

- SCHACHTER, Oscar. *Human dignity as a normative concept*. In *The American Journal of International Law*. Vol. 77, n.º 4 (oct. 1983). American Society of International Law, pp. 848-854.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura judicial: no sistema luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- STARCK, Christian. *Nuevo desarrollo de las relaciones entre estado e iglesia en el derecho alemán*. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, pp. 45-56.
- TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. In *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Amy Gutmann (ed.). Princeton: Princeton University Press, 1994, pp. 25-73.
- TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *Notas sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais*. In MIRANDA, Jorge (Org.). *O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, pp. 75-138.
- WOLF, Robert Paul. *Além da tolerância*. In WOLFF, Robert Paul et al. *Crítica da Tolerância Pura*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, pp. 11-58.

*A obtenção de documentos em poder da parte contrária em processo arbitral**

DR.ª RITA NUNES DOS SANTOS**

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Enquadramento legal: A) Common Law vs Civil Law – duas realidades incompatíveis?; B) Tendência de uniformização das regras relativas à condução do processo arbitral: 1. Perspectiva geral; 2. Lei Modelo da UNCITRAL e leis de arbitragem nacionais; 3. Regulamentos de Arbitragem. III. Dinâmica de um processo arbitral: A) Definição das regras processuais aplicáveis; B) Análise das Directrizes da IBA em matéria de apresentação de documentos em poder da contraparte: 1. Timing e tramitação do processo de apresentação de documentos; 2. Dos requisitos de que se deve revestir um pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte; 3. Da não admissão de um pedido de apresentação de documento; D) Consequências do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos. IV. Articulação entre Tribunais Arbitrais e Tribunais Judiciais: A) Do auxílio na fase de produção de prova: 1. Enquadramento legal; 2. Tribunal competente e tramitação processual; B) Da Impugnação de decisões do Tribunal Arbitral em matéria de apresentação de prova. V. Conclusão.

I. Introdução

A prova documental assume uma relevância preponderante no âmbito da arbitragem doméstica ou internacional¹. Com efeito, as relações comerciais entre empresas assentam, regra geral, em contratos escritos nos quais são esti-

* Este artigo tem por base o trabalho final apresentado em 15.09.2015 no âmbito do Curso de Extensão Universitária em Arbitragem da Universidade Nova de Lisboa.

** Advogada na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, R.L.

¹ Neste sentido, veja-se ANTONIAS DIMOLITSA, *Giving Evidence: Some reflexions on oral evidence vs documentary evidence and on the obligations and rights of the witnesses*, in *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law – Arbitration and Oral Evidence*, Janeiro de 2005, pp. 11-27 (em particular a p. 11).

pulados os direitos e obrigações das partes, sendo que em caso de emergência de um litígio no que respeita à respectiva execução ou cumprimento é também no teor desses contratos, dos respectivos anexos ou *side letters*, da documentação preparatória à conclusão dos mesmos ou contemporânea destes, da correspondência trocada durante a respectiva execução, ou mesmo de documentação interna produzida pelas partes quanto aos mesmos, que os árbitros podem, em primeira linha, encontrar a fonte mais directa para interpretar o sentido das declarações negociais das partes e, bem assim, aferir o pontual cumprimento das obrigações aí previstas.

Nessa medida, o sucesso das pretensões das partes no âmbito do processo arbitral está, não raras vezes, dependente da sua capacidade para apresentar ao Tribunal prova documental que sustente a sua alegação de facto, situação que, tendo em conta a natureza iminentemente relacional deste tipo de litígios de índole comercial, pode passar pela necessidade de aceder a documentação que está, precisamente, em poder da contraparte e que esta última tem relutância em revelar, por poder ser desfavorável à sua posição.

Qual o nível de colaboração que se pode esperar obter da contraparte no que respeita ao acesso a documentos? Qual o âmbito dos pedidos que lhe podem ser dirigidos? E quais as consequências de um eventual incumprimento de uma decisão do Tribunal Arbitral no que respeita à apresentação de documentos?

Estas são apenas algumas das questões a que vamos procurar responder neste trabalho, começando por fazer um enquadramento dos princípios gerais que norteiam esta questão da obtenção de documentos detidos pela contraparte e das soluções consagradas pelas várias leis de arbitragem nacionais, regulamentos das instituições de arbitragem de referência e directrizes e recomendações comumente aceites pela comunidade arbitral quanto a este ponto, avançando depois para uma análise dos requisitos de que habitualmente se faz depender um pedido de documentos em poder da parte contrária, com destaque para o tratamento dado a esta questão pelas Directrizes da *International Bar Association* de 2010 no que respeita à produção de prova em arbitragem internacional. Vamos também considerar quais as eventuais consequências que podem advir para uma parte que recuse a apresentação de documentos determinada pelo Tribunal Arbitral, e, por fim, considerando as especificidades próprias do processo arbitral e dos poderes do Tribunal Arbitral, fazer um enquadramento da articulação entre Tribunais Arbitrais e Tribunais Judiciais no que respeita a esta matéria [com enfoque nas soluções consagradas pela Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro)], quer no que respeita ao controlo das decisões arbitrais, quer no que respeita à respectiva efectividade.

II. Enquadramento legal

A) *Common Law vs Civil Law – duas realidades incompatíveis?*

A questão do âmbito e limites no acesso ao acervo documental da contraparte é objecto de entendimentos e práticas judiciais radicalmente diferentes nos países de matriz anglo-saxónica, com tradição legal de *common law*, e nos países de matriz continental, com tradição legal de *civil law*.²

Com efeito, nos Estados Unidos da América, a fase de *discovery* vai mesmo além da possibilidade de acesso à prova no decurso do processo contencioso, intervindo antes numa fase anterior à apresentação do caso ao Tribunal, sendo permitido à parte requerente, com grande amplitude, o acesso a informação factual e a meios de prova que permitam estruturar e sustentar a posição que esta pretende vir a defender no processo (dando origem às chamadas *fishing expeditions*)³.

Em Inglaterra não se vai tão longe, muito embora vigore um princípio de *disclosure* que abrange o dever de procura e revelação no âmbito do processo de todos os elementos relevantes para apreciação do mérito das pretensões das partes, quer os mesmos sejam favoráveis quer sejam desfavoráveis à posição da parte que os revela⁴⁻⁵.

Já os sistemas ditos de *civil law*, como é o caso do português, são bastante mais restritivos nesta matéria, apenas permitindo investidas cirúrgicas aos

² Quanto a este ponto, veja-se ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER, NIGEL BLACKABY e CONSTANTINE PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5.ª ed., Kluwer Arbitration, 2009, pp. 384-385. Veja-se ainda GIACOMO ROJAS ELGUETA, *Understanding discovery in international commercial arbitration through behavioral law and economics: a journey inside the minds of parties and arbitrators*, Harvard Negotiation Law Review, 2011, pp. 165-191 (em particular as pp. 171-174).

³ Quanto a esta matéria, veja-se LOUIS B. KIMMELMAN and DANA C. MACGRATH, *Document Production in the United States*, in Document Production in International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 43-56, e ROBERT H. SMIT, *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A North American Viewpoint*, in Document Production in International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 93-100.

⁴ Quanto a este ponto, veja-se V.V. VEEDER, *Document Production in England: Legislative Developments and Current Arbitral Practice*, in Document Production in International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 57-61.

⁵ De acrescentar que nos países de *common law* é genericamente aceite que os *solicitors* têm o dever de assegurar que nenhum elemento relevante deixa de ser apresentado à contraparte ou ao Tribunal. Quanto a este ponto, veja-se JEFF WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2012, p. 833.

arquivos documentais da contraparte. Exige-se habitualmente que o requerente identifique e descreva o documento concreto que pretende obter, explique por que razão não o consegue obter por outro meio e indique os factos concretos que com o mesmo pretende provar⁶.

Face a esta disparidade de práticas nacionais (que eram tendencialmente replicadas em arbitragens, nomeadamente domésticas)⁷, o grande desafio no que respeita à arbitragem internacional, cujos utilizadores e actores – partes, árbitros, advogados – vêm muitas vezes de *backgrounds* diferentes, tem sido o de encontrar uma plataforma comum de entendimento que acautele as suas legítimas expectativas no que respeita ao processo arbitral e assegure algum nível de previsibilidade, certeza e igualdade nas decisões a proferir quanto ao acesso à prova documental.

B) Tendência de uniformização das regras relativas à condução do processo arbitral

1. Perspectiva geral

O esforço de harmonização no âmbito da arbitragem internacional – de que a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, de 1958, é possivelmente o exemplo mais duradouro e conseguido – tem sido objecto de intensificação nas últimas décadas, acompanhando o movimento de crescente carácter transnacional das relações de comércio.

No que respeita em concreto à uniformização de práticas processuais arbitrais, cabe aqui realçar o papel preponderante da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional⁸ (adiante “Lei Modelo da UNCITRAL”), que tem influenciado de forma significativa as leis de arbitragem de vários países [nomeadamente a actual Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (adiante “LAV”)], das regras de arbitragem preparadas também pela UNCITRAL, frequentemente utilizadas em arbitragens *ad hoc* um pouco por todo

⁶ Vai neste sentido o disposto no artigo 429.º do Código de Processo Civil português quanto à apresentação de documentos em poder da parte contrária.

⁷ Neste sentido, veja-se BERNARD HANOTIAU, *Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of ‘Best Practices’*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 113-119 (em particular a p. 113).

⁸ Quanto a este ponto, veja-se ROLF TRITTMANN e BORIS KASOLOWSKY, *Taking Evidence in Arbitration Proceedings Between Common Law and Civil Law Traditions – the Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings*, in *University of New South Wales Law Journal*, Vol 31, n.º 1, 2008, pp. 330-340.

o mundo, bem como, no âmbito da arbitragem institucionalizada, dos regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais de referência, como a CCI, a LCIA ou a AAA. De registar ainda a crescente tendência de elaboração, divulgação e codificação, por parte da comunidade arbitral, de directrizes e manuais de boas práticas processuais arbitrais (também conhecida como *soft law*). São aqui de destacar as já referidas Directrizes da *International Bar Association* (adiante “IBA”) sobre produção de prova em arbitragem internacional (adiante “Directrizes da IBA em matéria de produção de prova”), e para as Directrizes da IBA relativas à representação das partes em arbitragem (que estabelecem regras de conduta para os mandatários das partes com impacto na sua postura no que respeita à condução do processo e à produção de prova)⁹, bem como para orientações relativas a práticas de *case management* que promovam a eficiência e controlo de custos em matéria arbitral¹⁰.

2. Lei Modelo da UNCITRAL e leis de arbitragem nacionais

A tendência das várias leis de arbitragem nacionais no que respeita à questão da determinação das regras do processo, em particular no que respeita à produção de prova, vai no sentido de não impor soluções pré-definidas. Assim, ressalvado o respeito devido a princípios estruturantes do processo como o da igualdade das partes ou o direito de defesa, é dada primazia à autonomia das partes na previsão das regras processuais a aplicar, e, na ausência de determinação expressa das mesmas, aos poderes de direcção do processo por parte do Tribunal Arbitral, a quem cabe então a determinação das concretas regras do processo, e, bem assim, a última palavra quanto à “*admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida*” (cf. parte final do artigo 19.º, n.º 2 da Lei Modelo da UNCITRAL nas suas versões de 1985 e 2006).

