Production*” – possa sugerir, é importante salientar que o documento deve existir quando do requerimento de exibição. Ou seja, em regra, não se pode ordenar que as partes criem um documento para ser apresentado⁵³.

6 REQUERIMENTOS DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

Para que a parte logre êxito no seu pedido para que a parte adversa apresente documentos que estão em sua posse, é praxe que se exija que o requerimento apresentado aos árbitros preencha os requisitos insculpidos no art. 3.3 das Regras da IBA, quais sejam: (i) descrição suficientemente precisa do documento ou categoria de documentos que se pretende obter; (ii) demonstração de que tais documentos são, de fato, relevantes ao caso e substanciais ao resultado da arbitragem; (iii) comprovação de que os documentos solicitados não estão na posse, na custódia ou no controle da parte solicitante ou que sua obtenção ocasionaria um ônus desproporcional a esta; e (iv) explicação das razões que levam o solicitante a crer que a contraparte está na posse, na custódia ou no controle da documentação⁵⁴.

Com relação à descrição dos documentos a serem exibidos, as partes devem delimitar, tanto quanto possível, o escopo do requerimento. É de suma importância que os documentos aos quais se pretende ter acesso sejam individualizados ao máximo, visto que pedidos genéricos tendem a ser indeferidos pelos árbitros, haja vista a inadmissibilidade de *fishing expedition*⁵⁵.

52 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), Definitions, “Document” means a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means.

53 ZUBERBÜHLER, Tobias et al. *IBA Rules of Evidence – Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Zurique: Schulthess, 2012. art. 3, para. 124.

54 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 3.3: “Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, any Party may submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties a Request to Produce: (a) (i) a description of each requested Document sufficient to identify it, or (ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist; in the case of Documents maintained in electronic form, the requesting Party may, or the Arbitral Tribunal may order that it shall be required to, identify specific files, search terms, individuals or other means of searching for such Documents in an efficient and economical manner; (b) a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome; and (c) (i) a statement that the Documents requested are not in the possession, custody or control of the requesting Party or a statement of the reasons why it would be unreasonably burdensome for the requesting Party to produce such Documents, and (ii) a statement of the reasons why the requesting Party assumes the Documents requested are in the possession, custody or control of another Party”.

55 Conforme Reto Marghitola, “in international arbitration, perhaps no phrase carries more negative connotations than ‘fishing expedition’. Scholars almost unanimously agree that fishing expeditions are not admissible in international arbitration. Hence, fishing expedition is one of the most frequent objections to a document

Apesar da inexistência de um conceito legal, o termo *fishing expedition* é largamente utilizado na prática para se referir àqueles pedidos nos quais a parte não identifica propriamente um documento específico ou uma categoria delimitada de documentos a serem exibidos, mas apresenta um pedido bastante amplo, buscando obter o maior volume de documentos possível para que, a partir disso, extraia elementos que possam embasar suas pretensões. Tendo em vista a inadmissibilidade de condutas dessa natureza, a parte deve especificar suficientemente as características da prova objeto do requerimento, informando ao tribunal, por exemplo, o autor do documento, a data em que foi produzido e o seu respectivo conteúdo⁵⁶.

Caso a parte não esteja em condições de descrever minuciosamente cada um dos documentos a que pretende ter acesso, é possível que o requerimento abranja uma categoria mais ampla destes⁵⁷, principalmente quando a documentação almejada consubstancia-se em documentos similares e relacionados a um mesmo tópico da disputa⁵⁸. Em uma arbitragem envolvendo um contrato de representação comercial, por exemplo, pode a parte solicitar a apresentação de todas as ordens de compra feitas por um determinado cliente durante um certo período de tempo.

De outra banda, a demonstração da relevância para o caso e substancialidade para o resultado da arbitragem dos documentos requeridos é ponto fulcral do requerimento, sendo as discussões acerca do cabimento do pedido de exibição centradas, em grande parte, em torno dessas condições.

Os critérios da relevância ao caso e substancialidade ao resultado da arbitragem da documentação que se busca obter, ainda que corriqueiramente confundidos, são requisitos distintos e cumulativos. É bem verdade que a antiga redação das Regras da IBA, na sua versão publicada em 1999, contribuía para a interpretação de ambos requerimentos como uma expressão redundante ao dispor que os documentos requeridos deveriam ser “*relevant and material to*

production request. Even though the term ‘fishing expedition’ belongs to the standard vocabulary of international arbitration, its meaning is less than clear. There are almost as many definitions as authors” (MARGHITOLA, Reto. Op. cit., p. 61). A expressão é utilizada inclusive nos próprios comentários ao texto revisado de 2010 e 2020, Commentary on the revised text of the 2020, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 1999, IBA Working Party & 2010, IBA Rules of Evidence Review Subcommittee & 2020, IBA Rules of Evidence Review Task Force: “Article 3.3 is designed to prevent a broad ‘fishing expedition’, while at the same time permitting parties to request documents that can be identified with reasonable specificity and which can be shown to be relevant to the case and material to its outcome” (p. 9). Ainda: “Permitting parties to ask for documents by category, however, prompted more discussion. The 1999 Working Party and the 2010 Review Subcommittee did not want to open the door to ‘fishing expeditions’. However, it was understood that some documents would be relevant and material and properly produced to the other side, but that they may not be capable of specific identification” (p. 10).

56 ZUBERBÜHLER, Tobias et al. *IBA Rules of Evidence – Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Zurique: Schulthess, 2012. art. 3, para. 110.

57 Mesmo nesta hipótese, as partes devem procurar delimitar ao máximo a categoria de documentos, uma vez que pedidos vagos ou demasiadamente amplos não serão concedidos.

58 Zuberbühler, Tobias et al. *Op. cit.*, art. 3, para. 112.

the outcome of the case”⁵⁹. A nova redação, porém, traça um delineamento mais claro entre ambos os requisitos: “*Relevant to the case and material to its outcome*”. Porém, não os define com maior precisão.

Mesmo com a alteração na redação do art. 3.3, a diferença entre relevante para o caso e substancial (*materia*⁶⁰) para o seu resultado é, ainda, sutil. Primeiramente, é importante ressaltar que todo documento que for substancial ao resultado da arbitragem, ou seja, que possa ter o condão de afetar o julgamento do mérito, será relevante. Entretanto, nem todo documento relevante será substancial para o resultado da arbitragem. O requisito da substancialidade para o resultado da arbitragem possibilita que tribunais arbitrais neguem a produção de documentos que, geralmente, poderiam ser relevantes, mas que o tribunal arbitral entenda não ser necessários para o julgamento da arbitragem⁶¹. É o caso, por exemplo, quando uma das partes solicita a apresentação de certo documento para provar um fato incontroverso ou que pode ser comprovado por meio de documentos que já estão à sua disposição. Nesse caso, os documentos solicitados podem ser relevantes, mas não serão considerados substanciais ao deslinde da controvérsia, uma vez que a sua apresentação não surtiria efeito diverso no resultado da arbitragem⁶².

Dessa forma, para preencher os requisitos da relevância para o caso e substancialidade para o resultado da arbitragem, é de suma importância que as partes exponham aos árbitros quais fatos elas pretendem comprovar com a documentação que almejam obter e qual a importância desse fato para o julgamento do caso.

Ao diferenciar os critérios de relevância e substancialidade, Gabrielle Kaufmann-Kohler e Philippe Bärtsch afirmam que documentos relevantes ao caso são aqueles que provavelmente provarão um fato do qual podem ser extraídas consequências legais, ao passo que os documentos substanciais ao resultado da arbitragem são aqueles necessários para que o tribunal arbitral tenha completo entendimento da questão legal diante de si⁶³. Por sua vez, Reto Marghitola propõe definição similar, mas com uma significativa alteração, se-

59 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (1999), art. 3.3(b): “A description of how the documents requested are relevant and material to the outcome of the case”.

60 Oxford Advanced Learner’s Dictionary. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018: “Material (adj) [...] 3 (formal or law) important and needing to be considered: material evidence”.

61 REDFERN, Alan et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford University Press, 2015. para. 6.98.

62 *Ibid.*, para. 6.98: “[T]he requirement of showing ‘materiality’ to the outcome of the case is an increased burden. It also enables arbitral tribunals to deny document requests where, although the requested documents would generally be relevant, they consider that their production will not affect the outcome of the proceedings”.

