

Coordenadores:

José Augusto Fontoura Costa

Juliana Krueger Pela

Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo

ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROFESSOR **HERMES**
MARCELO HUCK

2025

AS INFLUÊNCIAS INTERNACIONAIS NA PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM NO BRASIL E O CASO DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL ESCRITO

Mônica Naomi Murayama¹⁻²

INTRODUÇÃO

Há pouca ou nenhuma controvérsia a respeito da configuração da arbitragem como campo fértil no qual diferentes perspectivas, experiências e origens se encontram e florescem. A arbitragem permite que empresas de diferentes países celebrem negócios, confiando que a resolução de eventuais disputas por meio da arbitragem afastará as desconfianças e impactos culturais que poderiam advir de disputas submetidas às cortes estatais. A arbitragem possibilita que árbitros de diferentes nacionalidades se reúnam para deliberar sobre litígios que lhes são apresentados, cada um trazendo sua visão e os benefícios

-
1. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Empresarial e Econômico Internacional pela Georgetown University, Washington, DC. Mestre em Arbitragem Transnacional e Solução de Controvérsias pela Sciences Po, Paris. Advogada qualificada no Brasil e no Estado de Nova Iorque. *Counsel* em Lefosse Advogados.
 2. Foi com muita alegria que recebi o convite para participar desta obra coletiva em homenagem a Dr. Marcelo Huck. Tive a sorte e a honra de ter sido sua estagiária durante quase toda minha graduação, período que se seguiu de seis felizes e intensos anos em que trabalhei como advogada em sua equipe. Ao longo desta década de convívio diário e desde então, Dr. Marcelo tem sido professor (de lições da arbitragem, do direito e da vida), amigo e, acima de tudo, um grande e generoso mentor. Foi com Dr. Marcelo que desenvolvi a paixão pela arbitragem e a certeza de que ser advogada é o que quero para minha vida. Com Dr. Marcelo aprendi e sigo aprendendo que o bom exercício da nossa profissão exige alguma dose de talento, mas, principalmente, dedicação e vocação, três atributos que ele tem de sobra.

dessa pluralidade de ideias. É nessa diversidade que residem, afinal, a graça e a beleza da arbitragem.

Essas diferentes dinâmicas possuem uma grande importância no contexto da arbitragem internacional, que, não obstante seu caráter transnacional, possui regras e diretrizes que são a compilação de conceitos e ideias de indivíduos, que carregam consigo influências de suas tradições legais de origem. Afinal, da mesma forma que “*árbitros não são perus*”³, igualmente não o são partes, advogados e outros *players* da arbitragem.

A diversidade e a pluralidade de concepções, experiências, origens e culturas, por sua vez, não parecem necessariamente colidir com uma harmonização e uniformização de determinadas práticas que se veem adotadas e consagradas no âmbito da arbitragem internacional. Foi, enfim, graças a esforços conjuntos dos mais diversos países para a harmonização de normas e condutas que a arbitragem se consolidou na esfera internacional como a forma de resolução de disputas padrão para negócios empresariais.

Exemplos desses esforços não faltam, mas podem ser representados pela Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 (a famosa “Lei Modelo da UNCITRAL”) e pela Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (a famosa “Convenção de Nova Iorque”). Mais recentemente, podem ser representados por diretrizes internacionais (*soft laws*) como as Regras da *International Bar Association* (IBA) sobre diversos temas, como Produção de Provas em Arbitragem Internacional e sobre Conflito de Interesses em Arbitragem Internacional.

Nessa aparente dicotomia entre, de um lado, as diferentes perspectivas atuantes na arbitragem e, de outro lado, a busca por uma harmonização de regras e técnicas processuais, surgem algumas questões que podem tornar o procedimento arbitral brasileiro peculiar, quando visto através dos olhos de árbitros e praticantes estrangeiros. Não por acaso, em comentário recentemente publicado sobre o instituto da arbitragem no Brasil, o eminente Professor Gary Born apontou que, geralmente, é impossível distinguir uma arbitragem com sede em Hong Kong de uma arbitragem com sede em Vancouver ou em Genebra. Mas, para o

3. VEEDER, V. V. Evidence: The Practitioner in International Commercial Arbitration, *International Law Forum du Droit International* 1: 228-231, Kluwer Law International: The Netherlands, 1999.

autor, não é este o caso do Brasil, em que *a mais internacional das arbitragens seguirá sempre um procedimento brasileiro*⁴.