A opção pela previsão de um reduzido número de regras imperativas em matéria de organização processual e pelo reforço dos poderes do Tribunal Arbitral nesta matéria é, assim, a consagrada pela LAV portuguesa (cf. artigo 30.º, n.ºs 1 a 4, da LAV), bem como, nomeadamente, pelas leis de arbitragem suíça (cf. artigo 184.º da lei de arbitragem internacional suíça e artigo 373.º do respectivo Código de Processo Civil, aplicável a arbitragens domésticas), espa-

⁹ De referir ainda as Directrizes da IBA sobre outras matérias, como a elaboração de convenções de arbitragem, representação das partes ou conflito de interesses.

¹⁰ De destacar aqui o *ICC Commission Report: Controlling time and costs in International Arbitration* (2012) (disponível em www.iccwbo.org, consultado em 07.08.2015) e as *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures* (2012) (disponível em www.uncitral.org, consultado em 07.08.2015).

nhola (cf. artigo 30.º da *Ley de Arbitraje*), italiana (cf. artigos 816 *bis* e 816 *ter* do respectivo Código de Processo Civil¹¹), alemã (cf. artigos 1046.º e 1047.º do Código de Processo Civil alemão), ou pela lei de arbitragem brasileira (cf. artigo 22.º da Lei Federal 9.307/96), não constando das referidas leis qualquer referência específica no que respeita à produção de prova documental em poder da contraparte.

Também reconhecendo o papel preponderante do Tribunal Arbitral em matéria de condução do processo e produção de prova, muito embora incluindo previsão expressa relativa aos poderes do Tribunal para ordenar a apresentação de documentos, veja-se a lei francesa sobre arbitragem internacional (cf. artigo 1467.º, § 3, do respectivo Código de Processo Civil), a lei belga (cf. artigo 1700.º, § 4, do *Code Judiciaire*)¹², a lei holandesa (cf. artigo 1039.º, n.º 4, do respectivo Código do Processo Civil), a lei inglesa (cf. artigo 34.º, n.º 2, alínea d) do *UK Arbitration Act*), ou o *U.S Federal Arbitration Act* (cf. *section 7*).

3. Regulamentos de Arbitragem

Saindo do plano das leis de arbitragem nacionais para a consideração do teor dos vários regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais de referência – cujas regras apenas se impõem às partes caso estas decidam acolher as suas disposições na convenção de arbitragem, em acordo posterior até à aceitação do primeiro árbitro, ou, em alternativa, na falta de acordo das partes quanto a esta matéria, por determinação do Tribunal Arbitral – encontramos referências seguras de que deverá ser concedido às partes algum grau de acesso a documentos em poder da contraparte na fase da instrução do processo. É, no entanto, de registar a ausência de indicações claras quanto ao âmbito e limites dessa possibilidade, dando margem a uma grande discricionariedade por parte de cada tribunal arbitral no que respeita ao tipo de pedidos que podem aqui considerar-se abrangidos.

Assim, o artigo 27.º, n.º 1, do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL começa por referir que “*cada parte tem o ónus da prova dos factos que*

¹¹ Muito embora estas disposições da lei italiana sejam ainda assim mais detalhados no que respeita às regras a seguir em matéria de produção de prova do que as leis nacionais anteriormente citadas.

¹² De notar que os referidos artigos da lei francesa e da lei belga prevêem mesmo a possibilidade de aplicação de sanções pelo Tribunal Arbitral (“*astreinte*”) caso a parte recuse a apresentação de documentos ordenada pelo Tribunal Arbitral. Quanto a este ponto, veja-se em particular OLIVIER CAPRASSE, *Le Nouveau Droit Belge de l'Arbitrage*, in *Revue de l'Arbitrage – Bulletin de Comité Français de l'Arbitrage*, 2013, Vol. 4, pp. 953 a 978 (em particular a p. 970).

sustentam o seu pedido ou defesa”¹³, acrescentando, no seu n.º 3, que o Tribunal Arbitral pode, em qualquer momento do processo, ordenar às partes que apresentem documentos ou outras provas que tenham em seu poder. Em suma, a regra constante do n.º 1 deste artigo constata a aplicação – genericamente aceite na prática arbitral – de que deve valer como regra o princípio geral de repartição do ónus da prova “*actori incumbit probatio*”¹⁴, podendo esse ónus ser cumprido, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, seja através de documentos que a parte tenha em seu poder e apresente com as suas exposições escritas, quer através de documentos em poder da contraparte¹⁵.

As regras aplicáveis a arbitragens domésticas e internacionais conduzidas sob a égide da *American Arbitration Association* [Rule R-32 das *Commercial Arbitration Rules* e artigo 20.º do Regulamento do *International Center for Dispute Resolution* (“ICDR”), respectivamente] regulam a matéria da apresentação de documentos em poder da contraparte nos mesmos termos previstos nas Regras da UNCITRAL.

Também o artigo 25.º do Regulamento de Arbitragem da CCI dá margem para a possibilidade de pedido de documentos em poder da contraparte, ao referir, no seu n.º 1, que o “*Tribunal Arbitral deverá proceder à instrução da causa com a brevidade possível, recorrendo a todos os meios apropriados*”. Com efeito, entre estes “meios” a que o Tribunal pode recorrer estará a possibilidade de ordenar a junção de documentos pela contraparte, podendo essa notificação surgir a “*qualquer momento no decorrer do procedimento*”, como sugere o n.º 4 do mesmo artigo.

Na mesma linha, o artigo 22.º, n.º 1, alíneas iii) e v), do Regulamento de Arbitragem da LCIA prevê que, salvo convenção em contrário das partes, o Tribunal Arbitral tenha poderes “*para realizar as investigações que pareçam [...] necessários ou convenientes*” bem como para “*exigir que qualquer uma das partes entregue ao Tribunal Arbitral e às outras partes, para inspeção, qualquer documento ou conjunto de documentos em sua posse, custódia ou poder que o Tribunal Arbitral determine ser relevante*”¹⁶. Por fim, e olhando para o panorama nacional, o actual

¹³ No original: “*each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defense*”.

¹⁴ Quanto à aceitação desta regra de repartição do ónus da prova quer pelas tradições de *common law* quer pelas de *civil law*, veja-se YVES DERAÏNS, *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A continental Viewpoint*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 83-91 (em particular a p. 86).

¹⁵ Neste sentido, veja-se GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd Edition, Kluwer Arbitration, 2014, pp. 2319-2423 (em particular a p. 2337).

¹⁶ No original: “*The Arbitral Tribunal shall have the power [...] iii) to conduct such enquiries as may appear to the Arbitral Tribunal to be necessary or expedient [...]; v) to order any party to produce to the Arbitral*

artigo 31.º, n.º 3, do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa prevê que “o tribunal arbitral pode, por sua iniciativa ou a requerimento de uma ou de ambas as partes: [...] b) promover a entrega de documentos em poder das partes ou de terceiros”.

Em suma, há um consenso no sentido de ser admissível algum grau de *disclosure* no âmbito da arbitragem, em particular da arbitragem internacional, bem como quanto à circunstância de o acesso aos arquivos da contraparte dever ocorrer na fase da instrução do processo (ou seja, já após a apresentação das primeiras exposições escritas das partes e em complemento da documentação que estas apresentaram com as mesmas). Fica assim, em princípio, afastada a possibilidade de intervenção de uma verdadeira fase de *discovery* ao estilo americano, até porque dificilmente esse sistema se conjugaria com a opção pelo recurso à arbitragem (na medida em que se trata de uma fase que decorre tendencialmente *pre-trial*, ou seja, num momento em que o Tribunal Arbitral não está ainda constituído).

Há ainda consenso quanto à atribuição ao Tribunal Arbitral de grande margem de discricionariedade na apreciação da admissibilidade destes pedidos (como, aliás, em todas as matérias relativas à prova). A grande questão é que, neste consenso a que se chegou quanto à discricionariedade dos poderes do Tribunal Arbitral em matéria de condução do processo e produção de prova, está, por natureza, todo o potencial de desarmonização e incerteza que à partida se pretendia evitar. A preencher este espaço, ganha assim destaque a já referida *soft law*, que estabelece directrizes específicas quanto às circunstâncias em que podem ser admitidos estes pedidos de obtenção de documentos em poder da contraparte, directrizes essas que, na falta de outras indicações seguras quanto a esta matéria, têm ganho grande relevância na prática arbitral¹⁷.

III. Dinâmica de um processo arbitral

A) Definição das regras processuais aplicáveis

De tudo o que já foi referido *supra* quanto ao panorama de “fontes de direito” a considerar no que respeita à condução do processo arbitral resulta que a primazia no que respeita a esta matéria é habitualmente concedida às

Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant”.

¹⁷ Neste sentido, veja-se se JEFF WAINCYMER, ob. cit., p. 840.

partes¹⁸, que podem, se assim o entenderem, regular directamente esta matéria, respeitados que sejam os princípios fundamentais de um processo justo e equitativo (nomeadamente, o princípio da imparcialidade do julgador, de obrigação de citação do demandado, igualdade das partes ao longo do processo, exercício do contraditório ou dever de fundamentação das decisões judiciais), que se impõem como limites aos poderes de disposição das partes¹⁹.

Assim, as partes podem, desde logo, estabelecer na convenção de arbitragem ou em acordo a celebrar até à aceitação do primeiro árbitro as regras de processo a aplicar, sendo defensável que, nesse contexto, e na ausência de disposição legal imperativa quanto à possibilidade de ser ordenada a junção de documentos em poder da contraparte²⁰, as partes optem por excluir ou restringir fortemente esse mecanismo²¹.

As partes podem ainda optar por prever expressamente a possibilidade de serem dirigidos pedidos de apresentação de documentos à contraparte, estabelecendo condições mais ou menos apertadas para a admissibilidade desses pedidos, para as circunstâncias em que os mesmos podem ser recusados pela contraparte, ou mesmo quanto a eventuais sanções que possam decorrer dessa recusa para a parte que não proceda à apresentação dos documentos (ponto sobre o qual nos pronunciaremos adiante em maior detalhe). De notar que a estipulação de regras pelas partes no que respeita à condução do processo pode ser feita também por remissão, nomeadamente, para as regras de arbitragem da UNCITRAL ou para o regulamento de arbitragem de uma qualquer instituição arbitral, aplicando-se, nesse caso, as regras aí previstas quanto à condução do processo (regras essas que, como resulta do que já vai dito *supra*, vão habitualmente no sentido de admitir por princípio a possibilidade de a contraparte ser chamada a apresentar documentos, ainda que deixando grande margem

¹⁸ Quanto a este ponto, veja-se ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER *et. al.*, ob. cit., pp. 363-367.

¹⁹ Veja-se, quanto a esta matéria, os princípios consagrados no artigo 30.º, n.º 1 da LAV.

²⁰ Esta possibilidade não será tão clara face ao teor das leis de arbitragem francesa, belga, holandesa, inglesa ou americana, nos termos já analisados *supra*, na medida em que estas leis expressamente prevêem a possibilidade de o Tribunal ordenar a apresentação de documentos.