63 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; BÄRTSCH, Philippe. *Discovery in international arbitration: How much is too much?* SchiedsVZ, 2004(1). p. 18: “A relevant document is one likely to prove a fact from which legal conclusions are drawn. A material document is one that is needed to allow complete consideration of the legal issues presented to the tribunal”.

gundo a qual documentos substanciais ao resultado da arbitragem são aqueles necessários para que o tribunal arbitral tenha completo entendimento dos fatos controversos dos quais considerações jurídicas são extraídas⁶⁴.

No que tange à posse, à custódia ou ao controle dos documentos, as Regras da IBA não trazem qualquer definição desses termos. Entretanto, da inclusão destas três palavras denota-se que podem ser solicitados não somente aqueles documentos que estejam arquivados ou armazenados com uma das partes, mas também aqueles que estejam de alguma forma sob o controle da parte. Ou seja, posse, custódia e controle abrangem tanto hipóteses nas quais as partes estão com os documentos ou são capazes de obtê-los⁶⁵. Por exemplo, um documento com uma subsidiária pode ser considerado sob controle de uma das partes, dependendo do grau de controle exercido por esta sobre a empresa controlada⁶⁶.

A fim de demonstrar o cabimento do pedido, é comum que os requerimentos de exibição de documentos façam referência a uma *Redfern Schedule*, como é conhecido o formato básico da seguinte tabela, originalmente concebida por Alan Redfern⁶⁷:

Pedido de Produção de Documentos da Parte Autora				
Pedido nº	Documento/ Categoria de Documentos	Relevância/Sub- stancialidade	Resposta/Objecção	Decisão do Tribunal Arbitral

A fase de produção de documentos pode se dar de distintas maneiras. Na prática, as *Redfern Schedules* podem ser enviadas diretamente ao tribunal arbitral ou trocadas somente entre as partes, nesse último caso, sendo levadas ao conhecimento dos árbitros em momento posterior. Nesse tocante, reitera-se que a sistemática do procedimento de produção de prova documental estará sujeita aos termos acordados entre as partes, tendo o tribunal arbitral a disci-

64 MARGHITOLA, Reto. *Op. cit.*, p. 53: “A document is material to the outcome of the case if it is needed to allow complete consideration of the factual issues from which legal conclusions are drawn”.

65 GRIERSON, Jacob; VAN HOOFT, Annet. *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2012. p. 179.

66 *Ibid.*, p. 179. Ver, também, BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 2540, que traz o exemplo do caso Gallo v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Procedural Order no. 2 [Amended] de 10 de fevereiro de 2009: “The duty of production extends to the entities controlled by each party. Furthermore, good faith also imposes a duty of best efforts to obtain documents that are in the possession of entities or persons with whom or with which the party the subject of the request has a relevant relationship”.

67 Sobre esse tema: REDFERN, Alan et al. *Op. cit.*, para. 6.101: “The purpose of the Redfern schedule is to crystallise the precise issues in dispute, so that the arbitral tribunal knows the position that the parties have reached following the exchanges between them. This makes it possible for the arbitral tribunal to make an informed decision as to whether or not a particular document, or class of documents, should be produced, without having to be involved in the details of the exchanges between the parties’ lawyers and, usually, without the need for a meeting” (Wiesbaden: Springer, 2019. p. 359).

cionariedade de estabelecer as regras procedimentais que considerar adequadas, caso as partes não cheguem a um consenso.

Cumprido ressaltar que a *Redfern Schedule* não é o local apropriado para as partes argüírem o caso, repetindo suas alegações de mérito à exaustão. Todavia, a solicitação de documentos substanciais de forma cuidadosa e precisa pode se revelar como uma ótima oportunidade para levar à atenção do tribunal arbitral argumentos importantes e pontos-chave da disputa. É importante ressaltar, porém, que dificilmente se conseguirá demonstrar que certo documento é substancial para o resultado da arbitragem quando este não estiver relacionado a determinado ponto abordado pelas partes em suas peças iniciais. Assim, quando as partes prepararem suas alegações iniciais e respostas, é fundamental que elas se atenham a eventuais documentos que possam vir a ser solicitados durante a fase de produção de documentos e já pavimentem o caminho para sua solicitação. Não há necessidade de adiantar quais documentos serão requeridos, mas apenas de abordar os fatos relacionados a estes.

7 RESPOSTAS/OBJEÇÕES AO REQUERIMENTO

Oportunizar à parte sob a qual recai o requerimento de exibição de documentos a apresentação de resposta é etapa imprescindível dessa fase processual, tendo em vista a necessidade de se garantir a observância do princípio do contraditório. Na resposta, a parte que pretende se opor à apresentação de documentos pode, em suma, suscitar duas principais objeções: (i) que o requerimento não atendeu aos requisitos dispostos no art. 3 das Regras da IBA; e/ou (ii) a incidência de uma ou mais das excludentes listadas no art. 9.2 das Regras da IBA.

No que tange à primeira objeção, como já referido, o pedido de exibição de documentos deve ser suficientemente delimitado, demonstrar a relevância e a substancialidade da prova documental solicitada, bem como que o documento está na posse, na custódia ou no controle da parte solicitada. Dessa forma, caso o requerimento tenha um escopo demasiadamente amplo, os documentos solicitados não sejam relevantes para o caso ou substanciais ao resultado da arbitragem e/ou que a parte solicitada não tenha acesso à documentação, tais fatos devem ser levados ao tribunal arbitral quando da apresentação das respostas ao requerimento de produção de documentos.

A segunda possível objeção tem embasamento no art. 9.2 das Regras da IBA, que traz um rol de motivos segundo os quais o requerimento para exibição de documento não deve ser admitido, quais sejam: (a) a ausência de relevância para o caso ou substancialidade para o resultado da arbitragem do documento solicitado; (b) a existência de impedimento legal ou sigilo pro-

fissional que obste a divulgação do documento; (c) a caracterização de uma obrigação excessiva e desproporcional à parte solicitada caso esta seja ordenada a apresentar os documentos; (d) a perda ou destruição comprovada do documento requerido; (e) a existência de regras de confidencialidade técnica ou comercial que vinculem a parte e a impeçam de divulgar o documento; (f) o fato de os documentos serem político ou institucionalmente sensíveis; (g) as considerações relativas à economia processual, à proporcionalidade e à igualdade entre as partes⁶⁸.

Ponto bastante controverso e frequentemente invocado pelas partes diz respeito à possibilidade de se requerer a exibição de documentos relativos a fatos cujo ônus da prova não recai sobre a parte que os solicita. Ainda que inexista qualquer limitação nesse sentido nas Regras da IBA, há autores que sugerem que a parte somente pode solicitar a produção de documentos necessários à satisfação do seu ônus probatório⁶⁹. Entretanto, mesmo que adotada referida posição, não se trata de regra intransponível, devendo ser flexibilizada pelo tribunal arbitral, caso necessário.

A título de exemplo, vislumbremos uma situação na qual uma das partes faz uma alegação e apresenta determinado documento para corroborá-la, deixando, porém, de apresentar outros documentos relacionados ao referido fato, os quais podem ser fundamentais à verificação do real contexto no qual se insere o documento já carreado aos autos. Nesse caso, estaremos diante de uma hipótese na qual a parte poderá solicitar a apresentação destes outros documentos relevantes para o caso e substanciais ao resultado da arbitragem, mesmo que, a princípio, seu conteúdo não diga respeito ao seu ônus probatório⁷⁰.

Assim, o fato de a parte não suportar o ônus da prova não torna o documento automaticamente menos relevante ou substancial ao resultado da arbitragem. Para Reto Marghitola, o principal argumento contra a limitação dos pedidos de documentos pelo ônus da prova é a ausência desta previsão nas

68 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 9.2: "The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons: (a) lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome; (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable; (c) unreasonable burden to produce the requested evidence; (d) loss or destruction of the Document that has been shown with reasonable likelihood to have occurred; (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or (g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling".

69 ZUBERBÜHLER, Tobias et al. *Op. cit.*, art. 3, para. 139: "Accordingly, when assessing requests, the arbitral tribunal must carefully check that the burden of proof is actually on the requesting party. If it is not, the arbitral tribunal must decline the request".