São muitas (e muito debatidas) as razões que, aos olhos de um praticante estrangeiro (ou dito internacional), tornam o procedimento arbitral brasileiro único: entre diversos elementos, sobressaem a combatividade dos advogados brasileiros, os famosos pedidos de esclarecimentos e reconsideração de decisões proferidas pelos árbitros e os diferentes mecanismos de produção de provas.

É sobre esta última questão que se debruça o presente artigo. Propõem-se os autores a analisar as diferenças entre os métodos de produção de provas em arbitragens com sede no Brasil e na prática internacional, analisando, mais especificamente, o controverso caso do uso de depoimentos testemunhais escritos (*witness statements*) em arbitragens no Brasil.

A adoção de práticas e mecanismos do direito internacional (e, por vezes, da tradição de *common law*) consiste em tema espinhoso de ser enfrentado, mas que merece ser analisado em prol do próprio desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Renomados árbitros, como o Professor Carlos Alberto Carmona, há muito se manifestam contra a “*americanização*” da arbitragem internacional justamente na análise da prática de produção de provas, apontando para as “*nefastas consequências*” que este processo traz à arbitragem⁵.

O enfrentamento deste debate é importante para se distinguir, de um lado, o que poderia vir a representar mera – e indevida, cega e atropelada – importação de técnicas e práticas que em nada se relacionam com a dinâmica e a cultura de disputas consolidadas no Brasil e, de outro lado, o que poderia trazer legitimidade, sofisticação e o maior desenvolvimento das arbitragens internacionais no Brasil, evitando, com isso, que o país indevidamente caminhasse na contramão das melhores técnicas consolidadas na esfera internacional.

4. “*One of the critiques of globalization is that it inevitably leads to a degree of uniform sameness that ends up swallowing uniqueness and individuality. A simple-yet salient example-of this trend is the much-lamented similarity between coffeeshops in cities across different continents. International arbitration also runs that risk, as international standards, general principles, and good practices become more widespread and accepted. Thus, an arbitration in Hong Kong can sometimes be indistinguishable from an arbitration in Vancouver or Geneva. That is not the case in Brazil, where even the most international of arbitrations is always distinctly a Brazilian proceeding*” (BORN, Gary B. *The International Practitioner’s Perception of Arbitration in Brazil*. In: SESTER, Peter (ed.), *International Arbitration: Law and Practice in Brazil*, 2020, p. ii).

5. CARMONA, Carlos Alberto. Em Torno do Árbitro. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Associação Portuguesa de Arbitragem: Almedina, 2010, p. 15.

Busca-se analisar, em linhas gerais, de que forma e em que medida a sistemática de produção de prova testemunhal e do depoimento testemunhal escrito na arbitragem brasileira se distingue e se afasta dos mecanismos adotados no âmbito internacional. Em seguida, serão feitas considerações sobre a difícil e, por vezes, inconciliável harmonização e uniformização entre tais ordenamentos, apresentando-se proposições para uma desejada conciliação de práticas.

1. ESTABELECENDO O TERRENO: A COMPARAÇÃO ENTRE A PRÁTICA BRASILEIRA E A PRÁTICA INTERNACIONAL

A distinção entre os sistemas de *common law* e *civil law* é classificação que existe historicamente em esferas jurídicas que vão muito além da arbitragem e, apesar das críticas e controvérsias em sua adoção, continua sendo uma ferramenta relevante para auxiliar, ainda que de forma acadêmica, o mapeamento das diferentes realidades jurídicas das mais diversas jurisdições⁶.

Sem pretender entrar na origem histórica ou mesmo nas minuciosidades das diferenças entre tais sistemas, a clássica distinção entre ambos reside, de forma geral, na alocação dos poderes e ônus entre partes e julgadores. No sistema *civil law*, o modelo inquisitorial concede ao julgador um papel mais ativo, tanto na obtenção das provas quanto na aplicação da lei. No sistema *common law*, o modelo adversarial deixa o papel mais ativo para as partes. Segundo Gary Born, do ponto de vista de um advogado de *civil law*, o papel do árbitro de *common law* é, por vezes, considerado como o de um “*espectador benevolente, até o momento da sentença*”. De outro lado, para um advogado de *common law*, árbitros de *civil law* podem parecer excessivamente rápidos em fazer suposições ou tirar conclusões sobre o caso, sem oferecer oportunidades suficientes para que as partes produzam provas, apresentem e desenvolvam argumentos e exponham seus casos⁷.

O objeto deste artigo encontra relevância na diferença entre esses sistemas legais. Para alguns autores, a obtenção de provas e a tomada de decisões pelo árbitro está no “*coração*”⁸ das diferenças entre os dois sistemas. Segundo Kabir

6. Para um exame mais detalhado dessa classificação, confira-se o estudo feito por Mariana Pargendler em *The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide*. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018, pp. 143-189.