²¹ Quanto a este ponto, veja-se JOERG RISSE, *Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings*, in *Arbitration International*, Volume 29, n.º 3, LCIA, 2013, pp. 453-466, que propõe a eliminação da possibilidade de pedir a apresentação de documentos em poder da contraparte em arbitragem internacional (em particular, as pp. 459-461), e NUNO FERREIRA LOUSA, *Produção de Prova em Arbitragens Internacionais: Em especial, a apresentação de prova documental em poder da parte contrária*, in VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções, Almedina, Julho de 2014, pp. 45-59: “a menos que as partes tenham incluído algo em sentido diverso na sua convenção de arbitragem, não existe um direito processual pré-constituído de as partes requererem a junção de documentos em poder da parte contrária, uma vez que tem sido considerado que a observância das regras de due process não passa necessariamente pela concessão de um tal direito às partes” (p. 47).

de discricionariedade aos árbitros no que respeita a essa matéria)²². As partes podem também acordar expressamente na aplicação das Directrizes da IBA em matéria de produção de prova, passando as referidas Directrizes a vincular contratualmente as partes. Essa possibilidade é, aliás, expressamente prevista na Nota Introdutória às referidas Directrizes, que sugere inclusivamente um modelo de cláusula a incluir na convenção de arbitragem prevendo a aplicação destas regras à condução do processo²³.

Caso as partes não acordem entre si, antes do início da arbitragem, quais as regras por que se regerá o processo arbitral, a definição dessas regras caberá aos árbitros. Nesse caso, pode ser conveniente que as regras em causa sejam desde logo expressamente previstas no momento da celebração da acta de missão e subscritas quer pelos árbitros quer pelas partes ou seus representantes (caso seja possível obter o acordo de todos), assim assegurando a concordância prévia das partes no que respeita às regras processuais. Assim, caso se opte por prever expressamente a possibilidade de serem pedidos documentos à contraparte, devem ser estabelecidos os *timings* e definidos critérios para a realização desses pedidos, bem como previstas desde logo as consequências de um eventual incumprimento da ordem de junção de documentos (nomeadamente em termos de inferências negativas que os árbitros poderão extrair da referida recusa, ou consequências em matéria da repartição das custas, nos termos que melhor desenvolveremos abaixo), assim mitigando consideravelmente o risco de futuras reclamações das partes quanto a esta matéria²⁴.

Em alternativa à fixação das regras processuais logo na fase da assinatura da acta de missão, é também muito comum que os árbitros acordem na fixação das regras do processo no momento da elaboração da primeira Ordem Proces-

sual²⁵. Esta opção, muito embora não envolvendo directamente as partes, tem a vantagem de garantir maior flexibilidade aos árbitros caso entendam alterar ou completar as regras ao longo do processo, adequando-as às circunstâncias concretas do caso e promovendo uma maior eficiência na condução e gestão do processo, habitualmente apontada como uma das principais vantagens do recurso à arbitragem.

Face à ausência de regulamentação detalhada desta matéria por parte das leis de arbitragem nacionais e regulamentos de arbitragem de que demos conta *supra*, tem-se assistido a uma crescente tendência para convocar as soluções das já referidas Directrizes da IBA em matéria de produção de prova à organização de processos arbitrais²⁶, quer em arbitragens internacionais, para as quais estas Directrizes foram originariamente pensadas, quer em arbitragens domésticas²⁷. Sem prejuízo da reconhecida qualidade e utilidade destas Directrizes, como de outros códigos de boas práticas ou recomendações de *case management*, cremos que esta remissão deve ser utilizada de forma ponderada, e não por sistema.

Com efeito, estas Directrizes da IBA procuravam sobretudo uniformizar práticas arbitrais distintas no que respeita à produção de prova – nomeadamente as já assinaladas diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law* – criando um meio-termo entre ambos os modelos que acautelasse o respeito pelas legítimas expectativas das partes no que respeita ao processo arbitral e facilitasse a coexistência no processo entre partes, advogados e árbitros com diferentes tradições jurídicas²⁸. O resultado desta tentativa de conciliação dos vários inte-

²² Quanto ao teor habitual desta primeira Ordem Processual, veja-se Alan Redfern, Martin Hunter *et. al.*, *ob. cit.*, pp. 363-367.

²⁶ Quanto a este ponto, veja-se STEPHEN JAGUSCH, *Organisation and Presentation of Documents to the Tribunal*, in *Art of Advocacy in International Arbitration*, Second Edition, Doak Bishop and Edward G. Kehoe Editors, pp. 281-301 (em particular as pp. 286-287).

²⁷ HORACIO A. GRIGERA NAÓN, ex-Secretário Geral da CCI, destaca a ampla aplicação destas Directrizes em arbitragens sedeadas na América Latina ou envolvendo partes ou mandatários oriundos da América Latina no seu artigo *Document Production in International Commercial Arbitration: A Latin American Perspective*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 15-19 (em particular na p. 15). Em sentido inverso, AHMED S. EL KOSHERI e MOHAMED S. ABDEL WAHAB assinalam a circunstância de as referidas Directrizes da IBA em matéria de produção de prova serem ainda relativamente desconhecidas nos países árabes, e, consequentemente, pouco aplicadas em arbitragens com estes relacionadas. Quanto a este ponto, veja-se o seu artigo *Trends in Document Production in Egypt and the Arab World*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 7-14 (em particular na p. 12).

²⁸ Quanto a este ponto, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, 2015, p. 301: “As IBA Rules tentaram um compromisso: o pedido de entrega de documento deve ser suficientemente identificado, explicando-se, no mínimo, por que razão se supõe que exista e explicando com

²² Face à ausência de detalhe com que a matéria da apresentação de documentos é habitualmente regulada nos referidos Regulamentos de Arbitragem, e face à natureza iminentemente contratual da opção pela remissão para estas regras, não é de excluir a possibilidade de as partes optarem ainda assim por regular adicionalmente esta matéria antes da constituição do Tribunal arbitral, esclarecendo, nomeadamente, em que termos e circunstâncias podem ser realizados estes pedidos de documentos.

²³ Quanto a estas Directrizes e ao potencial interesse da sua aplicação em arbitragens domésticas, veja-se PEDRO METELLO DE NÁPOLES, *As novas regras da IBA sobre produção de prova em arbitragem internacional*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano III, 2010, pp. 105-116 (em particular a p. 107).

²⁴ Os pontos 51 e 52 do *ICC Commission Report: Controlling time and costs in International Arbitration* (ICC, 2012) tratam da questão da definição e aplicação de regras processuais em matéria de apresentação de documentos em poder da contraparte, sugerindo que se comece *ab initio* por ponderar se é verdadeiramente necessário permitir este mecanismo, e, em caso afirmativo, se estabeleçam regras claras quanto ao procedimento a seguir, propondo inclusivamente que se opte por remeter para o disposto no artigo 3.º das Directrizes da IBA sobre produção de prova.

resses em presença resultou num sistema que acaba por ser um *tertium genus*, que não corresponde integralmente a nenhuma das duas grandes tradições jurídicas em causa: prevê maior grau de *disclosure* do que o de países com sistemas ditos de *civil law* e um menor grau de *disclosure* do que os regimes ditos de *common law*. Nessa medida, considerando que o próprio texto das Directrizes, no seu Preâmbulo, refere expressamente que as mesmas visam especialmente aplicar-se em casos em que as partes em confronto vêm de “*diferenças tradições jurídicas*”, fará sentido ponderar com particular atenção se se justifica a remissão – ou pelo menos a remissão em bloco – para estas Directrizes, em casos em que as partes têm tradições jurídicas comuns. Com efeito, entre partes com tradição jurídica de *civil law*, poderá fazer mais sentido, na perspectiva de adaptação do processo às expectativas das partes, prever um regime no que respeita à apresentação de prova documental em poder da contraparte mais restrito do que o previsto nestas Directrizes (que, como veremos de seguida, prevê a possibilidade de serem pedidos não apenas documentos específicos, devidamente descritos e individualizados pela parte requerente, mas antes categorias de documentos), até porque a tendência aponta para que regimes mais restritivos nesta matéria têm a virtualidade de tornar o processo mais expedito, eficiente e económico²⁹.

B) *Análise das Directrizes da IBA em matéria de apresentação de documentos em poder da contraparte*

1. *Timing e tramitação do processo de apresentação de documentos*

São especialmente relevantes no que respeita à prova documental os artigos 3 e 9 das referidas Directrizes da IBA em matéria de produção de prova, nos quais são traçadas as grandes linhas do processo de apresentação de documentos e das funções e atribuições das partes, advogados e árbitros quanto a esta matéria. Procurando seguir cronologicamente as grandes fases do processo, são de destacar os seguintes pontos:

que facto se relaciona (art. 3/3). Estas regras podem aplicar-se nas arbitragens internas, sempre sob reserva do contraditório”.

²⁹ De notar que entre as técnicas sugeridas pela CCI para a condução eficiente do procedimento arbitral (cf. Anexo IV do seu Regulamento de Arbitragem) é atribuído grande destaque ao controlo de produção de prova documental, sugerindo-se, em particular, que se “*solicite às partes que produzam toda a prova documental nas quais se apoiam com as suas manifestações escritas*”, bem como que, “*quando apropriado*”, se “*evit[em] requerimentos de produção de prova [...] com o fim de controlar tempo e custos*”.

- *Cada parte começa por apresentar ao Tribunal Arbitral todos os documentos que tem em seu poder ou a que pode ter acesso (por serem do domínio público) que sustentam a posição por si defendida na acção (cf. artigo 3.1 das Directrizes). Com efeito, a regra é a de que a parte deve juntar aos autos os documentos que tem em sua posse juntamente com a exposição escrita do caso³⁰, sendo que os pedidos de documentos dirigidos à contraparte apenas devem surgir após esta primeira apresentação do caso pelo requerente³¹, assim se procurando impedir que a parte construa integralmente o seu caso com base no acesso aos arquivos da contraparte.*
- *Após essa primeira exposição do caso e apresentação dos documentos, e dentro do prazo fixado pelo Tribunal para o efeito (de forma a evitar que esta fase de document production se protele indefinidamente no tempo), a parte deve dirigir ao Tribunal Arbitral e à contraparte o pedido para apresentação de documentos (pedido esse cujos requisitos analisaremos em maior detalhe infra)³². Caso o Tribunal Arbitral opte pela bifurcação do processo (começando, por exemplo, por decidir a questão da competência do Tribunal, e avançando depois, sequencialmente, para a determinação da existência ou não de responsabilidade e para a aferição dos danos), pode, após consultar as partes, optar pela organização de uma fase de apresentação de documentos para cada etapa (cf. artigos 3.2. e 3.14 das Directrizes).*
- *No prazo que tiver sido fixado pelo Tribunal para o efeito, a parte requerida deve enviar directamente à parte requerente os documentos que tem em seu poder e quanto aos quais não tem objecções à junção (cf. artigo 3.4 das Directrizes). A regra é aqui a de procurar limitar a intervenção do Tribunal Arbitral nesta fase, por razões de maior eficiência e controlo de custos do procedimento, pondo as partes a discutir directamente uma com a outra os respectivos pedidos de apresentação de documentos³³. Com efeito, é possível que surjam dúvidas quanto à identificação dos documentos pedi-*

³⁰ Neste sentido, veja-se YVES DERAIS, ob. cit., p. 88.

³¹ BERNARD HANOTIAU, ob. cit., p. 115, refere que esta regra poderá ter que ser afastada em algumas circunstâncias, dando o exemplo de arbitragens de investimento, em que o investidor que tenha sido expulso do país pode não ter acesso a qualquer documento que lhe permita defender a sua posição, caso em que será adequado permitir que estes pedidos de apresentação de documentos ocorram numa fase inicial do procedimento.

³² Caso o pedido seja dirigido às partes não pela contraparte mas sim pelo Tribunal Arbitral, a regra do artigo 3.10 das Directrizes da IBA em matéria de produção de prova prevê que o mesmo pode ocorrer em qualquer momento até à conclusão do processo arbitral, aplicando-se, em caso de objecções suscitadas pelas partes, o regime previsto nos artigos 3.4 a 3.8 das Directrizes.