70 WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012. p. 860.

Regras da IBA, que ele entende ter sido deliberada⁷¹. Entretanto, não se deve admitir que a parte embarque em uma expedição desenfreada, procurando documentos para verificar todas as alegações trazidas pela outra parte, sendo a apresentação de diversos requerimentos de exibição de documentos nessa linha um forte indicativo de *fishing expedition*.

8 DOCUMENTOS COM TERCEIROS

Questão sensível atinente à exibição forçada de documentos em procedimentos arbitrais é a obtenção de provas que se encontram em posse de terceiros ao procedimento arbitral. De início, não nos parece crível que uma prova relevante ao deslinde da controvérsia deixe de ser apresentada aos árbitros simplesmente sob o argumento de que se encontra em poder de terceiro não vinculado à arbitragem. Isso porque, conforme anteriormente referido, a exibição de documentos é vista como elemento fundamental ao julgamento justo da causa. Entretanto, o tribunal arbitral não possui jurisdição para determinar que terceiros apresentem provas nos autos, uma vez que a sua jurisdição emana da vontade das partes e a estas se restringe⁷². Dessa forma, a controvérsia cinge-se em como obter a prova em poder de terceiro sem que o tribunal arbitral transceda os limites da sua jurisdição.

Nesse contexto, é importante salientar que as Regras da IBA estabelecem, em seu art. 3.9⁷³, que a parte interessada na obtenção dos documentos em posse de terceiros deve apresentar pedido ao tribunal arbitral para que este adote, ou a permita adotar, as medidas cabíveis para a obtenção desses documentos. Entretanto, o art. 3.9 não constitui óbice para que a parte solicite diretamente a terceiros documentos que estejam em sua posse. Porém, nesse caso, o terceiro terá a discricionariedade de apresentar a documentação solicitada ou não, visto que não está obrigado a acatar solicitação feita pela parte⁷⁴.

71 MARGHITOLA, Reto. *Op. cit.*, p. 57: “The most important argument against the suggested requirement of the burden of proof is based on the wording of the IBA Rules. The fact that the drafters did not include the controversial requirement suggests that it has been deliberately omitted”.

72 VEIT, Marc. Chapter 12 PILS, Article 184 Procedure: taking of evidence. In: ARROYO, Manuel (Ed.). *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2018. p. 175; REDFERN, Alan et al. *Op. cit.*, para. 6.111.

73 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 3.9: “If a Party wishes to obtain the production of Documents from a person or organization who is not a Party to the arbitration and from whom the Party cannot obtain the Documents on its own, the Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, ask it to take whatever steps are legally available to obtain the requested Documents, or seek leave from the Arbitral Tribunal to take such steps itself. The Party shall submit such request to the Arbitral Tribunal and to the other Parties in writing, and the request shall contain the particulars set forth in Article 3.3, as applicable. The Arbitral Tribunal shall decide on this request and shall take, authorize the requesting Party to take, or order any other Party to take, such steps as the Arbitral Tribunal considers appropriate if, in its discretion, it determines that (i) the Documents would be relevant to the case and material to its outcome, (ii) the requirements of Article 3.3, as applicable, have been satisfied and (iii) none of the reasons for objection set forth in Article 9.2 or 9.3 applies”.

74 Terceiros não estão obrigados a apresentar documentos a uma parte sem que o órgão jurisdicional competente assim o determine, ainda que tais documentos sejam relevantes e substanciais para o resultado da arbitragem.

Deve-se atentar ao fato de que a exibição de documentos em poder de terceiros também deve preencher os requisitos da relevância e substancialidade da prova e do não enquadramento do pedido nas hipóteses previstas no art. 9.2 das Regras da IBA. Ou seja, o processo decisório em nada difere daquele aplicável à produção de documentos em poder das partes.

Com isso, concluímos que a produção de provas perante terceiros é juridicamente viável, mas o debate intensifica-se quando diz respeito à maneira que os árbitros devem conduzi-la em arbitragens internacionais. A complexidade da questão deve-se ao fato de que não há uniformidade nas leis nacionais quanto ao procedimento a ser adotado nesses casos. Mais especificamente, é debatido se os árbitros podem solicitar a documentação diretamente ao terceiro ou devem recorrer às cortes estatais para tanto.

Em território brasileiro, há duas vertentes doutrinárias que divergem sobre o tema. De um lado, há quem sustente que os árbitros podem determinar a entrega do documento diretamente ao terceiro que o possui. Contudo, não pode o juízo arbitral impor sanções ao descumprimento da ordem de exibição, devendo valer-se da jurisdição estatal para tanto⁷⁵. Outra corrente aponta no sentido de que os árbitros não têm poderes para dar qualquer ordem a terceiros que não são partes da arbitragem. Dessa forma, sugerem que a parte interessada em ter acesso aos documentos deve recorrer diretamente ao juízo estatal⁷⁶.

Entendemos que o requerimento para exibição de documentos deve ser dirigido aos árbitros, e não ao juiz togado. Isso porque, como destinatários finais da prova, cabe a eles a decisão sobre a relevância e a substancialidade da documentação ao julgamento da controvérsia. Ao tratar sobre prova testemunhal, Carlos Alberto Carmona afirma acertadamente que cabe ao árbitro “avaliar a necessidade, utilidade e pertinência da prova”⁷⁷. O raciocínio é o mesmo para a prova documental. Ou seja, no exercício da atividade jurisdicional, cabe aos árbitros a decisão, enquanto ao juiz togado cabe apenas a execução⁷⁸.

Portanto, pode o tribunal arbitral *solicitar* (e não *determinar*) que terceiro estranho ao procedimento arbitral exhiba documentos, uma vez que não tem jurisdição para além das partes. Nesse caso, sujeita-se o tribunal arbitral à vontade do terceiro de cumprir ou não com a solicitação. Novamente, não é permitido que o tribunal imponha qualquer sanção em caso de descumprimento.

75 BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, p. 320; MARTINS, Pedro A. Batista. *Apostamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 244.

76 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 244.

77 CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 51, p. 20, out. 1997.

78 *Ibid.*, p. 18.

mento da solicitação, uma vez que desprovido de jurisdição e *imperium* para tanto. Caso a solicitação dos árbitros não seja voluntariamente acolhida, deve-se expedir carta arbitral, dirigida ao órgão jurisdicional estatal, para que este tome as medidas coercitivas cabíveis para a obtenção da prova, nos termos do art. 22-C da Lei nº 9.307/1996⁷⁹.

Porém, enfatizamos que a abordagem sugerida *supra* é viável apenas caso a lei aplicável ao procedimento seja a brasileira. Em jurisdições distintas, outras alternativas podem estar disponíveis às partes e aos árbitros, tendo em vista que, conforme já abordado, os poderes do tribunal arbitral para determinar a exibição de documentos são definidos pela lei procedimental aplicável, sendo esta, em quase todos os casos, a lei da sede da arbitragem⁸⁰.

Outra situação que, não raro, será levada à apreciação dos árbitros é quando o terceiro que está em posse do documento tem ligação direta com uma das partes. A título de exemplo, podemos citar o caso em que a pessoa física ou jurídica que tem a documentação pertinente ao deslinde da controvérsia pertence ao mesmo grupo econômico de uma das partes⁸¹. Nesse caso, o documento pode ser considerado no controle da parte. Sendo assim, o tribunal arbitral poderá ordenar a apresentação da prova diretamente à parte da arbitragem, de modo que esta ficará incumbida de obtê-la com o terceiro. Com isso, espera-se que a parte adote uma postura proativa para exibir a documentação à contraparte e ao tribunal. Caso contrário, poderá sofrer as consequências do não cumprimento da ordem dos árbitros, as quais serão exploradas na sequência.

Frisa-se, contudo, que devem os árbitros levar em consideração o efetivo controle da parte sobre o terceiro, de modo a não adotar uma postura equivocada durante a fase instrutória do procedimento. Mesmo que o tribunal arbitral considere que não existe o controle efetivo a ponto de determinar que a parte do procedimento arbitral apresente certo documento, é comum que ele ordene que esta parte empregue os seus melhores esforços para a sua obtenção⁸².