7. BORN, Gary B. Chapter 15: Procedures in International Arbitration (Updated March 2024). In: BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Third Edition, Kluwer Law International 2021).

8. RANGACHARI, Rekha; DUGGAL, Kabir. One Size Fits All? Comparing Civil Law and Common Law Approaches to Evidence and Its Application in International Arbitration. In: KOCHANSKY, Gregory (ed.), *Dispute Resolution Journal*, Kluwer Law International, AAA-ICDR 2022, v. 76, n. 1, p. 55.

Duggal, os advogados de *civil law* concentram sua ira nas exigências excessivas de *disclosure* e no interrogatório, que são, geralmente, por eles percebidas como uma *perda de tempo*. Afinal, advogados de *civil law*, segundo o autor, tendem a confiar mais em documentos e são mais céticos com relação à veracidade das testemunhas.

Mais especificamente, no sistema de *common law*, há a apresentação de provas por meio de testemunhas presenciais, que, em maior ou menor escala, têm contatos prévios com o advogado da parte que as indicou e estão sujeitas a (geralmente) extensos interrogatórios. De outro lado, no sistema de *civil law*, o árbitro tem controle maior e mais amplo sobre o procedimento, assumindo papel mais ativo na produção das provas e na condução das investigações.

Com a adoção desta diferenciação, não se quer dizer que a arbitragem internacional aplica, em geral, as dinâmicas e peculiaridades do sistema *common law*, nem que, de um lado, estariam as jurisdições do sistema *civil law*, como é o caso do Brasil, e, de outro lado, a prática internacional adotando as regras e tradições do sistema *common law*. Há, como se sabe, uma tendência recente e uma busca pela harmonização entre as duas tradições no âmbito da arbitragem internacional.

Exemplos destes esforços estão na edição das Regras de Praga em 2018 (*Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*) e a atualização das Regras da IBA (*IBA Rules on the Taking of Evidence*): o mundo da arbitragem tem testemunhado uma série recente de esforços para harmonizar os procedimentos de obtenção de provas, em que as diferenças de longa data entre as tradições de *common law* e de *civil law* têm tido um papel central.

As Regras de Praga, por exemplo, surgiram em resposta a uma crescente frustração com os custos e atrasos associados ao estilo percebido como adversarial das Regras da IBA, típico da tradição de *common law*. Dessa forma, as Regras de Praga foram interpretadas como uma abordagem de *civil law* em relação às Regras da IBA. Entretanto, as próprias Regras da IBA foram concebidas para proporcionar procedimentos mais eficientes e econômicos na obtenção de provas, sendo elaboradas principalmente por advogados de *civil law*. A tentativa de ambos os conjuntos de regras de harmonizar os procedimentos arbitrais para a obtenção de provas de maneira eficiente e econômica, embora percebidos como tendo impactos diferentes nos procedimentos reais, reflete as diferenças mais amplas de abordagem e perspectiva entre os profissionais de *civil law* e de *common law*.

Em que pese essa busca por uma harmonização, é curioso notar que, recentemente, tem-se verificado que, enquanto muito se diga, na arbitragem internacional, que há uma indevida e indesejada “*americanization*” dos procedimentos – como no já indicado exemplo de Carlos Alberto Carmona –, há quem diga que a arbitragem foi “*europeanized*” ou “*asianized*” nos últimos anos⁹.

Malgrado estejam ambos os lados, em alguma medida, insatisfeitos, parece haver, enfim, algum avanço em relação a uma efetiva harmonização de práticas, em que nenhum dos sistemas vai, de fato, se destacar e sobressair sobre o outro.

Seja como for, é inegável que as regras tipicamente brasileiras (ou tipicamente adotadas em arbitragens domésticas com sede no Brasil) se diferenciam, em maior ou menor escala, das regras e práticas adotadas no âmbito internacional. Traçado este panorama, passa-se a tratar especificamente da adoção de depoimentos testemunhais escritos no Brasil.

2. O DEPOIMENTO TESTEMUNHAL ESCRITO: AS APARENTES INCOMPATIBILIDADES NO SEU USO EM ARBITRAGENS NO BRASIL

Possivelmente, a diferença mais marcante na prática das arbitragens sediadas no Brasil em relação à prática internacional reside na adoção (ou não) do depoimento testemunhal escrito (o conhecido *witness statement*).