³³ Não era esta a opção da versão anterior destas Directrizes, datada de 1999, onde se previa que os documentos fossem enviados, por defeito, quer para as partes quer para o Tribunal Arbitral.

dos, fazendo sentido que as partes troquem informação adicional entre si de forma a especificar ou restringir os pedidos inicialmente formulados. É também possível que nem todos os documentos pedidos pela parte requerente e disponibilizados pela contraparte tenham de facto interesse para a acção e venham a ser utilizados pela parte requerente, não fazendo por conseguinte sentido que o Tribunal Arbitral tome conhecimento do respectivo teor. Assim, apenas em casos em que o Tribunal Arbitral o requeira expressamente devem os documentos apresentados em resposta a estes pedidos ser-lhe enviados directamente pela parte requerida.

– Caso a parte tenha alguma objecção à junção de algum ou alguns dos documentos solicitados, por se verificar alguma das circunstâncias previstas no artigo 9.2 das Directrizes (que analisaremos em maior detalhe adiante), deve apresentá-la por escrito à parte requerente e ao Tribunal Arbitral. Após tomar conhecimento da objecção suscitada pela parte requerida, pode o Tribunal Arbitral convidar as partes a discutirem directamente uma com a outra a questão, com vista a tentarem ultrapassar a divergência existente. Caso tal não seja possível, qualquer uma das partes pode pedir ao Tribunal Arbitral que se pronuncie sobre esse ponto (cf. artigos 3.5 a 3.7 das Directrizes).

De notar que deve ser respeitado ao longo deste processo o princípio do contraditório (até para acautelar possíveis futuras impugnações da decisão arbitral com esse fundamento), cabendo ao Tribunal Arbitral assegurar que a parte requerente é ouvida sobre a pertinência das objecções suscitadas pela parte requerida. De forma a tornar o processo de troca de comunicações entre as partes (ou, caso o mesmo seja chamado a intervir, com o Tribunal Arbitral) mais rápido e eficiente, evitando a troca de exposições escritas longas sobre cada documento, é prática habitual a elaboração de uma tabela para utilização dos vários envolvidos (vulgarmente designada de “*Redfern Schedule*”, em homenagem ao seu autor, Alan Redfern)³⁴, devendo ser inscrita na primeira coluna da tabela uma descrição do documento ou categoria de documentos cuja apresentação o requerente pretende, na segunda coluna a indicação das razões pelas quais se justifica essa apresentação, na terceira coluna as objecções suscitadas pelo requerido à apresentação do documento em causa e na quarta e última coluna a decisão do Tribunal Arbitral quanto ao pedido em causa, ponderados os argumentos apresentados pelas partes³⁵.

³⁴ Quanto a este ponto, veja-se ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER *et. al.*, *ob. cit.*, pp. 394-395.

³⁵ O ponto 52 do “*ICC Commission Report: Controlling time and costs in International Arbitration*” (ICC, 2012), relativo à gestão eficiente de pedidos de apresentação de documentos em poder da contraparte, sugere expressamente a utilização deste *Redfern Schedule*.

- Ao tomar a sua decisão sobre a admissibilidade ou não do pedido formulado, deve o Tribunal Arbitral ponderar, face à informação que lhe foi fornecida pelas partes, i) se as questões que a parte requerente pretende ver provadas com o documento pedido são relevantes face ao caso concreto em análise e importantes para a decisão do processo; ii) se são legítimas as objecções suscitadas pela parte requerida; e iii) se todos os requisitos de que deve depender o pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte, nos termos do artigo 3.3 das Directrizes, estão verificados (cf. artigos 3.6 e 3.7 das Directrizes).
- De notar que, excepcionalmente, caso o Tribunal tenha dúvidas quanto à legitimidade das objecções suscitadas pela contraparte e considere que tais dúvidas apenas podem ser cabalmente esclarecidas pela análise do documento, está prevista a possibilidade de o Tribunal Arbitral nomear um “Expert” independente e imparcial para analisar o referido documento e tomar posição quanto à validade da objecção formulada, comunicando-a ao Tribunal. Pretende assim evitar-se que, caso a conclusão seja de facto no sentido da validade da objecção suscitada pela parte requerida (e, por conseguinte, pela inadmissibilidade da junção do documento) o Tribunal Arbitral não tome conhecimento do seu teor e possa ser indevidamente influenciado pelo mesmo no seu juízo do caso³⁶.
- Deve ser assegurada, por todos os envolvidos, a confidencialidade de qualquer documento que venha a ser apresentado nos autos – espontaneamente ou a pedido do Tribunal ou da contraparte – que não seja do domínio público, apenas podendo o mesmo ser usado no contexto do processo. Esse princípio é expressamente consagrado no artigo 13.5 das Directrizes, revestindo-se de particular importância nesta matéria, na medida em que, a pedido da contraparte,

³⁶ Têm-se colocado algumas interrogações quanto à natureza e funções deste “Expert”, em particular quanto a se a sua nomeação deve seguir o procedimento previsto no artigo 6 das Directrizes no que respeita a peritos nomeados pelo Tribunal, bem como quanto ao exacto objecto da tarefa que lhe é confiada e à medida em que a mesma não poderá consubstanciar a atribuição a um terceiro, estranho ao Tribunal Arbitral, de poderes adjudicatórios no que respeita à questão da admissibilidade ou não do documento. O entendimento dominante aponta no sentido de não serem obrigatoriamente aqui aplicáveis as regras de nomeação previstas no artigo 6 das Directrizes, sendo conferida maior discricionariedade ao Tribunal Arbitral nesta escolha. Quanto à natureza dos poderes do “Expert”, cabe referir que o artigo 3.8 prevê apenas que o “Expert” analise o documento e comunique a sua posição quanto à validade da objecção deduzida ao Tribunal Arbitral, cabendo depois a este último tomar a decisão definitiva quanto à admissibilidade do pedido (muito embora seja natural que a recomendação do “Expert” acabe por ser seguida pelo Tribunal Arbitral, confiando este no juízo formulado por um terceiro quanto a esta questão, que pode potencialmente vir a revelar-se determinante para o resultado da acção). Veja-se, quanto a esta matéria, o *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee), p. 11.

pode uma parte ser obrigada a apresentar nos autos documentos internos ou de conteúdo sensível (cf. artigo 3.14 das Directrizes).

2. Dos requisitos de que se deve revestir um pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte

Procurando fazer uma ponte entre as diferentes tradições jurídicas dos sistemas ditos de *common law* e de *civil law*, as Directrizes da IBA avançam com um conjunto de requisitos para a apresentação de pedidos de documentos em poder da contraparte que visam circunscrever a possibilidade de recurso a este mecanismo à obtenção de documentos ou categorias de documentos concretos e devidamente identificados, evitando pedidos de intuito meramente exploratório dirigidos aos arquivos documentais da contraparte. A parte requerente deve assim i) fazer uma descrição do documento ou categoria de documentos cuja junção pretende; ii) declarar em que medida o documento ou documentos em causa são relevantes face ao caso concreto em análise e importantes no contexto da decisão do processo; e iii) declarar que os documentos pedidos não estão na sua posse ou controlo ou especificar as razões pelas quais seria excessivamente oneroso para o requerente apresentar os referidos documentos, expondo igualmente as razões pelas quais o requerente assume que o documento ou documentos em causa estão na posse ou sob o controlo da contraparte (cf. artigo 3.3 das Directrizes)³⁷.

Pela relevância prática de que se reveste esta matéria, cabe analisar em maior detalhe cada um dos referidos requisitos:

a) Descrição do documento ou categoria de documentos cuja junção se pretende

Pretende aqui evitar-se transformar o mecanismo de junção de documentos em poder da contraparte numa verdadeira “*fishing expedition*”, apenas se admitindo pedidos específicos, contendo informação que permita ao destinatário identificar o documento visado (aqui se incluindo, na medida do possível, a indicação do seu autor ou autores, data, súmula do respectivo conteúdo, etc...),

³⁷ Para uma análise destes requisitos, bem como das circunstâncias em que o Tribunal Arbitral deve rejeitar a apresentação de documentos, veja-se JEFF WAJNCYMER, ob. cit., pp. 855-870. Também quanto a este ponto, Philipp Habegger faz um apanhado da interpretação que vem sendo feita dos referidos requisitos pelos árbitros suíços no seu artigo *Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 21-32 (ver, em particular, as pp. 28-32).

bem como ponderar se, em relação ao mesmo, se verifica alguma das causas que lhe permitem objectar ao pedido, nos termos do artigo 9 das Directrizes. A descrição do documento pedido deve ainda permitir ao Tribunal aferir, face às posições já expressas pelas partes, se o mesmo será relevante para a apreciação e decisão do processo, segundo requisito de que depende a admissibilidade destes pedidos. A questão da descrição da documentação cuja junção é pedida à contraparte ganha particular relevância no que respeita à possibilidade – prevista como uma aproximação destas regras aos regimes de *common law*, com práticas de *disclosure* mais abrangentes – de o requerente pretender a junção não de um documento concreto mas de uma categoria de documentos. Neste último caso, deve ainda assim o requerente descrever em suficiente detalhe a categoria específica e delimitada de documentos cuja junção pretende, devendo tratar-se de uma categoria de documentos que, pela sua natureza, seja razoável assumir que exista e que esteja na posse ou sob o controlo da contraparte. Ou seja, parecem-nos que ainda que se admita que o requerente não possa identificar especificamente as datas ou autores de todos esses documentos, será ainda assim de exigir que o requerente dê indicações precisas quanto à natureza dos documentos e quanto ao período temporal em que os mesmos terão sido elaborados³⁸⁻³⁹.

³⁸ Quanto a este ponto, o *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee), apresenta o seguinte exemplo (cf. p. 9): “numa arbitragem relativa à resolução de um contrato de *joint venture* por uma das partes, a contraparte pode saber que a comunicação da resolução foi feita numa determinada data, que o conselho de administração deve ter tomado a decisão de avançar para a resolução numa reunião próxima da data em que ocorreu a comunicação, que devem ter sido preparados documentos para ponderação do conselho de administração quanto a esta matéria antes de estes deliberarem, e que devem ter sido preparadas minutas relativas a essa proposta de deliberação. A parte requerente não consegue identificar as datas e autores de tais documentos, mas consegue ainda assim identificar com algum detalhe a natureza desses documentos e o período temporal em que os mesmos terão sido preparados” (tradução livre).

³⁹ Tratando-se de um pedido de documentos em formato electrónico, que assumem crescente relevância nas relações comerciais mas cuja localização pode ser particularmente difícil para o requerido, as Directrizes da IBA em matéria de produção de prova avançam com alguns detalhes adicionais quanto ao tipo de indicação que deve constar do requerimento de junção de forma a facilitar a localização dos documentos pedidos. Assim, devem ser identificados ficheiros informáticos específicos, termos de procura, nomes de autores ou destinatários dos documentos ou quaisquer outros elementos que permitam levar a cabo a procura dos documentos pedidos de forma eficiente (podendo o Tribunal Arbitral ordenar que o requerente complete o seu pedido inicial com algum ou alguns destes elementos, caso os mesmos não tenham sido inicialmente pedidos). Quanto ao tema do uso da tecnologia na fase de apresentação de documentos, veja-se NICHOLAS FLETCHER, *The Use of Technology in the Production of Documents*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 101-111.

b) *Relevância dos documentos face ao caso concreto e importância dos mesmos no contexto da decisão do processo*

Para além de descrever o documento ou documentos cuja junção pretende, o requerente deve ainda tornar claro ao Tribunal o propósito visado com o pedido. Será aqui relevante, nomeadamente, indicar os concretos pontos da matéria de facto que pretende provar com o documento⁴⁰, assim permitindo ao Tribunal aferir, face à informação que já tem quanto às posições das partes e quanto às questões a apreciar, se o documento em causa se afigura relevante no contexto da apreciação do caso⁴¹. Parece-nos que poderá eventualmente fazer sentido considerar aqui a distinção entre factos essenciais e factos instrumentais ou acessórios, reservando-se, por regra, este tipo de pedidos dirigidos à contraparte à prova de factos essenciais que integrem a causa de pedir do requerente⁴², relativamente aos quais este tenha o ónus da prova⁴³.