79 Lei nº 9.307/1996, art. 22-C: "O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro".

80 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 2497.

81 ZUBERBÜHLER, Tobias et al. *Op. cit.*, art. 3, para. 150.

82 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 2541: "As one procedural order put it, for a party to claim that documents are not in its control, it must have made 'best efforts' to obtain documents that are in the possession of persons or entities with whom or which the party has a relevant relationship [Clayton v. Gov't of Canada, NAFTA/UNCITRAL Procedural Order no. 8, 1 (2008)]".

9 A DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

A decisão do tribunal arbitral é instrumentalizada por meio de ordem processual, consistindo em um julgamento *prima facie* acerca da relevância e da substancialidade dos documentos solicitados para o resultado da arbitragem⁸³. Isto é, o fato de o tribunal arbitral ter considerado que certo documento era relevante à controvérsia quando da fase de produção de documentos não o vincula posteriormente, quando da prolação da decisão final de mérito.

É verdade que as partes muitas vezes fazem referência aos seus argumentos de mérito quando dos seus pedidos e objeções. Entretanto, cabe aos árbitros tomar o cuidado para evitar qualquer pré-julgamento do mérito, limitando-se à análise da relevância e da substancialidade do documento com base nos argumentos deduzidos pelas partes nas suas alegações⁸⁴.

Conforme anteriormente mencionado, referida fase processual ocorre, normalmente, no início do procedimento arbitral, logo após a primeira rodada de alegações escritas após a constituição do tribunal. Nesse momento, o tribunal já está ciente dos principais fatos que embasam as razões das partes, mas ainda é relativamente cedo para determinar, com convicção, quais dos documentos solicitados são, de fato, relevantes para a resolução do conflito⁸⁵. Da mesma forma, o tribunal pode posteriormente determinar a exibição de documentação que não considerou substancial ao deslinde da controvérsia quando solicitada por uma das partes durante a fase de produção de documentos. Importa referir que os árbitros podem determinar a exibição das provas que entenderem cabíveis de ofício, conforme autoriza o art. 3.10 das Regras da IBA, podendo fazê-lo em qualquer momento do procedimento⁸⁶. Com isso, os árbi-

83 MARGHITOLA, Reto. *Op. cit.*, p. 54: "Several scholars argue that a document must be *prima facie* relevant to the case and material to its outcome under the IBA Rules. The term '*prima facie*' can be equated with that of 'likelihood'. In other words, it must be more likely than not that a document is required to allow the complete consideration of factual issues from which legal conclusions are drawn". Em uma ordem processual não publicada de 2020 em uma arbitragem conforme as Regras da ICC, o tribunal arbitral esclareceu: "To determine whether or not a document is *prima facie* relevant and material for the purpose of its production, I rely on the requesting party's submission. Thus, this finding of relevance and materiality is for the purpose of the document production process only and is without prejudice to the final relevance and materiality of such document for the outcome of the case". Ainda, BENTOLILA, Dolores. *Arbitrators as Lawmakers*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2017. para. 537.

84 Em uma ordem processual não publicada de 2019 em uma arbitragem conforme as Regras da ICC, o Tribunal Arbitral esclareceu o seguinte: "In respect of a number of document requests the Respondent has based some of its objections on the arguments going to the merits of the dispute. While the Tribunal takes note of these arguments, it is not in a position to address them now. Instead, in order to avoid pre-judging the merits of the case, the Tribunal has enquired on a *prima facie* basis (a) whether the requested documents are capable of corroborating Claimant's assertions, and (b) whether the assertion itself has a sufficiently material role for determining the outcome of the dispute".

85 ZUBERBÜHLER, Tobias et al. *Op. cit.*, art. 3, para. 141.

86 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 3.10: "At any time before the arbitration is concluded, the Arbitral Tribunal may (i) request any Party to produce Documents, (ii) request any Party to use its best efforts to take or (iii) itself take, any step that it considers appropriate to obtain Documents from any person or organisation. Any Party may object to the request for any of the reasons set forth in Articles 9.2 or 9.3. In such cases, article 3.4 to article 3.8 shall apply correspondingly".

tros estão autorizados a determinarem que as partes apresentem documentos que nem sequer foram por elas mencionados em seus requerimentos.

Na prática, após a decisão do tribunal arbitral determinando a exibição de documentos, estes devem normalmente ser enviados de uma parte à outra na data acordada no cronograma, sem cópia ao tribunal arbitral. Cabe às partes a decisão acerca de quais documentos serão carreados ao procedimento arbitral. Ou seja, os documentos obtidos durante a fase de produção de documentos não fazem parte dos autos da arbitragem até que sejam efetivamente juntados pelas partes⁸⁷. A revisão de 2020 das Regras da IBA contemplou uma alteração que reflete o que os tribunais arbitrais já adotavam na prática: a desnecessidade de documentos apresentados nessa fase processual serem traduzidos⁸⁸. Entretanto, caso os documentos sejam utilizados posteriormente na arbitragem, ou seja, levados aos autos, deverão ser acompanhados de tradução quando não estiverem no idioma da arbitragem, salvo se o contrário tenha sido acordado e expressamente previsto no procedimento⁸⁹.

O tribunal arbitral não está obrigado a realizar audiência ou conferência telefônica antes de decidir os pedidos de produção de documentos. A reforma das Regras da IBA em 2020 removeu o texto que poderia dar margem para que uma das partes apresentasse alegações nesse sentido. Na antiga redação do art. 3.7, o tribunal deveria considerar os pedidos de exibição de documentos e objeções, “*in consultation with the Parties*”. O novo texto do art. 3.7 não contém tal expressão, refletindo, novamente, o que já acontecia frequentemente na prática⁹⁰.

10 MEDIDAS PARA LIDAR COM DOCUMENTOS CONFIDENCIAIS

Conforme visto antes, a parte que pretende se opor à apresentação de documento que está em sua posse pode arguir que o documento é confidencial. A confidencialidade pode dizer respeito a questões de ordem técnica, como segredos comerciais, de sigilo profissional ou de sensibilidade política ou institucional⁹¹. As três modalidades são conceitualmente distintas, mas o efeito

87 GEISINGER, Elliott; DUCRET, Pierre. The Arbitral Procedure. In: GEISINGER, Elliott; VOSER, Nathalie. *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*. 2. ed. Alphen an den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2013. p. 94.

88 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 3.12(d): “Documents to be produced in response to a Request to Produce need not be translated”.

89 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 3.12(e): “Documents in a language other than the language of the arbitration that are submitted to the Arbitral Tribunal shall be accompanied by translations marked as such”.

90 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 3.7: “Either Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, request the Arbitral Tribunal to rule on the objection. The Arbitral Tribunal shall then, in timely fashion, consider the Request to Produce, the objection and any response thereto [...]”.

91 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 9.2(b), (e), (f).

prático é o mesmo: a impossibilidade de divulgação das informações contidas na documentação, sob pena de responsabilização por levá-las ao conhecimento de terceiros.

Entretanto, a confidencialidade de um documento não constitui óbice absoluto à sua exibição. Ainda que o art. 3(13) das Regras da IBA disponha que todos os documentos apresentados ou de qualquer forma utilizados na arbitragem devam ser tratados com sigilo por todos os agentes envolvidos no procedimento, é comum que o tribunal adote medidas adicionais para resguardar a confidencialidade das informações sigilosas disponibilizadas pelas partes nos autos (*protective orders*)⁹².

Há diversas formas de se contornar a confidencialidade do documento, de modo a permitir a sua apresentação (por inteiro ou apenas em parte) e utilização no procedimento arbitral. O próprio art. 9(4) das Regras da IBA prevê que o tribunal arbitral poderá adotar medidas para proteger a confidencialidade do documento⁹³. Há vezes em que apenas parte do documento é confidencial, de modo que é possível que somente os trechos relevantes sejam divulgados às partes e aos árbitros. Exemplo claro – e corriqueiro – dessa hipótese é o caso de uma ata de reunião na qual foram discutidos diversos tópicos, mas somente um diz respeito à matéria em disputa na arbitragem. Em casos como este, é comum – e recomendável – que a parte que o possui remova as informações desnecessárias do documento e o apresente devidamente editado.