Em arbitragens internacionais, é comum que as partes concordem, ou que os tribunais arbitrais determinem, que os depoimentos das testemunhas sejam apresentados, em primeiro lugar, por meio de declarações escritas (comparáveis a *affidavits* e outros mecanismos tipicamente adotados em *common law*). Trata-se de declarações escritas, assinadas e geralmente atestadas pelas testemunhas, contendo seu depoimento direto feito a partir de seu conhecimento pessoal¹⁰. Tais declarações são apresentadas pela parte que arrola a testemunha para a parte

9. “It is sometimes suggested that international arbitration procedures have become “Americanized” in recent years. These observations are rightly regarded with some surprise by domestic U.S. practitioners when they venture into the international arbitration arena, with its very different approaches to matters such as pleading style, document discovery, oral depositions, hearing length and style, witness statements and the like – just as domestic European or Asian practitioners would be surprised by suggestions that international arbitration has been ‘Europeanized’ or ‘Asianized’ in recent years. The reality is that contemporary international arbitration procedures are neither European, American, or Asian – but rather international, flexible and efficient” (BORN, 2021, op. cit.).

10. OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Depoimento escrito (witness statement) na arbitragem internacional. In: LESSA NETO, João Luiz e GUANDALINI, Bruno (org.). *Provas e Arbitragem. Teoria, cultura e prática*. São Paulo: Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2023, p. 333.

adversa e para o tribunal arbitral, em momento anterior à realização da audiência. Segundo as Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional, o *witness statement* consiste em uma “*declaração escrita de testemunho por uma testemunha de fato*”¹¹.

Diversos são os benefícios do uso do depoimento testemunhal escrito, que, segundo entende a doutrina, “*serve para auxiliar o livre convencimento do árbitro, sempre respeitando-se a igualdade das partes, contraditório e a discricionariedade do árbitro, como destinatário final da prova*”¹².

Mas não é só. Na prática, a apresentação, em momento anterior à audiência, do conteúdo do testemunho, é essencial para uma condução eficiente da produção da prova oral. Afinal, o conhecimento prévio, pelos árbitros e pela parte contrária, do objeto do depoimento e a delimitação de seu escopo ao que foi apresentado no depoimento escrito necessariamente tornará a audiência mais célere e eficaz. *A contrario sensu*, a ausência do depoimento escrito prévio e o consequente interrogatório direto, ao vivo, parece necessariamente aumentar a quantidade de tempo necessário para a audiência. Além disso, a apresentação anterior dos fatos detalhados sobre os quais as testemunhas deporão permite aos árbitros conhecer, estudar e entender elementos de fato que, alternativamente, somente lhes seriam apresentados na audiência.

Por fim, os benefícios se verificam não somente no momento em si da audiência, mas também na fase posterior, quando as partes tentarão produzir provas para contrapor os fatos até então desconhecidos que as testemunhas tiverem abordado em audiência.

Historicamente, os depoimentos testemunhais escritos não existiam, de forma geral, nas jurisdições de *civil law*¹³. Segundo reporta a doutrina¹⁴, foi somente após longo debate (e fortes objeções por parte de alguns representantes de *civil law*), que a versão de 1976 das Regras da UNCITRAL foi redigida de forma a prever expressamente a possibilidade de utilização de depoimentos testemunhais

11. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020), Definitions: “*Witness Statement* means a written statement of testimony by a witness of fact”.

12. SANTOS, Mauricio Gomm F. dos; SANTORO, Ana Carolina Martins. Declaração escrita de testemunha. Quem tem medo de Virginia Woolf? In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; MENDES, Lucas V. R. da Costa (coord.). *Práticas de Arbitragem. Técnicas, agentes e mercados*. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2.ª ed., 2020, p. 168.

13. CRAIG, W.; PARK, W.; PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., 2000, para. 23-02.

14. BORN, 2021, op. cit.

escritos, tendo a versão revisada de 2021 das Regras da UNCITRAL mantido tal abordagem.

A Lei Brasileira de Arbitragem (“Lei de Arbitragem”), ao tratar da produção de provas testemunhais, limita-se a indicar a possibilidade de o árbitro “*ouvir testemunhas*”, indicando que “*o depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados*”¹⁵. Não há, como se vê, previsão legislativa expressa a respeito do depoimento testemunhal escrito.

Há, porém, na Lei de Arbitragem, previsão de que o árbitro poderá determinar a produção de provas “*que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício*”¹⁶, sendo este dispositivo reflexo da autonomia da vontade das partes, em que – não é novidade – está baseada a arbitragem.