Será aqui também importante apreciar a necessidade da apresentação da documentação em causa face à prova já produzida, evitando-se a duplicação de prova produzida quanto ao mesmo ponto, bem como aferir da existência de meios alternativos ao dispor do requerente para proceder à prova do facto em causa, caso em que deverão ser preferencialmente apresentados esses outros

⁴⁰ Neste sentido, veja-se BERNARD HANOTIAU, ob. cit., p. 116. O referido Autor refere ainda a possibilidade de o pedido de documentos se referir não à prova de factos alegados nas exposições escritas já apresentadas pela parte, mas também a factos que a parte pretende alegar em futuras exposições escritas, desde que, nesse último caso, o pedido de apresentação de documentos seja já acompanhado da alegação dos factos relevantes em causa ou, no mínimo, de um resumo dessa alegação de facto (cf. p. 118).

⁴¹ Quanto a este ponto, VIRGINIA HAMILTON, *Document Production in ICC Arbitration*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 63-81, refere que o Tribunal deve bastar-se com a constatação de uma relevância *prima facie* do documento, ou pela probabilidade de relevância do documento, face à factualidade alegada pelas partes (cf. p. 69).

⁴² Quanto à distinção, no direito português, entre factos essenciais e instrumentais, veja-se ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, 2004, pp. 415-417. Veja-se ainda JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à luz do novo Código*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Outubro de 2013, pp. 165-169 e 172-174.

⁴³ Defendendo ser de rejeitar o pedido de apresentação de documentos caso os mesmos apenas visem contradizer a versão dos factos apresentada pela contraparte, e não a prova de factos a cargo do requerente, veja-se YVES DERAIS (ob. cit., p. 87). Já JEFF WAINCYMER (ob. cit., p. 859), manifesta reservas quanto a este ponto, considerando que deve também ser possível pedir a apresentação de documentos em poder da contraparte para contrariar a versão dos factos por esta apresentada, sob pena de uma parte poder facilmente apresentar uma versão enviesada da realidade sem que a contraparte tenha forma de a contradizer.

meios de prova, reservando-se a possibilidade de pedir a apresentação de documentos pela contraparte como uma via de último recurso.

c) *Posse ou controlo do documento ou documentos pedidos*

É de relativo senso comum que este mecanismo de recurso à contraparte tem como pressuposto a obtenção de documentos que não estão na posse do requerente ou aos quais este, contrariamente ao requerido, não consegue aceder sem incorrer em custos ou esforços manifestamente excessivos, justificando-se que o requerente o declare expressamente, expondo de forma circunstanciada, se for o caso, os factos que explicam a dificuldade de acesso ao documento em causa. É aqui também relevante a circunstância de ser possível pedir à contraparte a junção de documentos que estejam não na sua posse, directamente, mas sob o seu “controlo”, tendo esta facilidade em obtê-los junto de terceiros. Poderá fazer sentido incluir aqui documentação detida por sociedade ou sociedades controladas pela sociedade requerida, ou documentação que esta tenha direito a receber em virtude de contrato celebrado com um terceiro (por exemplo, estudo ou relatório contratado pelo requerido a uma terceira entidade). De referir ainda que a situação de “controlo” de um determinado documento pelo requerido deve ser passível de demonstração pelo requerente com base em elementos objectivos facilmente apreensíveis pelo Tribunal Arbitral⁴⁴.

3. *Da não admissão de um pedido de apresentação de documento*

Perante a apresentação de um requerimento de apresentação de documento pela contraparte, pode o Tribunal Arbitral, por sua iniciativa ou na sequência de objecções suscitadas pela parte requerida, decidir pela sua inadmissibilidade caso considere que o mesmo não respeita algum ou alguns dos requisitos identificados *supra* (cf., em particular, o artigo 9.2, alínea a), das Directrizes).

Do mesmo modo, deve um pedido de apresentação de documento ser rejeitado caso o Tribunal Arbitral considere que há algum impedimento legal à produção e apreciação do documento em causa, nomeadamente por o mesmo se encontrar sujeito a confidencialidade face às regras legais, éticas ou deontológicas que o Tribunal considere aplicáveis. Quanto a esta matéria, há que

⁴⁴ Quanto a este ponto, veja-se JEFF WAINCYMER, ob. cit., p. 863, e VIRGINIA HAMILTON, ob. cit., p. 74, que refere inclusivamente um caso de uma arbitragem CCI em que o Tribunal considerou que este requisito estaria satisfeito quer no caso de a parte requerida controlar a entidade que detém o documento, quer no caso de ser controlada por esta ou de apenas integrarem o mesmo Grupo societário, solução que já nos parece mais duvidosa.

considerar que em sede de arbitragem internacional as partes e seus advogados provêm muitas vezes de ordenamentos jurídicos distintos, com regras e entendimentos distintos no que respeita ao que deve entender-se como estando sujeito a sigilo ou a confidencialidade. Nesse contexto, a aplicação de diferentes regras a cada uma das partes poderia gerar situações de injustiça relativa, na medida em que, em circunstâncias de facto semelhantes, poderiam os documentos em poder de uma das partes estar protegidos de apresentação e os da outra parte não o estarem. De forma a mitigar essa situação de potencial injustiça, as Directrizes apontam no sentido de caber ao Tribunal, na medida do possível, procurar que o entendimento seguido assegure o tratamento justo e equitativo das partes e acautele as suas legítimas expectativas em matéria de confidencialidade do documento à data em que o mesmo foi elaborado (cf. artigos 9.2, alíneas b) e g), e 9.3 das Directrizes)⁴⁵.

As Directrizes prevêm ainda a dispensa de apresentação de documentos nos casos em que o requerido invoque a destruição do documento em termos que se afigurem razoavelmente plausíveis (cf. artigo 9.2, alínea d), das Directrizes), bem como nos casos em que o Tribunal considere válidas as alegações da parte requerida quanto à confidencialidade técnica ou comercial do documento⁴⁶, ou quanto à sua particular sensibilidade política ou institucional, justificando-se a sua não apresentação em Tribunal (cf. artigo 9.3, alíneas e) e f), das Directrizes). Em alternativa à não apresentação dos documentos, e caso o entenda adequado, pode antes o Tribunal Arbitral tomar medidas que permitam assegurar a confidencialidade dos documentos em causa.

Para além deste grupo de situações mais específicas em que se considera justificada a não apresentação de documentos, e em linha com o princípio geral segundo o qual cabe ao Tribunal a última palavra no que respeita à admissibilidade da prova, as alíneas b) e g) do artigo 9.2 das Directrizes prevêm cláusulas mais genéricas de recusa de pedidos de apresentação de documentos, na aplicação das quais se joga com maior relevância a discricionariedade dos poderes dos árbitros quanto a esta matéria. Assim, mesmo em situações em que os pedidos de apresentação de documentos formulados respeitem os requisitos previstos *supra*, pode o Tribunal Arbitral recusar os pedidos em causa caso considere

⁴⁵ Deve ainda ser ponderada a actuação passada da parte no que respeita ao documento em causa, na medida em que esta pode já ter renunciado tacitamente a essa confidencialidade, utilizando o referido documento (cf. artigo 9.3, alínea d), das Directrizes da IBA em matéria de produção de prova).

⁴⁶ Pode, por exemplo, pensar-se no caso de os documentos em causa serem documentos internos de importância estratégica para o desenvolvimento da requerida, sendo o requerente um concorrente directo da mesma.

que os mesmos consubstanciam um ónus excessivo para o requerido face ao volume de documentação pedido ou ao tempo ou custo necessário para recolha da mesma. Do mesmo modo, pode o Tribunal recusar a apresentação de documentos por motivos de economia processual, ou em função de considerações relativas à proporcionalidade, justiça ou igualdade⁴⁷.

C) *Papel dos mandatários das partes em matéria de produção de prova*

Também com o intuito de uniformizar práticas e procedimentos no campo da arbitragem internacional, foram aprovadas, em Maio de 2013, as “*IBA Guidelines on party representation in International Arbitration*”.⁴⁸ Com efeito, a existência de directrizes quanto à produção de prova só por si, se interpretadas com diferente peso e medida por advogados provenientes de diferentes sistemas jurídicos, habituados a práticas diferentes e sujeitos a regras deontológicas diferentes, não seria suficiente para assegurar o tratamento equitativo das partes ao longo do processo arbitral⁴⁹.

Assim, estas Directrizes relativas à actuação dos mandatários das partes recomendam que, ainda numa fase prévia a qualquer pedido de apresentação de prova, estes devam tomar a incitativa de alertar os seus clientes (que, por seu turno, deverão transmitir tais indicações aos seus colaboradores e, se aplicável, a entidades sob o seu controlo) de que deverão conservar quaisquer documentos que possam potencialmente vir a ser relevantes no contexto da arbitragem, e, se necessário, tomar activamente medidas que garantam a conservação de docu-

⁴⁷ O *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee) refere-se à disposição desta alínea g) como sendo uma verdadeira “*catch-all provision*”, que deve permitir ao Tribunal Arbitral assegurar que a audiência e produção de prova decorram de forma justa e eficiente (p. 26).

⁴⁸ A integração destas Directrizes nas regras processuais estará, também aqui, dependente de determinação das partes ou do Tribunal Arbitral. De todo o modo, grande parte das regras de conduta aí previstas são decorrências normais da aplicação dos princípios gerais da boa fé, de cooperação entre as partes e o Tribunal com vista à boa administração da justiça, bem como concretização de deveres de actuação profissional a que os advogados estarão adstritos por força das regras deontológicas que lhes são aplicáveis.

⁴⁹ O *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee) sublinha que, *a contrario*, a aplicação destas Directrizes pode não ser necessária em casos em que os mandatários das partes tenham expectativas idênticas no que respeita ao seu papel no que respeita à fase de “*document production*” ou em casos em que a referida “*document production*” não ocorra ou apenas ocorra em reduzido grau (cf. p. 12).

mentos que, em circunstâncias normais e de acordo com as políticas internas da empresa, seriam destruídos (cf., em particular, as Directrizes 12 e 15).

Já no decurso do processo arbitral, esclarece-se que não devem os mandatários das partes fazer um uso impróprio da possibilidade de requerer a apresentação de documentos ou de objectar a tal apresentação em termos que prejudiquem ou causem desnecessário atraso no procedimento. Aqui se incluirão requerimentos de apresentação de documentos excessivamente prolixos ou abrangentes, bem como os que desconsiderem os requisitos de admissibilidade já analisados supra (cf., a este propósito, a Directriz 13). Do mesmo modo, não devem os mandatários apresentar objecções com base em falsos pressupostos ou por motivos meramente dilatatórios.