Contudo, essa não é a única forma de se lidar com documentos que são, ao mesmo tempo, confidenciais e relevantes ao procedimento arbitral. Caso a prova seja necessária à apuração da verdade real dos fatos, o tribunal arbitral poderá adotar todas as medidas cabíveis para determinar a sua exibição ou para trazê-la aos autos sem, contudo, prejudicar qualquer das partes. Para tanto, é comum que se adote um procedimento de acesso restrito aos documentos, conforme o qual somente determinadas pessoas tenham acesso à prova, tais como os advogados das partes ou assistentes técnicos por elas apontados.

Essa postura pode vir a ser cabível, por exemplo, em uma situação em que uma das partes pleiteia o pagamento de custos incorridos no desenvolvimento de um projeto de infraestrutura, contratado no âmbito de um contrato de

92 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 3(13): “Any Document submitted or produced by a Party or non-Party in the arbitration and not otherwise in the public domain shall be kept confidential by the Arbitral Tribunal and the other Parties, and shall be used only in connection with the arbitration. This requirement shall apply except and to the extent that disclosure may be required of a Party to fulfil a legal duty, protect or pursue a legal right, or enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority. The Arbitral Tribunal may issue orders to set forth the terms of this confidentiality. This requirement shall be without prejudice to all other obligations of confidentiality in the arbitration”.

93 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 9.4: “The Arbitral Tribunal may, where appropriate, make necessary arrangements to permit evidence to be presented or considered subject to suitable confidentiality protection”.

EPC (*Engineering – Procurement – Construction*), enquanto a outra argumenta que o projeto nunca fora realizado. Para se desincumbir do seu ônus probatório, a parte autora deve comprovar que os projetos foram, de fato, feitos, sendo a sua apresentação prova irrefutável nesse tocante. Contudo, caso venha a juntar os projetos concluídos e, posteriormente, a sentença arbitral não reconheça seu direito, seja qual for o motivo, a parte autora não só terá despendido recursos na confecção do projeto, bem como sua contraparte terá acesso a ele sem desembolsar qualquer valor. Nessa situação, os árbitros poderiam determinar a exibição dos projetos diretamente na secretaria da câmara de arbitragem, restringindo o acesso a eles apenas aos patronos das partes e aos árbitros, sem direito a cópias. Assim, os advogados poderão fazer menção aos documentos durante suas alegações e o tribunal arbitral poderá decidir a controvérsia com base em toda documentação pertinente, sem prejudicar o direito da parte de manter resguardada a documentação.

Outra alternativa seria a nomeação de um terceiro independente pelo tribunal, de modo que este teria a incumbência de analisar o documento e informar às partes e aos árbitros o conteúdo da documentação, sem divulgá-la na íntegra. Inclusive, dita medida está prevista expressamente no art. 3(8) das Regras da IBA⁹⁴. O tribunal arbitral pode também nomear um terceiro independente para auxiliá-lo quando a parte apresentar documento editado ou de forma parcial e houver disputa quanto ao escopo da omissão de informações.

Para analisar a extensão de quais documentos estariam protegidos pela confidencialidade, pode o tribunal arbitral ordenar que a parte alegando confidencialidade apresente uma lista de documentos – suficientemente detalhados – para que o tribunal arbitral e a parte contrária possam aferir as razões pelas quais tais documentos não poderiam ser apresentados (*privilege logs*)⁹⁵.

Assim, a existência de confidencialidade não é, por si só, um impedimento à exibição do documento. O tribunal arbitral e as partes devem adotar

94 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), art. 3(8): “In exceptional circumstances, if the propriety of an objection can be determined only by review of the Document, the Arbitral Tribunal may determine that it should not review the Document. In that event, the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, appoint an independent and impartial expert, bound to confidentiality, to review any such Document and to report on the objection. To the extent that the objection is upheld by the Arbitral Tribunal, the expert shall not disclose to the Arbitral Tribunal and to the other Parties the contents of the Document reviewed”. ZUBERBUHLER, Tobias et al. *IBA Rules of Evidence – Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Zurique: Schulthess, 2012. art. 9, para. 52.

95 KHODYKIN, Roman; MULCAHY, Carol; FLETCHER, Nicholas. Art. 9. In: KHODYKIN, Roman et al. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2019. para. 12-238; BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 2552; CAROIT, Eugénie; GUERRA, Paloma. Privilege in international arbitration: what are the trends? *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 66, p. 87-89, abr.-jun. 2013. SOURGENS, Frédéric; DUGGAL, Kabir; LAIRD, Ian. Exclusionary Rules of Evidence. In: SOURGENS, Frédéric et al. *Evidence in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2018. para. 11.39: “Privilege logs are lists, typically prepared in table form, itemizing each document for which a party claims privilege and stating the basis for the privilege claim”.

posturas criativas para compatibilizar o sigilo da prova e o direito da parte de se desincumbir do seu ônus probatório, permitindo um julgamento justo da controvérsia, em toda sua amplitude.

11 CONSEQUÊNCIAS DA NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS

A falta de medidas coercitivas à disposição do tribunal arbitral favorece a adoção de táticas de guerrilha pelas partes e coloca em xeque a autoridade dos árbitros⁹⁶. Caso as partes deixem de exibir documentação diante de ordem expressa do tribunal arbitral, a parte solicitante poderá teoricamente buscar mecanismos para a obtenção forçada da prova mediante o acionamento do Poder Judiciário⁹⁷. Contudo, o uso das vias judiciais pode mostrar-se custoso e ineficiente, especialmente em arbitragens internacionais. Diante disso, na prática, as partes tendem a solicitar que o tribunal extraia inferência negativa como resultado da não apresentação do documento, medida essa abrangida pelos poderes do tribunal arbitral⁹⁸.

Na extração de inferência negativa, o tribunal presume que a prova não apresentada pela parte seria contrária aos seus interesses, atribuindo as consequências que julgar apropriadas na formação do seu consentimento. O referido exercício de presunção funciona como uma forma de se preencher uma lacuna fática deixada pela não apresentação da prova, de modo a considerar que o

96 WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Op. cit.*, p. 2388. Inclusive, extensivas listas de requerimentos de produção de documentos são comumente citados como exemplos de táticas de guerrilha na arbitragem (SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics? Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation. *International Arbitration. Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 40, p. 98-105, out.-dez. 2013. p. 102). Não existe uma definição precisa e delimitada do que é considerado como tática de guerrilha em procedimentos arbitrais. A quantidade de comportamentos que podem ser enquadrados como táticas de guerrilha varia desde condutas antiéticas, mas não necessariamente ilegais, como impugnações manifestamente protelatórias a árbitros e decisões processuais e reiterados pedidos de extensão de prazos, até condutas criminosas como ameaças, intimidações, escutas telefônicas e corrupção. Tendo em vista, então, a quantidade de comportamentos que podem ser enquadrados como táticas de guerrilha, uma definição buscando englobar todas essas possibilidades sob um conceito não se mostra viável (HORVATH, Günther; NEIL, Amanda. Guerrilla Tactics in International Arbitration. *Asian Dispute Review*, v. 19, n. 3, p. 131-137, 2017. p. 132). Entretanto, de uma forma geral, táticas de guerrilha possuem a função de prejudicar uma das partes ou protelar o final do procedimento. Cabe ressaltar, porém, que um alto número de pedidos não significa necessariamente que a parte pretende prejudicar o andamento da arbitragem. Nesse sentido, HORVATH, Günther; NEIL, Amanda. Guerrilla Tactics in International Arbitration. *Asian Dispute Review*, p. 132, 2017(3): “What may appear to be an attempt to use document production to hinder the arbitral process may actually be a case of counsel failing to understand the way in which document production works in international arbitration, or interpreting the document production rules in accordance with recognised practice in his or her own jurisdiction. It is therefore necessary to assess the parties’ conduct regarding document production both in accordance with the relevant arbitration and procedural rules and in the light of the legal background of their counsel”.

97 O tribunal competente para auxiliar o tribunal arbitral na obtenção de prova é o foro da sede da arbitragem. Se o documento estiver em outro país que não o da sede da arbitragem, o tribunal estatal da sede deverá cooperar com o tribunal estrangeiro via cooperação judiciária. No Brasil, a cooperação entre tribunal arbitral e Poder Judiciário se dá via carta arbitral, conforme previsto no art. 22-C da Lei nº 9.307/1996. A previsão de auxílio judicial na obtenção de prova é prevista em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. Por exemplo, Alemanha (§1050 ZPO), Inglaterra (art. 42 Arbitration Act 1996) e Suíça (art. 184(2) SPILA).