Diante da amplitude dos poderes conferidos pela Lei de Arbitragem às partes para elegerem a lei aplicável ao procedimento arbitral, da autonomia para definição (em conjunto com o árbitro) dos aspectos procedimentais, incluindo a sistemática da produção de provas), o uso de depoimentos testemunhais escritos em arbitragens com sede no Brasil parece perfeitamente possível. Afinal, as partes têm liberdade assegurada pela Lei de Arbitragem para convencionar que a arbitragem “*se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio*”¹⁷.

Entretanto, não parece ser a mera ausência de previsão legislativa expressa autorizativa do uso de depoimentos testemunhais escritos a causa da resistência por árbitros e usuários. Seu uso, de fato, é tema polêmico no Brasil. Confira-se a sempre importante reflexão do Professor Marcelo Huck:

15. Lei Federal n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

“Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1.º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros”.

16. “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício”.

17. “Art. 2.º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1.º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2.º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

O testemunho escrito apresenta pontos críticos e discutíveis, objeto de grandes e profundas divergências. Poderá ser útil para o Tribunal – e para a parte contrária – saber de antemão o exato teor do depoimento testemunhal a ser prestado em audiência. De outro lado, o testemunho escrito retira da prova a possibilidade do imprevisto, levando, irresistivelmente, à prática do interrogatório (*cross examination*), utilizada no processo da *common law*, no qual mais se busca destruir a credibilidade da testemunha do que dela obter fatos verdadeiros. A testemunha, ainda que não tenha – ela própria – redigido seu depoimento (o que normalmente acontece), já o leu e releu, não raro sabendo-o de cor. No dito *written statement*, a possibilidade de a testemunha sair do *script* é próxima de zero. Nesses casos, quanto mais resistente o depoente às perguntas que lhe fazem, menos dele se obterá além daquilo que já consta do escrito previamente apresentado¹⁸.

Outros renomados árbitros também parecem seguir a resistência do Professor Marcelo Huck à adoção generalizada de depoimentos testemunhais escritos. É o caso de Carlos Alberto Carmona, para quem, na sistemática brasileira, o árbitro não deve acolher um relato escrito da testemunha como se fosse verdadeiro depoimento, pois “*não poderá controlar, pela leitura da peça, que tipo de interferência terá sido exercida sobre o declarante, seja da parte que pretenda produzir a prova, seja de seus advogados*”¹⁹.

Como se vê, as polêmicas (ou o incômodo) em torno do uso de depoimentos testemunhais escritos no Brasil parece ter contornos muito mais de ordem prática do que estritamente legal.

Poderão os árbitros se sentir confortáveis quanto à veracidade do conteúdo do depoimento escrito? Como se pode garantir que o depoimento escrito refletirá o que verdadeiramente é do conhecimento da testemunha e não o resultado de um direcionamento do advogado que escreveu seu conteúdo? Prestar-se-á,

18. HUCK, Hermes Marcelo. *As táticas de guerrilha na arbitragem. 20 anos da lei de arbitragem*: Home-nagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

Segue o autor no seguinte sentido: “Ademais, não há depoimento escrito que tenha sido integralmente redigido pela testemunha ou que, no mínimo, não tenha passado pelo crivo censorador do patrono da parte que a arrolou. É notório e plenamente aceito, inclusive pelas regras da IBA, que o advogado participe da redação do testemunho. Por certo, nenhum advogado permitirá a juntada de determinado depoimento testemunhal que prejudique os interesses de seu cliente. Se a prova testemunhal puramente oral é duvidosa e incerta por natureza, o que dizer dessa prova previamente preparada e escrita sob a supervisão de um advogado? A credibilidade para os fatos que possa trazer é sempre precária e somente uma hesitação ou um tropeço da testemunha revelará algo de novo (e útil) para ajudar na formação do convencimento dos árbitros. Já o testemunho puramente oral pode ensejar melhores e mais confiáveis dados para o Tribunal, pois perguntas bem formuladas podem levar a respostas não ensaiadas”.

19. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, Um Comentário à Lei n.º 9.307/96. 4.ª ed. Barueri: Atlas, p. 328.

enfim, o depoimento escrito à busca pela verdade e pela obtenção dos elementos fáticos que realmente importem a tomada de decisão pelo árbitro ou seu uso apenas fará da audiência arena em que a parte contrária ataca a credibilidade da testemunha depoente e não o conteúdo do seu testemunho?

A característica mais comumente criticada em depoimentos testemunhais escritos é a – frequentemente, quase como regra – elaboração e redação de seu conteúdo por (ou, ao menos, em conjunto com) advogados. Trata-se, aqui, de um aparente choque entre as culturas, práticas e padrões adotados nos sistemas de *common law* e *civil law*.