Prevêem ainda as referidas Directrizes que, caso o mandatário das partes tome conhecimento que o seu cliente está a obstar indevidamente à apresentação de documentos que devia apresentar, deve alertá-lo para o dever de apresentar o documento, bem como para as eventuais consequências da referida não apresentação, ponto que discutiremos em maior detalhe *infra* (cf. Directrizes 16 a 17).

Questão relevante que cabe aqui apreciar é a da conjugação do dever inerente à função do advogado, de assegurar a prossecução dos interesses do seu cliente, com estas regras de actuação no que respeita à recolha e apresentação de prova, cuja aplicação, em muitos casos, coloca o advogado na posição de promover a apresentação em Tribunal de documentação desfavorável à posição defendida na acção pelo seu cliente.

O grande desafio à conjugação destes dois vectores surgirá, parece-nos, em situações em que estas regras não sejam interiorizadas e aplicadas de forma uniforme pelos mandatários das partes e seus clientes, havendo uma parte que colabora na apresentação dos documentos, ainda que potencialmente desfavoráveis à sua tese, e uma outra que constantemente se furta a essas ordens. Para precaver situações como essas, a chave será os advogados das partes e o Tribunal deixarem à partida claras, aquando da definição das regras do processo, as consequências processuais que poderão advir de falta de colaboração, cabendo um papel relevante ao Tribunal Arbitral no sentido de disciplinar activamente a condução dos trabalhos, sem receio de aplicar sanções à parte faltosa caso considere que a mesma ou o seu advogado não actuaram de boa fé.

Fora desses casos patológicos, o problema de compatibilização dos interesses dos clientes com estas regras de boa prática será mais teórico do que real. Com efeito, o dever do advogado é o de assegurar a prossecução de quaisquer interesses do cliente, mas apenas dos seus interesses *legítimos*, nos quais não se inscrevem as eventuais tentativas do cliente de se furta à aplicação das regras processuais e às decisões do Tribunal Arbitral. Em segundo lugar, é de referir

que, ao instruir o cliente, mesmo antes do início do processo arbitral, para a necessidade de detectar e recolher, por todos os meios ao seu alcance, a documentação existente relativa à matéria em discussão na arbitragem, o advogado estará, acima de tudo, a acautelar os interesses legítimos do seu cliente. Com efeito, ao adquirir conhecimento antecipado do teor da informação relevante – e, sendo o caso, tomando consciência do peso negativo que a mesma poderá vir a ter para a posição do cliente caso venha a ter que ser apresentada em Tribunal – será possível ponderar de forma mais adequada qual a melhor forma de estruturar a acção a apresentar, com maior consciência da prova documental disponível e das fragilidades da posição do cliente, bem como avaliar de forma mais informada o risco de sucesso ou insucesso da acção e o eventual interesse em avançar para uma solução negociada. Por último, cabe realçar que uma actuação do mandatário das partes em desrespeito das regras e princípios por que se deve reger a produção de prova – quer apresentando objecções sem fundamento aos pedidos de apresentação de documentos em poder da contraparte, quer apresentando requerimentos de apresentação de documentos pela contraparte demasiado abrangentes ou pouco específicos – expõe o seu cliente à possível aplicação de sanções por parte do Tribunal Arbitral, nos termos melhor desenvolvidos abaixo.

D) *Consequências do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos*

A efectividade prática dos deveres de colaboração da contraparte na apresentação de prova está estreitamente ligada à possibilidade de aplicação, pelo Tribunal Arbitral, de sanções processuais à parte faltosa. De outra forma, face à inexistência de poderes de *jus imperii* dos Tribunais Arbitrais – que não podem, pelos seus próprios meios, impor às partes a apresentação de documentos – o incentivo para que as partes apresentassem voluntariamente documentos que pudessem ser prejudiciais à sua posição na acção ficaria comprometido, podendo, em última análise, pôr em causa a própria viabilidade da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios, a par da justiça estadual⁵⁰.

⁵⁰ Quanto a este ponto, refere JEREMY K. SHARPE, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence*, in *Arbitration International*, Vol. 22, n.º 4, LCIA, 2006, pp. 549-571, que “ao encorajarem a realização de uma fase de apresentação de documentos apropriada e adequada, os árbitros asseguram o exercício do direito, por cada uma das partes, à apresentação do seu caso em juízo e garantem que os autos integram prova suficiente para a prolação de uma sentença baseada numa apreciação completa do mérito, assim potenciando a executoriedade internacional da referida sentença e, porventura, um maior grau de cumprimento voluntário da mesma” (p. 550, tradução livre).

A consciência da relevância desta questão e a necessidade de dotar os Tribunais Arbitrais de mecanismos que obstem aos efeitos perniciosos desta falta de colaboração gera hoje consenso na prática arbitral internacional, com destaque para o crescente reconhecimento da possibilidade de os Tribunais Arbitrais poderem retirar “inferências negativas” da recusa de colaboração da parte (assim procurando anular o efeito que as mesmas procuravam alcançar com a falta de colaboração), poderem valorar negativamente a referida falta de colaboração para efeitos de repartição das custas, bem como – ainda que aqui com menor expressão – para a possibilidade de o Tribunal Arbitral aplicar sanções pecuniárias à parte faltosa⁵¹⁻⁵².

Não obstante o crescente reconhecimento da relevância destas medidas, são ainda escassas as referências expressas às consequências da falta de cooperação das partes nas leis de arbitragem e regulamentos das instituições arbitrais de referência⁵³. Nessa medida, assumem também aqui um papel preponderante na codificação e divulgação destes mecanismos as Directrizes da IBA em matéria de produção de prova, que consagram expressamente a possibilidade de o Tribunal Arbitral, perante a não apresentação por uma parte, sem justificação plausível, de documento que lhe fora ordenado que apresentasse, poder concluir, face a esse comportamento, que o documento em causa seria contrário

⁵¹ CURTIS J. MAHONEY sugere que, numa primeira fase, ao invés de avançar de imediato com medidas que qualifica de “punitivas” para a parte faltosa, se opte por uma solução inspirada no disposto no artigo 30.º, alínea b), n.º 6, das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos da América, a saber, pela possibilidade de a parte requerente poder chamar a depor um representante legal da contraparte para que este explique ao Tribunal Arbitral quais os concretos procedimentos que levou a cabo para localizar os documentos pedidos. Sustenta o Autor que a mera ameaça dessa possibilidade será muito possivelmente suficiente para que o processo de *disclosure* de documentação decorra de forma mais eficiente e transparente (cf. *Dealing with “Known Unknowns” in Document Exchange: A Comment on the ICCA Congress Session on Early Stages of the Arbitral Process*, Kluwer Arbitration Blog, 29.04.2014).

⁵² Face à referida falta de *jus imperii* não será já em princípio sustentável que o não cumprimento de uma ordem de apresentação de documento emitida por um Tribunal Arbitral possa revestir relevância criminal.

⁵³ Quanto a este ponto, veja-se HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1989, p. 701, que referem que, não obstante a ausência de menção expressa no texto da Lei Modelo da UNCITRAL à possibilidade de o Tribunal retirar “inferências negativas” da recusa de apresentação de documentos, se entendeu, no decurso dos trabalhos preparatórios da referida Lei, que essa possibilidade estaria abrangida pelo disposto no artigo 25.º, alínea c), da referida Lei Modelo. Ainda quanto a este ponto, veja-se Jeff Waincymer, *ob. cit.*, pp. 878-880.

aos interesses da parte que o não apresentou (cf. artigo 9.5 das Directrizes)⁵⁴, bem como a possibilidade de o Tribunal, constatando que a parte não actuou de boa fé no âmbito da produção de prova, tomar essa actuação em consideração na repartição que fizer dos custos da arbitragem, nomeadamente dos custos associados à produção de prova (cf. artigo 9.7 das Directrizes)⁵⁵.

Ao nível das leis de arbitragem nacionais, é de destacar as referências da lei francesa sobre arbitragem internacional (cf. artigo 1467.º, § 3, do respectivo Código de Processo Civil) e da lei belga (cf. artigo 1700.º, § 4, do *Code Judiciaire*) à possibilidade de o Tribunal aplicar sanções às partes (“*astreintes*”), caso estas recusem a apresentação de documentos.

Já quanto à possibilidade de a actuação das partes no que respeita à produção de prova poder ser tida em conta para efeitos de condenação em custas, é de destacar a formulação adoptada pelo Regulamento de Arbitragem da CCI, que prevê que o Tribunal Arbitral deve ponderar na sua decisão “*quaisquer circunstâncias que entenda relevantes, inclusive em que medida cada parte conduziu a arbitragem de uma forma expedita e eficiente quanto aos custos*”⁵⁶.

De todo o modo, e sem prejuízo da existência ou não de referência expressa na lei de arbitragem do local da sede da arbitragem ou no regulamento de arbitragem ou regras processuais escolhidos pelas partes à possibilidade de aplicação de sanções por parte de Tribunais Arbitrais, a primazia concedida aos árbitros em matéria de condução da produção de prova e de apreciação da respectiva admissibilidade e valor probatório (ponto em relação ao qual as várias leis nacionais, as Regras da UNCITRAL e os Regulamentos de Arbitragem das instituições de referência vêm convergindo, nos termos melhor analisados *supra*), permitem só por si sustentar a possibilidade de os árbitros apreciarem livremente a actuação das partes para efeitos probatórios, retirando daí as ilações que considerem adequadas. Na prática, perante uma parte que recuse, sem motivo justificado, apresentar um documento pedido pela outra parte para prova de determinado

⁵⁴ O ponto 51 das *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures* (2012) é menos claro quanto a esta matéria, referindo que o Tribunal pode “*retirar as suas conclusões*” da falta de apresentação do documento pela parte requerida.

⁵⁵ De referir, no entanto, que o conceito e implicações da boa fé contratual não são pacíficos no direito inglês. Quanto a este ponto, veja-se, entre outros, V.V. VEEDER, *The Lawyer’s Duty to Arbitrate in Good Faith*, in *Arbitration International*, Vol. 18, n.º 4, LCIA, 2002, pp. 431-451 (em particular a p. 440).

⁵⁶ Outras leis nacionais, como é o caso da Portuguesa (cf. artigo 42.º, n.º 5, da LAV), não dão indicações tão claras quanto a esta matéria, muito embora seja comum a previsão de regimes de repartição de custas sem sujeição à regra pura e simples do decaimento (o que só por si dá ao Tribunal Arbitral margem de manobra para optar por uma repartição de custas que tenha em conta a actuação das partes no que respeita, nomeadamente, à produção de prova).

facto por si alegado (em relação ao qual a parte que requer a apresentação do documento tem originariamente o ónus da prova), pode o Tribunal Arbitral, caso o considere justificado e adequado nas circunstâncias do caso, concluir, face a essa recusa de apresentação, que o documento em causa seria de facto prejudicial à parte que recusa apresentá-lo e favorável à parte que requer a sua junção, atestando da veracidade do facto por esta alegado. Trata-se, no fundo, do reconhecimento da admissibilidade da prova por presunções (em que de um facto conhecido se retira um facto desconhecido)⁵⁷, que poderá resultar, na prática, numa inversão do ónus da prova.⁵⁸ Por se tratar de matéria que poderá suscitar maiores dúvidas em termos de concretização prática, sendo relevante procurar assegurar algum grau de previsibilidade, igualdade e uniformização na aplicação feita pelos Tribunais Arbitrais desta possibilidade de retirar “inferências negativas” da actuação das partes, a doutrina vem tentando identificar um conjunto de pressupostos a considerar pelo Tribunal Arbitral antes de retirar as referidas ilações da actuação da parte. É aqui de destacar a lista de requisitos proposta por Jeremy K. Sharpe⁵⁹, elaborada em grande medida com base em jurisprudência do “Iran-United States Claims Tribunal”⁶⁰, que se nos afigura ser de considerar, pelo menos a título indicativo, por Tribunais Arbitrais chamados a decidir questões deste tipo, e sobre a qual procuraremos de seguida desenvolver uma análise crítica:

⁵⁷ Quanto à admissibilidade de prova por presunções judiciais no direito português, veja-se, entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex – Edições Jurídicas, 1995, pp. 212-213, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, 2011, pp. 17-18, LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Almedina, 2012 (em particular as pp. 93-98) e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Prova, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ed. Especial Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais, 2008, pp. 331 a 341 (em particular as pp. 336 e ss).