98 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 2565.

fato que se pretendia comprovar era prejudicial à tese sustentada pela parte recalcitrante⁹⁹.

Há consenso doutrinário acerca dos poderes dos árbitros para se utilizarem de inferências negativas no processo decisório, sendo estes decorrentes do princípio da discricionariedade do tribunal na condução do procedimento e liberdade na valoração das provas¹⁰⁰. Porém, não se pode ceder à tentação simplista e desprovida de técnica jurídica de extrair inferências adversas em toda e qualquer situação de descumprimento de ordem de exibição de documentos.

Em outras palavras, a não apresentação de documentos não enseja a extração automática de inferência negativa, bem como não dispensa o tribunal arbitral de uma análise detalhada dos elementos já trazidos aos autos. Cinco critérios são recorrentemente citados como pressupostos para a aplicação do instituto, originalmente propostos em artigo escrito por Jeremy Sharpe, que sintetizou as conclusões sobre inferência negativa dos árbitros para dirimir disputas relacionadas ao Irã e os Estados Unidos (Iran-United States Claims Tribunal de 1981), sendo eles¹⁰¹:

- *A parte deve apresentar toda a prova à sua disposição que corrobore a inferência negativa solicitada.* Sendo assim, a inferência negativa não pode ser considerada um atalho para que a parte que as requer não se desincumba, minimamente, do seu ônus probatório.
- *A prova deve ser acessível à parte ordenada a apresentar o documento.* Dessa forma, nenhuma inferência negativa será extraída se a parte comprovar que não teve ou não tem mais acesso ao documento, devendo os árbitros, por óbvio, avaliar a plausibilidade das justificativas apresentadas pela parte. Inclusive, conforme já explanado, a impossibilidade de obtenção da prova pela parte solicitada deve levar ao indeferimento do requerimento de produção de prova documental.
- *A inferência negativa deve ser razoável, consistente com os fatos do caso e possuir conexão lógica entre a natureza da prova requerida e a inferência negativa que se solicita.* Com isso, não pode o tribunal

99 GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse Inferences in International Arbitration Practice. In: KROLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A. (Ed.). *International Commercial Law: Synergy, convergence and evolution*. Kluwer Law International, 2011. p. 185.

100 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 8; PATOCCHI, Paolo Michele. National Report for Switzerland. In: BOSMAN, Lise (Ed.). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2019. p. 54.

101 Diversos autores se referem ao artigo supracitado. Por exemplo: MARGHITOLA, Reto. *Op. cit.*, p. 176; ZUBERBUHLER, Tobias et al. *Op. cit.*, art. 9, para. 58.

extrapolar a inferência negativa para além do documento não apresentado e dos limites plausíveis do caso apresentado pelas partes.

- *O conjunto probatório deve demonstrar, prima facie, a plausibilidade da inferência.* A parte que busca a inferência negativa deve demonstrar que essa está amparada pelas demais provas apresentadas na arbitragem. Ou seja, a inferência negativa deve ser extraída com base em documentos que demonstrem sua verossimilhança e sua compatibilidade com os fatos do caso. Não cabe aos árbitros inferir certo fato em razão da não apresentação de um documento quando houver provas demonstrando a sua implausibilidade.
- *A parte que terá sua tese prejudicada pelas referidas induções deve estar devidamente ciente do seu dever de exibição de documentos.* Recomenda-se, portanto, que o tribunal alerte anteriormente a parte que eventual recusa em produzir determinada prova pode acarretar na extração de conclusões contrárias aos seus interesses¹⁰².

Insta salientar, para que não restem dúvidas nesse sentido, que o acionamento de medidas judiciais para a obtenção coercitiva dos documentos não é requisito à extração de inferência negativa em procedimentos arbitrais. Esconder-se atrás da falta de *imperium* dos árbitros, forçando a contraparte a adentrar em uma batalha judicial muitas vezes custosa e ineficiente, não pode ser encarado como um instrumento legítimo de defesa¹⁰³.

Ainda que haja certo consenso quanto aos poderes dos árbitros para extraírem inferências negativas e previsão expressa nesse sentido nas Regras da IBA, em pesquisa realizada em 2012, 86% dos entrevistados afirmaram que tribunais arbitrais raramente extraem tais inferências de forma expressa nas decisões, principalmente em razão do receio de posterior questionamento e anulação da sentença¹⁰⁴.

De outra banda, questão bastante controversa na arbitragem internacional é a possibilidade de os árbitros aplicarem sanções pecuniárias às partes caso essas não apresentem documentos cuja exibição tenha sido determinada. Primeiramente, deve-se atentar que a imposição de multas – conhecidas no âmbito do processo judicial como *astreintes* – nem sempre é autorizada pela lei que governa o procedimento, sendo as leis nacionais divididas nesse tocan-

102 MARGHITOLA, Reto. *Op. cit.*, p. 176.

103 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 13.

104 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, p. 21. Ver, também, LAL, Hamish et al. Abuse of Document Production in International Arbitration: Remedies When the Adverse Inference Falls Short. *The Journal of International Arbitration, Mediation, and Dispute Management*, v. 86(4), pp. 394-411, 2020, p. 404.

te¹⁰⁵. Por exemplo, a possibilidade de aplicação de *astreintes* tem amparo nos arts. 1.468 do Código de Processo Civil francês¹⁰⁶ e 1.700(4) do Código Judiciário belga¹⁰⁷, mas é expressamente proibida na Lei Sueca de Arbitragem¹⁰⁸. Na jurisdição brasileira, parece-nos que os árbitros não estão autorizados a fazê-lo, uma vez que desprovidos de *imperium*. Isto é, por escolha legislativa, os árbitros não são dotados de autorização legal para exercer atos de força¹⁰⁹. Caso entendam que medidas coercitivas são, de fato, necessárias, devem os árbitros utilizarem-se de carta arbitral direcionada ao juízo estatal para que este conduza o cumprimento forçado do ato, inclusive mediante imposição de *astreintes*¹¹⁰.

Existe a possibilidade de a parte apresentar os documentos, mas de maneira pouco colaborativa. Por exemplo, a parte pode vir a exhibir uma grande quantidade de documentos, todos abrangidos pelo escopo do requerimento; porém, de forma desorganizada, dificultando sua análise pela parte solicitante. Em situações como essa, a parte interessada poderá solicitar ao tribunal arbitral que ordene que os documentos sejam reapresentados de forma minimamente organizada. Isso porque documentos desordenadamente apresentados podem se equiparar ao não cumprimento da ordem de exibição.

Outra tática que pode vir a ser considerada como obstrutiva é o despejo de uma grande quantidade de documentos desnecessários, apresentados unicamente com o fim de prejudicar a análise por parte da parte solicitante, conhecida na prática como *document dump*¹¹¹.

Por fim, é importante ressaltar que a conduta das partes durante a fase de produção de documentos poderá ser levada em conta quando da distribuição final dos custos da arbitragem, conforme sugerido pelo art. 9.7 das Regras da IBA. Dessa forma, a parte faltante pode ser condenada a arcar com um percentual maior das despesas do procedimento ou a ressarcir os custos cau-

105 POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Op. cit.*, para. 540.

106 Code de Procédure Civile, art. 1468: "Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée".

107 Code Judiciaire, art. 1700(4): [...] "Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin, à peine d'astreinte".

108 Swedish Arbitration Act, art. 25(3): "The arbitrators may not administer oaths or truth affirmations. Nor may they impose conditional fines or otherwise use compulsory measures in order to obtain requested evidence".

109 CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 51, p. 17-24, 1997. p. 19. A posição majoritária na Suíça também é no sentido que um tribunal arbitral com sede na Suíça só pode impor *astreintes* caso autorizado pelas partes (LÉVY, Laurent. *Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse*. ASA Bulletin, 19(1), p. 29, 2001; POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 2007. para. 540; MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 33, 2015. p. 180).

110 MURIEL, Marcelo. *Op. cit.*, p. 322. Nota-se que há quem sustente o contrário, entendendo que os árbitros estão autorizados a impor *astreintes* às partes. Nesse sentido: BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, p. 319.