Como se sabe, o sistema processual brasileiro possui regras (escritas e não escritas) rígidas que buscam evitar a contaminação de testemunhas. Entre as regras positivadas no Código de Processo Civil, está, por exemplo, a imposição de que as testemunhas sejam inquiridas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, evitando-se, com isso, que uma ouça o depoimento das outras (artigo 459). De forma ainda mais relevante ao objeto deste artigo, está a previsão, para depoimentos pessoais, de que a parte deverá responder “ *pessoalmente*” sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados (artigo 387).

Antes de prosseguir, pede-se vênua para, sucintamente, traçar comentário a respeito da aplicação destas regras à sistemática dos processos arbitrais. Como se sabe, o Código de Processo Civil, como regra geral, não se aplica à arbitragem de forma obrigatória e automática, salvo expressamente acordado pelas partes. Não obstante, concordam os autores com a posição de André Luís Monteiro e José Antonio Fichtner, para quem:

[O]s sistemas processual e arbitral não são completamente independentes [...]. O que se quer dizer é que o procedimento descrito no diploma processual civil estatal não se confunde com os institutos processuais reconhecidos na sede da arbitragem, alguns deles previstos nos códigos de processo civil e outros não²⁰.

Com isso, não se quer dizer que, especificamente, os artigos 387 e 459 do Código de Processo Civil (e outros dispositivos) se apliquem, necessária e automaticamente, às arbitragens com sede no Brasil. Mas é evidente que a sistemática processual de produção de provas testemunhais brasileira terá papel relevante na

20. FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. Tutela Provisória na Arbitragem e Novo Código de Processo Civil: Tutela Antecipada e Tutela Cautelar, Tutela de Urgência e Tutela de Evidência, Tutela Antecedente e Tutela Incidental. In: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.

percepção com que árbitros, advogados e praticantes brasileiros enxergam a produção da prova testemunhal em arbitragens e, mais especificamente, a utilização de depoimentos testemunhais escritos.

Quer-se dizer que, ao que parece, a problemática do uso dos depoimentos testemunhais escritos decorreria da cultura processual – refletida no Código de Processo Civil, mas que extrapola para o processo arbitral – no sentido de se evitar uma “contaminação” das testemunhas. Como se verá a seguir, porém, os riscos de contaminação podem ser mitigados pelos elementos que devem compor os depoimentos testemunhais escritos e pelo peso a ser atribuído pelo árbitro aos depoimentos e à própria testemunha na valoração das provas para a formação de sua convicção.

3. HARMONIZAÇÃO DO USO DOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS ESCRITOS NO BRASIL

Como se verificou, a principal ressalva quanto aos depoimentos testemunhais escritos no Brasil decorre de possíveis problemas relacionados à credibilidade das informações ali constantes. Trata-se de tema que, apesar de parecer bastante espinhoso, é possível de ser tratado de forma bastante eficiente segundo as peculiaridades do caso pelo árbitro.

Aqui, faz-se referência, inicialmente, à muito acertada e bem-vinda diretriz das já mencionadas Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional. Referidas regras consagram prática que já é aceita, conhecida e inclusive desejada pela comunidade arbitral: a de que “[n]ão será considerado inadequado que uma parte, seus diretores, empregados, assessores jurídicos ou outros representantes entrevistem suas testemunhas ou potenciais testemunhas e discutam seus futuros depoimentos com elas”²¹.

Trata-se, afinal, da consolidação da aceitação, na prática, de que é permitido e inclusive convém ao advogado conversar com a testemunha, dela obtendo informações sobre o conteúdo de seu depoimento, seu conhecimento direto sobre os fatos da disputa e a ela explicando a dinâmica da audiência. Não há nisso nada de errado.

21. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020).

“Art. 4(5)(b). Each Witness Statement shall contain: [...]

(b) a full and detailed description of the facts, and the source of the witness’s information as to those facts, sufficient to serve as that witness’s evidence in the matter in dispute. Documents on which the witness relies that have not already been submitted shall be provided”.

Mas tais regras vão adiante e fornecem critérios bastante úteis para a elaboração e admissibilidade dos depoimentos testemunhais escritos, na medida em que exigem uma “*descrição completa e detalhada dos fatos e a fonte de informação da testemunha quanto a esses fatos, suficiente para servir como prova da testemunha na questão em disputa*”²².

Outros elementos são objetivamente exigidos pelas referidas regras, incluindo (1) descrição detalhada e completa dos fatos, (2) a fonte de informações da testemunha para os fatos testemunhados, (3) documentos nos quais a testemunha se baseou para seu depoimento, (4) afirmação da veracidade da declaração²³.