⁵⁸ Quanto a este ponto, veja-se RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Almedina, 2000, pp. 219-226 (em particular a p. 223) ou LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, ob. cit., p. 95.

⁵⁹ Os referidos requisitos são elencados e desenvolvidos por JEREMY K. SHARPE, ob. cit., p. 551, e seguidos em grande medida por GARY BORN, ob. cit., p. 2392), muito embora sublinhando que os mesmos devem ser considerados como meras directrizes de actuação, sob pena de se poder chegar a situações absurdas de denegação de justiça. Com efeito, sublinha este último Autor que uma abordagem demasiado restritiva desta questão nega a conclusão lógica e de senso comum segundo a qual uma parte que insiste em reter prova e em não cumprir as ordens do Tribunal no sentido de a revelar estará normalmente a esconder alguma coisa que lhe é desfavorável, justificando-se que o Tribunal retire inferências negativas desta sua actuação.

⁶⁰ Refere o Autor que as decisões arbitrais proferidas nesse âmbito envolveram muitas vezes a necessidade de ponderar retirar ou não inferências negativas da actuação das partes, na medida em que a situação política no Irão impossibilitou em várias ocasiões o acesso a prova documental relevante.

a) *A parte que pretende que o Tribunal retire inferências negativas da actuação da contraparte deve apresentar toda a prova disponível que corrobore a inferência pretendida*

Entende-se que os Tribunais Arbitrais se devem abster de retirar inferências negativas da falta de colaboração de uma das partes quando a actuação da parte que requereu a apresentação de documentos e a quem cabe o ónus da prova dos factos em questão não é também isenta de críticas, na medida em que poderia ter apresentado outras provas (nomeadamente outros documentos ou testemunhas) que corroborassem a ilação pretendida e não o fez⁶¹, não apresentando justificação adequada para essa não apresentação. Este requisito remete uma vez mais para o princípio da boa fé na condução do processo, não podendo a parte beneficiar de uma inversão do ónus da prova se a sua actuação no que respeita à prova de determinado facto não foi também ela exemplar.

b) *A prova cuja junção é requerida deve ser passível de apresentação por parte da parte faltosa*

Este requisito é ele próprio pressuposto prévio da possibilidade de se dirigir um pedido de apresentação de documento à contraparte, nos termos já tratados *supra*, sendo aqui de exigir que a parte que requer a apresentação do documento logre convencer o Tribunal de que o documento em causa está na posse ou sob o controlo da parte requerida. Com efeito, caso a parte requerida negue a existência do documento ou a posse do mesmo, parece-nos que será à parte requerente que caberá o ónus de provar que o documento existe e está na posse ou sob o controlo da parte requerida (ou que o documento existia e foi indevidamente destruído pela parte requerida)⁶².

⁶¹ Decidiu-se neste sentido no caso *William J. Levitt v. Islamic Republic of Iran*, award nb. 520-210-3 (29 de Agosto de 1991), 27 Iran-US cl. Trib. Rep. 145 (disponível em www.kluwerarbitration.com, consultado em 07.08.2015).

⁶² Também defendendo que cabe à parte requerente o ónus de provar a existência do documento e que o mesmo se encontra na posse da parte requerida veja-se HILMAR RAESCHKE-KESSLER, *The Production of Documents in International Arbitration – A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence*, Arbitration International, Vol. 18, n.º 4, LCIA 2002, pp. 411-430, em particular a p. 422. Também VIRGINIA HAMILTON (ob. cit., p. 74.) se refere a esta questão, remetendo no seu artigo para o teor de uma decisão de um Tribunal Arbitral que decidiu no sentido de o ónus da prova quanto à posse, custódia ou controlo do documento caber à parte que requer a sua apresentação.

c) *A inferência pretendida deve ser razoável, consistente com outros factos considerados assentes no processo e ter uma conexão lógica com a provável natureza da prova retida pela parte faltosa*

Reafirma-se aqui a natureza das inferências como “conclusões lógicas derivadas não apenas de factos provados no processo mas também das «regras da experiência e senso comum»”⁶³, sendo de exigir que a razoabilidade da ilação que se pretende extrair da recusa de colaboração da parte faltosa seja aferida à luz dos referidos padrões de normalidade e senso comum (podendo aqui relevar, nomeadamente, a percepção dos árbitros quanto ao que sejam os usos normais do comércio) e rejeitada caso não passe esse crivo⁶⁴. Com efeito, cabe não esquecer que esta prova “por inferências”, mecanismo próximo da prova por presunção, é, por natureza, subsidiária, devendo ceder sempre que a inferência pretendida aponte num sentido que não seja coerente com outros factos objecto de prova directa no âmbito do processo, ou sempre que não se vislumbre um nexo de conexão lógica entre o facto presumido e o provável conteúdo do documento não apresentado⁶⁵.

⁶³ JEREMY K. SHARPE, ob. cit., p. 558.

⁶⁴ Quanto a este ponto, veja-se, nomeadamente, o caso *Behring International, Inc. v. Islamic Republic of Iran Air Force*, award nb. 523-283-3 (29 de Outubro de 1991), 27 Iran-US Cl. Trib. Rep. 218 a 234 (disponível em www.kluwerarbitration.com, consultado em 07.08.2015), bem como a demais jurisprudência citada por JEREMY K. SHARPE quanto a este ponto (ob. cit., p. 559).

⁶⁵ Concluindo pela verificação dessa conexão lógica entre o facto presumido e o provável teor do documento não apresentado, veja-se o caso *INA Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, award nb. 184-161-1 (12 de Agosto de 1985), 8 Iran US Cl. Trib. Rep. 373 (disponível em www.kluwerarbitration.com, consultado em 07.08.2015). Com efeito, o Demandado procurava aí sustentar que o Demandante não tinha direito a qualquer compensação pela expropriação de que fora alvo, tendo apresentado para o efeito um Relatório elaborado após a expropriação no qual se referia que a empresa tinha um valor negativo. O Relatório continha uma série de notas de rodapés nas quais eram referidos um conjunto de anexos e feitas declarações relativos à falta de fidedignidade das demonstrações financeiras com base nas quais o Relatório fora elaborado. O Demandante pediu a apresentação dos anexos ao Relatório, tendo-se o Demandado negado a apresentá-los, alegando que seriam muito “volumosos”. O Tribunal considerou que a justificação invocada para a não apresentação dos documentos não era válida, tendo ainda concluído que, face ao conteúdo das notas de rodapé do Relatório, era provável que os documentos não apresentados viessem confirmar a alegação do Demandado quanto à falta de fidedignidade do Relatório e quanto ao valor real (positivo) da empresa, pelo que retirou uma inferência negativa da falta de apresentação dos documentos em causa, tendo desconsiderado o Relatório e atribuído ao Demandante o montante total reclamado.

d) *A parte que pretende que seja extraída uma inferência negativa da actuação da contraparte deve ainda assim apresentar prova “prima facie”⁶⁶ dos seus pedidos ou da sua defesa*

Em linha com o princípio “*actori incumbit probatio*”, não deve o Tribunal retirar inferências negativas da actuação da contraparte caso a parte que tem o ónus da prova não tenha já produzida prova de primeira aparência dos factos por si alegados. Acompanhamos quanto a este ponto Jeremy K. Sharpe, que sustenta que a prova apresentada pela parte que pode beneficiar da inferência negativa, muito embora possa não ser conclusiva, deve ainda assim ser, “*face às circunstâncias do caso, razoavelmente i) consistente; ii) completa e iii) detalhada*”⁶⁷.

e) *A parte a quem é requerida a apresentação de prova deve estar consciente, ou ter razões para poder estar consciente, de que está obrigada a apresentar a prova em causa sob pena de o Tribunal poder retirar inferências negativas dessa não apresentação*

Está aqui em causa assegurar o respeito pelo princípio do processo justo e equitativo, devendo o Tribunal, antes de retirar quaisquer consequências negativas da falta de apresentação de prova requerida, assegurar que i) a parte requerida está consciente que a apresentação da prova em causa foi ordenada pelo Tribunal e de que está, por conseguinte, obrigada a apresentá-la; ii) foi

⁶⁶ Está aqui em causa uma prova dita de primeira aparência. Nas palavras de CALVÃO DA SILVA (*in Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 388), trata-se de prova que “*não propicia um juízo de certeza absoluta e de plena convicção no espírito do julgador, mas apenas um juízo de probabilidade bastante, assente nas lições práticas da vida e na experiência do que acontece normalmente*”.

⁶⁷ Veja-se quanto a este ponto JEREMY K. SHARPE (ob. cit., p. 564), que sustenta ainda que, para além da prova apresentada ser consistente, também a versão dos factos apresentada pela parte que pretende que o Tribunal retire uma inferência negativa da actuação da contraparte deve ser consistente ao longo do processo, tal como defendido pelo Tribunal Arbitral no caso *Reza Said Malek v. Government of the Islamic Republic of Iran*, award nb. 534-193-3 (11 de Agosto de 1992), 28 Iran-US Cl. Trib. Rep. 246 (disponível em www.kluwerarbitration.com, consultado em 07.08.2015), citado pelo referido Autor (cf. pp. 564-565). Sublinha ainda o Autor que a prova apresentada pela parte que pretende beneficiar da inferência negativa deve, para além de detalhada, ser razoavelmente formal, remetendo para a decisão do caso *Reza Nemazee v. Government of the Islamic Republic of Iran*, award nb. 575-4-3 (10 de Dezembro de 1996), 10 Iran-US Cl. Trib. Rep. 22 (disponível em www.kluwerarbitration.com, consultado em 07.08.2015), em que o Tribunal entendeu que a prova apresentada pelo Demandante em favor da existência dos direitos de propriedade de que se arrogava titular – que assentava, fundamentalmente, num conjunto de cópias de cartas – não constituía base suficiente para que o Tribunal retirasse inferências negativas da falta de apresentação pelo Demandado de documentação pedida pelo Demandante quanto a este ponto (cf. pp. 567-568).

concedido prazo suficiente à parte para proceder à referida apresentação, considerando as especificidades da prova requerida e as circunstâncias do caso; e *iii*) a parte faltosa está consciente das eventuais consequências da não apresentação da prova em causa, nomeadamente de que o Tribunal pode retirar inferências negativas dessa sua actuação⁶⁸.

IV. Articulação entre Tribunais Arbitrais e Tribunais Judiciais

A) Do auxílio na fase de produção de prova

1. Enquadramento legal

Caso a parte a quem seja ordenada a apresentação de documento se recuse a proceder a essa entrega, e sem prejuízo da possibilidade de o Tribunal Arbitral retirar inferências negativas dessa sua conduta, de que forma pode o Tribunal Arbitral, desprovido de poderes de *ius imperii*, assegurar o acesso ao documento em causa, que considere ser relevante para a boa decisão da causa?