111 SMITH, Murray. Reliance Document Management. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*. ICCA Congress Series, v. 18, p. 193.

sados diretamente pelo descumprimento da ordem de exibição proferida pelo tribunal arbitral¹¹². A distribuição dos custos não configura uma sanção pecuniária imposta à parte em razão da não apresentação do documento, mas uma consequência pelo seu comportamento pouco colaborativo – para não se dizer obstrutivo – durante a condução da arbitragem.

12 CRÍTICAS À FASE DE PRODUÇÃO DE DOCUMENTOS

Entre as principais críticas dirigidas ao instituto da arbitragem está o fato de que a condução dos procedimentos está se tornando cada vez mais custosa e morosa, sendo a fase de produção de documentos apontada como um dos fatores que contribuem para tanto¹¹³.

Quanto aos custos, eles elevam-se principalmente em razão dos honorários advocatícios incorridos pelas partes. Além da elaboração das peças, como requerimentos, respostas e réplicas, dito momento processual frequentemente gera a produção de um grande volume de documentos, exigindo que os advogados se debruçam por infundáveis horas na sua análise, gerando um custo elevado às partes que arcam com seus honorários. Além dos custos diretamente despendidos com seus patronos, as partes devem arcar com outro custo indireto, consubstanciado no tempo gasto pelos seus funcionários na coleta de documentos, o que é agravado não apenas pela quantidade de documentos solicitados, mas também pelo fato de que, não raro, se solicita a apresentação de documentos antigos, que já não se sabe mais precisamente onde se encontram¹¹⁴.

112 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 152; SMITH, Murray. *Op. cit.*, p. 202.

113 LEW, Julian. Costs in International Arbitration: Can Costs Be Controlled? In: TUNG, Sherlin et al. (Ed.). *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2019. p. 295. Sobre custos na arbitragem, ver, também: WAHAB, Mohamed. Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea. In: KALICKI, Jean; RAOUF, Mohamed. *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. ICCA Congress Series (20). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, p. 465-503; BÜHLER, Micha; STACHER, Marco. Costs in International Arbitration. In: ARROYO, Manuel (Ed.). *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2018. p. 2567-2594.

114 É controverso se tais custos internos são reembolsáveis ao final da arbitragem. Via de regra, eles tendem a não ser admitidos sem que haja acordo entre as partes, o qual pode ser implícito. Por exemplo, quando ambas as partes pleitearem o seu reembolso e não houver nenhuma objeção (BERGER, Bernhard; KELLERHALS, Franz. *Op. cit.*, para. 1625; CAVALIEROS, Philippe. In-House Counsel Costs and Other Internal Party Costs in International Arbitration. *Arbitration International*, v. 30, n. 1, p. 145-152, 2014. p. 151; REDFERN, Alan et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford University Press, 2015. para. 9.92). Entretanto, o cabimento ou não de reembolso deve ser decidido conforme o caso concreto. Em relação ao custo com advogados internos, a parte que pleitear a possibilidade de reembolso deverá principalmente demonstrar que não houve sobreposição do trabalho realizado por advogados internos e externos e que os custos com advogados internos sobressaem o volume esperado dentro do natural escopo das atividades dos advogados corporativos. Ainda, é importante que a parte demonstre como as horas despendidas pelo seu time interno de advogados foi registrada e como o montante pretendido foi calculado. Tobias Zuberbühler defende que não parece ser justificável a diferenciação entre advogados internos e externos, principalmente quando o uso de advogados internos reduzir os custos da arbitragem (ZUBERBÜHLER, Tobias. Commentary on the Swiss Rules, Article 38. In: ARROYO, Manuel (Ed.). *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2018. p. 814, para. 25).

A situação se desdobra para outros horizontes quando as partes suscitam questões atinentes à confidencialidade dos documentos ou de outras objeções similares. Essas disputas, quando não resolvidas de forma eficaz, podem impactar severamente no cronograma da arbitragem, postergando o julgamento final da causa. Isso tudo demonstra que a adoção de uma fase processual na qual as partes tenham a oportunidade de requerer a apresentação de documentos em posse da contraparte pode ser contrária à eficiência do procedimento, um dos princípios básicos da arbitragem.

Diante de todo esse contexto, é preciso indagar: há um ponto de equilíbrio entre o ônus e o bônus da adoção de uma fase de produção de documentos? Em muitos casos, esse será apenas um exercício caro e inefetivo, acarretando na obtenção de documentos que nada acrescentam ao caso. Entretanto, há situações em que obter documentos da outra parte será de extrema relevância à apuração da verdade real dos fatos.

13 ALTERNATIVAS PARA A OTIMIZAÇÃO DA FASE DE PRODUÇÃO DE DOCUMENTOS

Conforme pesquisa realizada pela Queen Mary University of London em 2015, em resposta à pergunta sobre como os representantes das partes poderiam contribuir para reduzir os custos da arbitragem, 62% dos participantes responderam que os advogados das partes poderiam procurar colaborar entre si para limitar o escopo da fase de produção de documentos¹¹⁵. Conforme mencionado, as Regras da IBA já limitam os requerimentos de exibição de documentos àqueles que são, de fato, relevantes para o caso e substanciais para o resultado da arbitragem. Entretanto, isso não impede que as partes pleiteiem a apresentação de um grande volume de documentos, uma vez que o indeferimento dos pedidos não gera, a princípio, qualquer consequência direta à parte solicitante.

Sendo assim, uma maneira de tornar a fase de produção de documentos menos custosa é limitando o número de requerimentos de apresentação de documentos pelas partes¹¹⁶. Tal restrição pode se dar, por exemplo, por meio da fixação de um número máximo de pedidos ou mesmo da limitação dos pedidos de exibição somente a determinados pontos da controvérsia.

Algumas instituições possuem recomendações quanto à fase de produção de documentos, a fim de evitar que ela onere desnecessariamente o pro-

115 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration realizada pela Queen Mary University of London, p. 30: Mais três opções foram selecionadas por mais de 50% dos entrevistados: colaboração para delimitar o escopo de disputa entre os advogados (66%), procurar resolver a disputa amigavelmente (60%) e evitar *overlawyering*, isto é, dedicar um excessivo número de horas a pontos não tão importantes para o resultado da disputa (57%).

116 ICC Commission Report, Controlling Time and Costs in Arbitration, 2018. p. 12, para. 48.

cedimento. O Anexo 3 das Regras de Arbitragem da Instituição Arbitral Alemã (DIS)¹¹⁷, publicadas em 2018, traz uma série de exemplos de medidas que podem ser discutidas durante a conferência sobre a condução do procedimento para otimizá-lo. Entre elas, sugere-se que as partes regulem questões procedimentais, como a possibilidade de se requerer a apresentação de documentos que não digam respeito ao seu ônus probatório, bem como a já mencionada limitação ao número de documentos solicitados¹¹⁸.

Não se está aqui dizendo que limitar o acesso das partes somente a um determinado número de documentos é tarefa fácil de ser empregada, ainda mais quando o procedimento ainda está em fase inicial. Porém, nada impede que as partes envidem seus esforços para chegar a um acordo neste sentido pouco antes da apresentação de seus respectivos requerimentos.

O que se sugere, portanto, não é a abolição desse tipo de medida durante o procedimento arbitral. Ao contrário, reconhece-se a importância de se garantir às partes e aos árbitros acesso a todos os documentos relevantes à controvérsia, de modo que a sentença prolatada ao final do procedimento seja compatível com todos os fatos em litígio. Contudo, a racionalidade e a proporcionalidade são elementos que devem pautar a condução do procedimento pelos árbitros e, também, a conduta das partes.

CONCLUSÃO

A exibição forçada de documentos na arbitragem internacional apresenta contornos distintos daqueles encontrados nos foros estatais e, também, em arbitragens domésticas. As dificuldades trazidas pela possibilidade de aplicação de diversas leis processuais e *soft laws* são maximizadas por frequentes conflitos culturais.

Ainda assim, à luz do recorrido neste artigo – sempre baseado na aplicação prática do instituto –, cremos que é possível tecer algumas conclusões críticas sobre pedidos de exibição de documentos em poder da parte contrária em procedimentos arbitrais internacionais.