Ainda que as Regras da IBA não sejam adotadas de forma explícita pelo procedimento arbitral, é certo que elas poderão nortear (como de costume, aliás, norteiam) os árbitros em sua avaliação do depoimento testemunhal escrito. Com isso, a prática internacional mostra que a ausência de algum ou alguns dos elementos acima indicados impacta não somente a credibilidade da testemunha, mas também pode levar o tribunal arbitral a rejeitar o depoimento da referida testemunha²⁴.

Seja como for, ainda que se possa argumentar que são raros os casos em que o depoimento da testemunha será simplesmente rejeitado e excluído pelo tribunal arbitral, não são raros os casos em que a testemunha cujo depoimento se baseia em meras especulações ou argumentações jurídicas não será levada em consideração pelo tribunal na formação de sua convicção sobre o caso.

Com isso, caso o tribunal arbitral, ao receber o depoimento escrito ou ao ouvir a testemunha depor em audiência, perceba que o depoimento (oral ou escrito) está baseado em meras ilações e especulações; contém argumentos jurídicos

22. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020).

“Art. 4(3). It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them”.

23. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020).

“Art. 4(5)(a) Each Witness Statement shall contain: [...]

(a) the full name and address of the witness, a statement regarding his or her present and past relationship (if any) with any of the Parties, and a description of his or her background, qualifications, training and experience, if such a description may be relevant to the dispute or to the contents of the statement; (b) a full and detailed description of the facts, and the source of the witness’s information as to those facts, sufficient to serve as that witness’s evidence in the matter in dispute. Documents on which the witness relies that have not already been submitted shall be provided; (c) a statement as to the language in which the Witness Statement was originally prepared and the language in which the witness anticipates giving testimony at the Evidentiary Hearing; (d) an affirmation of the truth of the Witness Statement; and (e) the signature of the witness and its date and place”.

24. BORN, 2021, op. cit.

ou legais (incluindo interpretações de cláusulas contratuais) e não meramente representa o testemunho sobre os fatos objeto da disputa; e recebeu indevida e indesejada intervenção de advogados, poderá simplesmente desconsiderar tal testemunha na formação de sua convicção.

Tal condução eficiente e eficaz do procedimento encontra-se em linha com a sistemática brasileira da arbitragem, em que o árbitro conta com amplos poderes instrutórios e na qual, “*da mesma forma que o juiz togado, o árbitro deverá instruir a causa, ou seja, prepará-la para decisão*”²⁵. Inclusive, conforme leciona Carlos Alberto Carmona, “*nada impede que o árbitro determine a repetição de uma atividade probatória que lhe tenha parecido defeituosa, incompleta ou inconvincente (nova inquirição de testemunha, acareação de testemunhas cujos depoimentos foram conflitantes [...])*”²⁶.

Na visão dos autores, os problemas que podem advir do uso de depoimentos testemunhais escritos podem, perfeitamente, ser evitados, enfrentados ou dirimidos a partir de técnicas de *case management*, a serem aplicadas conforme a disputa.

Em primeiro lugar, o árbitro pode, ao estabelecer as regras processuais a serem observadas pelas partes em suas manifestações e na produção de provas (em geral, na ordem processual n.º 1), estabelecer objetivamente os elementos que quer ver constar do depoimento testemunhal escrito. As já mencionadas Regras da IBA trazem bons parâmetros para o conteúdo de tais depoimentos. Mas outras considerações podem ser abordadas pelo árbitro por se mostrarem úteis à análise da veracidade do conteúdo e da credibilidade da testemunha.

Por exemplo, o árbitro e as partes podem estabelecer diretrizes expressas com cautelas que devem ser observadas durante a elaboração dos depoimentos, incluindo vedação à inclusão de fatos, informações, datas e outros elementos que não sejam do conhecimento da testemunha. Além disso, o árbitro pode expressamente vedar a inclusão de argumentos e temas jurídicos, legais ou contratuais no depoimento pessoal escrito. Ainda que pareça óbvio por se tratar de depoimento de testemunhas fáticas, não é raro se ver diante de depoimentos testemunhais escritos contendo a interpretação da testemunha fática sobre uma cláusula contratual.

De outro lado, estando o árbitro diante de situação em que o depoimento testemunhal escrito se mostre problemático (o que, acredita-se, ocorrerá mais

25. CARMONA, op. cit., p. 316.

26. Ibid., p. 317.

por intervenção indevida das partes e seus advogados), poderá o tribunal valer-se de seus poderes para a condução do processo.

Trata-se, afinal, de situação – quer-se crer – excepcional, sendo mais um exemplo de possíveis táticas de guerrilha que podem vir a ser adotadas no curso dos procedimentos arbitrais. Para tais táticas de guerrilha, já se consolidou o entendimento de que, no ordenamento brasileiro, o árbitro pode e deve impor limites.