De início, conclui-se que é amplamente aceito na arbitragem internacional que os árbitros têm poderes para ordenar que as partes apresentem determinados documentos quando estes forem relevantes para o caso e substanciais ao julgamento da causa. Inclusive, é frequente a inclusão de uma fase de pro-

117 Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit/German Arbitration Institute.

118 DIS (2018), Annex 3: “Measures for Increasing Procedural Efficiency, During the case management conference, the arbitral tribunal shall discuss with the parties the following measures for increasing procedural efficiency: [...] E. Regulating whether the production of documents can be requested from a party that does not bear the burden of proof, as well as possibly limiting document production requests generally”.

dução de documentos no cronograma procedimental, nos moldes propostos pelas Regras da IBA, na qual as partes têm a oportunidade de apresentar requerimentos de exibição de documentos que estão na posse ou no controle da parte adversa. A implementação desse mecanismo durante o procedimento arbitral pode ser considerada salutar ao deslinde da controvérsia, contribuindo para um procedimento mais transparente e uma sentença mais justa. A possibilidade de obter documentos em posse da contraparte constitui ferramenta crucial para que as partes obtenham documentos necessários à comprovação de suas alegações.

Entretanto, a possibilidade de requerimentos de exibição de documentos em sede arbitral não representa apenas um bônus, mas traz consigo também diversos ônus. O excessivo número de requerimentos dessa natureza é apontado como uma das principais razões pelas quais as arbitragens têm se tornado cada vez mais custosas. Inclusive, os vultuosos montantes despendidos pelas partes em procedimentos arbitrais figuram como uma das principais críticas tecidas ao instituto da arbitragem.

Dessa forma, há uma tensão entre a necessidade de se garantir às partes ampla oportunidade de obtenção de prova e o custo decorrente da fase de produção de documentos. É importante, portanto, que todos os agentes envolvidos se utilizem de requerimentos de exibição de produção de prova documental de maneira racional e proporcional, buscando, sempre que possível, a economia – de custos e tempo – do procedimento.

O que se deve buscar – e não se está aqui dizendo que é uma tarefa fácil – é um ponto de equilíbrio entre o direito das partes de obterem acesso aos documentos cruciais à controvérsia e o direito das partes de obter um julgamento eficiente da causa.

Cláusula Compromissória — Ação de Execução — Defesa do Executado — Juízos Estatal e Arbitral

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.864.686/SP. Relator Ministro Moura Ribeiro. H. S. A. v. A. T. E. E. P. L. e C. E. C. C. S. 13.10.2020

Arbitration Agreement — Execution — Defense — State Courts and Arbitral Tribunals

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA — RECURSO ESPECIAL Nº 1.864.686/SP

13 de outubro de 2020

H. S. A. v. A. T. E. E. P. L. e C. E. C. C. S.

SUMÁRIO: I – Julgado; II – Comentário; II.1 A questão fática analisada pelo STJ; II.2 Como decidiu o STJ; II.3 Possibilidade de coexistência da ação de execução e de arbitragem fundadas no mesmo contrato; II.4 A quem cabe suspender a ação de execução?; II.5 O acerto da decisão que não extinguiu a ação de execução; II.6 Conclusão.

I – JULGADO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3ª Turma

Recurso Especial nº 1.864.686/SP

Rel. Min. Moura Ribeiro

Partes: H. S. A. vs. A. T. E. E. P. L. e C. E. C. C. S.

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE INTERMEDIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PACTUADA. POSSIBILIDADE DE CONCOMITÂNCIA ENTRE EXECUÇÃO NO JUÍZO ESTATAL E PROCEDIMENTO ARBITRAL. NECESSIDADE DE SE OBSERVAR CERTOS REQUISITOS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO EXEQUENDO. CERNE DA CONTROVÉRSIA QUE GUARDA RELAÇÃO COM O PRÓPRIO MÉRITO DO CONTRATO EXECUTADO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*. DERROGAÇÃO

[A] Aim of the Journal

The Revista Brasileira de Arbitragem (RBA) is a quarterly journal established in 2003 covering Brazilian and international arbitration. The journal is aimed at practitioners and academics working in the field of arbitration.

Leading articles by internationally renowned specialists ensure that you stay up to date with trends, developments, cases, and procedural issues relating to arbitration in Brazil, South America and globally. Each issue of *Revista Brasileira de Arbitragem* covers both Brazilian and international doctrine through articles, selected arbitral jurisprudence (both Brazilian and international), annotated cases, landmark decisions, recent developments, book reviews, and a "review of the reviews". Easy to use, each issue is introduced through a concise Editor's letter which gives a quick insight into the contents of the issue whilst expert indexes make it easy to locate the content you require.

The journal is headed by Director João Bosco Lee, Editor-in-Chief Flavia Foz Mange, and Deputy Editor-in-Chief Fabiane Verçosa, who together lead an Editorial Committee of international arbitrators. Linked to the CBar (Comitê Brasileiro de Arbitragem – Brazilian Arbitration Committee), all articles are written by Brazilian and international experts with Portuguese, English, French and Spanish, with English abstracts and key-words provided for all articles and English headnotes to all case law.

Key benefits of the new *Revista Brasileira de Arbitragem* include:

- Expert guidance to the information you need – the editorial board consists of a team of Brazilian and international arbitration practitioners and the editors are Brazilian arbitration practitioners based in different jurisdictions who edit the journal to provide the information and commentary you need;
- Quickly discover the latest developments – "Editor's letter" introduction allows an at a glance insight into the contents of an issue and the significance of the selections made;
- Easy to access – English abstracts of all articles and English headnotes to all case law will make it easy to navigate Brazilian content. Key-words and expert indexes facilitate quick searches;
- Develop deep insight – leading articles by internationally renowned specialists will provide commentary on the important developments;
- Comprehensive case law and legislation coverage ensures that you are entirely up to date with changes in Brazilian and international arbitration as practiced in Brazil and globally;
- Gain a full understanding of the interesting and novel section on the historical implications of selected key awards and court cases
- Join in with the discussion – linked to the CBar .

Revista Brasileira de Arbitragem is a tool for disseminating information and for generating discussion amongst the legal community from the perspective of one of the most important arbitral jurisdictions.

Revista Brasileira de Arbitragem is an essential journal for the study of arbitration in Brazil and elsewhere, providing up to date coverage of cases and procedural issues, backed by expert commentary that identifies and explains the latest trends to ensure full understanding.

See the inside back cover for the remainder of the guidelines

Revista Brasileira de

ARBITRAGEM

ISSN 1806-809X

ANO XVIII – Nº 70 – ABR-MAIO-JUN 2021

DIRETOR

João Bosco Lee

EDITORA-CHEFE

Fabiane Verçosa

EDITORA-CHEFE ADJUNTA

Giovana Benetti

EDITORES ASSISTENTES

Ana Carolina Dall'Agnol
Ana Clara Viola Ladeira
Ana Paula Montans
Berardino di Vecchia Neto
Gustavo Scheffer da Silveira
João Luiz Lessa Neto
Leonardo Furtado

CONSELHO EDITORIAL

Nacional: Adriana Braghetta, Carlos Alberto Carmona, Carmen Tibúrcio, Eduardo Damião Gonçalves, Eduardo Grebler, José Emilio Nunes Pinto, José Maria Rossani Garcez, Nádia de Araújo, Pedro Batista Martins, Selma Lemes, Welber Barral

Estrangeiro: Alejandro Garro, Charles Jarrosson, Eduardo Silva Romero, Fabrizio Marrella, Fernando Mantilla-Serrano, Horacio Grigera Naón, Jürgen Samtleben, Thomas Clay

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Ana Paula Montans, Anna-Katharina Scheffer da Silveira, Beatriz Vidigal Xavier da Silveira Rosa, Bernardo Borchardt, Camilo Zufelato, Cláudia Ferraz, Daniel Bento, Guilherme Monegalha, João Luiz Lessa Neto, Leonardo Ohlrogge, Martim Della Valle, Mateus Pires Zottarelli, Mauricio Almeida Prado, Pierre-Olivier Savoie, Raul Longo Zocal, Renato Herz, Ronaldo Vasconcelos, Victor Adame, Yuri Mantilla