Afinal, fazendo referência mais uma vez à sempre valiosa lição do Professor Marcelo Huck (e não se poderia concluir este capítulo sem referência a seus ensinamentos), é preciso “*combater as práticas terroristas que apenas fazem por desacreditar a instituição. Ao tribunal arbitral cabe decidir como enfrentar tais situações, no caso concreto. Os árbitros detêm e concentram poderes para conduzir o processo arbitral e impor limites ao comportamento das partes e seus patronos*”²⁷.

CONCLUSÃO

Como se viu, o depoimento testemunhal escrito é forma de produção de prova que garante eficiência ao procedimento arbitral, permitindo não só maior celeridade na produção da prova oral e no tempo em si da audiência, mas, principalmente, assegurando ao árbitro e à parte contrária ter conhecimento prévio do conteúdo do testemunho oral que será realizado.

À primeira vista, talvez porque historicamente originado das jurisdições de *common law*, o depoimento escrito testemunhal parece ser incompatível com a dinâmica da produção de prova oral do nosso ordenamento brasileiro. Não há, na visão dos autores, qualquer incompatibilidade com o que dispõe a Lei de Arbitragem quanto à produção de provas. Tal incompatibilidade, a todo sentir, parece encontrar espaço na cultura da produção de prova oral, respaldada por conceitos como a não contaminação de testemunhas e no receio de que o depoimento escrito terá seu conteúdo manipulado por advogados ou partes.

Na visão dos autores, porém, o ordenamento jurídico brasileiro, ao assegurar ao árbitro amplos poderes para instruir o procedimento e rechaçar condutas abusivas e indevidas das partes e de seus advogados, permite que os depoimentos testemunhais escritos sejam incorporados de forma não somente válida, mas principalmente eficiente em procedimentos arbitrais com sede no Brasil. Afinal, a interferência indevida de advogados e partes em depoimentos escritos consistiria

27. HUCK, op. cit.

em táticas de guerrilha e condutas abusivas que podem, devem e são combatidas pelos árbitros à luz do ordenamento brasileiro.

Com isso, acreditam os autores, o Brasil estará ainda mais perto das práticas que são costumeira e rotineiramente adotadas na prática arbitral internacional e poderá se beneficiar das vantagens deste mecanismo de produção de provas.

REFERÊNCIAS

- BORN, Gary B. Chapter 15: Procedures in International Arbitration (Updated March 2024). In: BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Third Edition, Kluwer Law International (2021).
- BORN, Gary B. The International Practitioner's Perception of Arbitration in Brazil. In: SESTER, Peter (ed.), *International Arbitration: Law and Practice in Brazil*, 2020.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, Um Comentário à Lei n.º 9.307/96. 4.ª ed. Barueri: Atlas.
- CARMONA, Carlos Alberto. Em Torno do Árbitro. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Associação Portuguesa de Arbitragem: Almedina, 2010.
- CRAIG, W.; PARK, W.; PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., 2000.
- FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. Tutela Provisória na Arbitragem e Novo Código de Processo Civil: Tutela Antecipada e Tutela Cautelar, Tutela de Urgência e Tutela de Evidência, Tutela Antecedente e Tutela Incidental. In: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.
- HUCK, Hermes Marcelo. *As táticas de guerrilha na arbitragem. 20 anos da lei de arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.
- OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Depoimento escrito (witness statement) na arbitragem internacional. In: LESSA NETO, João Luiz e GUANDALINI, Bruno (org.). *Provas e Arbitragem. Teoria, cultura e prática*. São Paulo: Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2023.
- PARGENDLER, Mariana. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018, pp. 143-189.
- RANGACHARI, Rekha; DUGGAL, Kabir. One Size Fits All? Comparing Civil Law and Common Law Approaches to Evidence and Its Application in International Arbitration. In: KOCHANSKY, Gregory (ed.), *Dispute Resolution Journal*, Kluwer Law International, AAA-ICDR 2022, v. 76.
- SANTOS, Mauricio Gomm F. dos; SANTORO, Ana Carolina Martins. Declaração escrita de testemunha. Quem tem medo de Virginia Woolf? In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; MENDES, Lucas V. R. da Costa (coord.). *Práticas de Arbitragem. Técnicas, agentes e mercados*. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2.ª ed., 2020.
- VEEDER, V. V., Evidence: The Practitioner in International Commercial Arbitration, *International Law Forum du Droit International* 1: 228-231, Kluwer Law International: The Netherlands, 1999.