A resposta poderá variar em função da solução dada a esta questão pela lei da sede da arbitragem, muito embora seja de notar que a Lei Modelo da UNCITRAL, que vem servindo de inspiração a várias leis de arbitragem nacionais, aponte, no seu artigo 27.º, no sentido de ser possível recorrer aos Tribunais Judiciais para assegurar o acesso a esse documento⁶⁹. Inspirado na referida Lei Modelo, o artigo 38.º da LAV (aplicável a arbitragens domésticas ou internacionais com sede em Portugal) vai também nesse sentido, acrescentando ainda que tal auxílio poderá também ser prestado a Tribunais Arbitrais com sede no

⁶⁸ Quanto à questão do respeito pelas legítimas expectativas das partes em matéria de prova e pelos princípios de *due process*, veja-se JEREMY K. SHARPE (ob. cit., pp. 569–570), que a esse respeito destaca a decisão do caso *Avco Corp v. Iran Aircraft Industry*, award nb. 377-261-3 (18 e Julho de 1988), 19 Iran-US Cl. Trib. Rep. 200 (disponível em www.kluwerarbitration.com, consultado em 07.08.2015), cujo reconhecimento e execução nos Estados Unidos da América veio a ser posteriormente negado pelos Tribunais americanos, que entenderam que a parte tinha sido induzida em erro quanto à prova que era suposta apresentar, não tendo tido assim oportunidade de fazer valer os seus direitos em Tribunal.

⁶⁹ HOWARD M. HOLTSMANN e JOSEPH E. NEUHAUS (ob. cit., p. 735) dão conta das preocupações manifestadas no decurso dos trabalhos preparatórios da Lei Modelo da UNCITRAL quanto à inclusão de um artigo nestes moldes, face ao receio de que esta possibilidade de recurso aos Tribunais Judiciais pudesse ser utilizada pelas partes com propósitos meramente dilatatórios.

estrangeiro, em particular quando a actuação requerida deva ter lugar no território nacional⁷⁰.

Centrando a nossa análise no regime previsto na LAV, temos que resulta do referido artigo 38.º, n.º 1, que a iniciativa do recurso ao Tribunal Judicial nesta matéria deve partir de uma das partes e merecer a prévia autorização do Tribunal Arbitral. Nada é dito quanto à possibilidade de o Tribunal Arbitral, por sua iniciativa, solicitar o auxílio do Tribunal Judicial (afastando-se a LAV, quanto a este ponto, da solução prevista no artigo 27.º da Lei Modelo da UNCITRAL, que prevê a possibilidade de o Tribunal Arbitral poder optar por esse pedido de auxílio independentemente de solicitação das partes⁷¹). Parece-nos, no entanto, que não será de interpretar esse silêncio da LAV como um impedimento expresso à possibilidade de o Tribunal Arbitral recorrer, por sua iniciativa, aos Tribunais Judiciais⁷². Com efeito, uma interpretação sistemática deste preceito face aos amplos poderes conferidos às partes e ao Tribunal Arbitral na definição das concretas regras do processo, por um lado, bem como à luz dos poderes do Tribunal Arbitral no que respeita à determinação da “*admissibilidade, pertinência e valor de qualquer meio de prova produzida ou a produzir*” (cf. artigo 30.º da LAV, em particular os respectivos n.ºs 3 e 4), parecem justificar a possibilidade de as partes ou o Tribunal poderem estabelecer regra diferente quanto a esta matéria⁷³. Aliás, considerando que o Tribunal Arbitral pode tam-

⁷⁰ O Tribunal Judicial deve aqui funcionar como um verdadeiro “juiz de apoio” à jurisdição arbitral, nos termos do modelo francês.

⁷¹ Prevê o referido artigo 27.º da Lei-Modelo que “O tribunal arbitral, ou uma das partes com a aprovação deste tribunal, pode solicitar auxílio na obtenção de provas a um tribunal competente do presente Estado. O tribunal pode responder à solicitação nos limites das suas competências e de acordo com as suas próprias regras relativas à obtenção de provas.”

⁷² Quanto a este ponto, JOÃO RAPOSO (*A Intervenção do Tribunal Judicial na Arbitragem: Nomeação de Árbitros e Produção de Prova*, in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Almedina, Junho de 2008, pp. 109–127), escrevendo ainda ao abrigo da LAV de 1986, refere que, nos termos da lei “o pedido de produção de prova perante o tribunal judicial é feito pela própria parte interessada – e não, portanto, pelo tribunal arbitral, que se limita a conceder-lhe autorização para tal efeito”, manifestando no entanto reservas quanto a essa solução, parecendo ser favorável a um regime que atribua um papel mais activo do Tribunal Arbitral na condução destes pedidos junto do Tribunal Judicial: “*diga-se, aliás, de passagem que, tal como os resultados da diligência são remetidos ao tribunal arbitral – e não, portanto, à parte requerente da diligência –, talvez também o pedido devesse ser feito directamente por aquele tribunal, e não pela parte interessada, não se deslocando, assim, artificialmente para o plano do mero interesse da parte uma questão que releva directamente da condição do tribunal arbitral*” (cf. p. 124).

⁷³ Também no sentido de não ser de excluir a possibilidade de o Tribunal Arbitral poder, oficiosamente, decidir pelo accionamento do Tribunal estadual, veja-se o comentário de ARMINDO RIBEIRO MENDES constante da Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, 2.ª ed., 2015, p. 102: “*Embora a LAV não contenha norma expressa semelhante [à*

bém, por sua iniciativa, dirigir a uma das partes um pedido de apresentação de documento, não faria sentido que, face à recusa da parte em entregar esse documento, o Tribunal Arbitral não pudesse, por si só, requerer o auxílio do Tribunal Judicial no que respeita à efectiva apresentação desse documento. A questão será, no entanto, tendencialmente teórica, na medida em que não sendo este pedido suscitado por qualquer das partes, que são quem tem o ónus da prova dos factos em discussão nos autos, e tendo o Tribunal Arbitral outras formas de retirar consequências da falta de cooperação do requerido, nos termos melhor expostos *supra*, não será muito provável que o Tribunal Arbitral avance com este pedido ao Tribunal Judicial, cuja tramitação poderá não ser compatível com os prazos apertados para prolação de sentença previstos no artigo 43.º da LAV⁷⁴⁻⁷⁵.

2. Tribunal competente e tramitação processual

O Tribunal competente para prestar auxílio no que respeita a arbitragens com sede em Portugal é “o tribunal de 1.ª instância ou o tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem, consoante se trate de litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais ou na dos tribunais administrativos” (cf. artigo 59.º, n.º 4, da LAV)⁷⁶. A LAV, tal como a Lei Modelo da UNCITRAL, não regula expressamente a tramitação do pedido a dirigir ao Tribunal Estadual⁷⁷. Considerando o tipo de pedido que está aqui em

do artigo 27.º da Lei Modelo da UNCITRAL], *pode entender-se que, no silêncio da LAV, a intervenção do tribunal estadual é disciplinada segundo as respectivas normas processuais adjetivas*”.

⁷⁴ Sendo que, no caso dos árbitros, o artigo 43.º, n.º 4, da LAV prevê expressamente que os mesmos possam responder pelos danos causados às partes caso a decisão arbitral não seja proferida no prazo fixado.

⁷⁵ Quanto a esta matéria, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pp. 350-352 (em particular, a pp. 352): “Este procedimento não é funcional. Mesmo admitindo que não haja incidentes e que o tribunal do Estado se possa ocupar imediatamente do problema, vamos ter de contar largos meses, antes de obter resultados. Repare-se que o dispositivo vigente não prevê a suspensão dos prazos da arbitragem enquanto desse tal procedimento, ao contrário do 22.º/5 do DL 243/84, de 17-jul., e que, ao inverso da lei alemã, não se prevê a presença, na audiência a decorrer no tribunal do Estado, dos árbitros, para poderem exprimir vivamente o que pretendam. Bem pode suceder que, no termo de tudo isto, a diligência seja inútil, havendo que repeti-la. Haveria, pois, que prever um processo especial integrado, devidamente adaptado a este incidente”.

⁷⁶ Já no caso de pedidos relativos a arbitragens com sede no estrangeiro, é competente o tribunal judicial de 1.ª instância em cuja circunscrição “*deva ter lugar a produção de prova solicitada*” (cf. artigo 59.º, n.º 5, da LAV).

⁷⁷ HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, ob. cit., p. 735, referem que no decurso dos trabalhos preparatórios da Lei Modelo da UNCITRAL foram discutidas possíveis redacções mais

causa, parece-nos que fará sentido que a parte que pretende obter o auxílio do Tribunal Estadual na obtenção de determinado documento descreva sucintamente no requerimento que apresentar o documento cuja junção pretende e explique quais os factos que pretende provar com o referido documento e de que forma esse documento é essencial para a prova desses factos. Fará também sentido que junte cópia da decisão do Tribunal Arbitral que determinou a junção do documento pela contraparte e que foi incumprida por esta última, decisão essa ilustrativa de que o Tribunal Arbitral, a quem cabe decidir a causa, considerou o pedido de apresentação de documento pertinente e relevante para prova da matéria em discussão nos autos. O Tribunal Judicial deverá conceder um prazo curto para a contraparte se pronunciar sobre este pedido, afigurando-se fazer sentido a aplicação do prazo subsidiário de 10 dias previsto na lei processual civil.

Questão que poderá também suscitar dúvidas é a das circunstâncias em que o Tribunal Judicial poderá recusar prestar a assistência requerida no que respeita à produção de prova⁷⁸. Os trabalhos preparatórios da Lei Modelo da UNCITRAL, no decurso dos quais chegou a discutir-se regular directamente esta matéria, apontavam no sentido de limitar as situações em que essa assistência poderia ser negada, tendo estado sob discussão uma proposta de redacção que apenas permitia ao Tribunal Judicial recusar assistência em casos em que *i*) os interesses do Estado fossem postos em causa pela apresentação da prova requerida; *ii*) a razão pela qual foi requerida a assistência do Tribunal não justifique a prestação da referida assistência; ou *iii*) o Tribunal Arbitral ou a parte requerente tivessem qualquer outro meio razoável para aceder a esse meio de prova⁷⁹⁻⁸⁰.

extensas deste artigo, que regulavam os termos em que deveria ser dirigido o pedido ao Tribunal Judicial e as circunstâncias em que este último poderia recusar-se a prestar assistência. Acabou, no entanto, por se entender que poderia ser limitativo estar a regular expressamente essa matéria na referida Lei Modelo, acabando por se optar pela redacção minimalista que veio a ser adoptada.

⁷⁸ Sendo certo que está à partida excluída a possibilidade de o Tribunal Judicial proceder a uma revisão do mérito da decisão do Tribunal Arbitral quanto a esta matéria.

⁷⁹ Quanto a esta ponto, veja-se HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, ob. cit., p. 742.

⁸⁰ JOÃO RAPOSO (ob. cit. p. 124) sustenta que o Tribunal Judicial poderá recusar o pedido de produção de prova que lhe seja dirigido quando o pedido seja dirigido por uma parte sem prévia obtenção de autorização do Tribunal Arbitral ou quando o pedido seja ilegal: “*estando os tribunais submetidos à Constituição e à lei, não poderão realizar a diligência se a mesma for ilegal – como aconteceria se, por hipótese, fosse requerida a realização de prova com violação dos limites consagrados no n.º 3 do artigo 519.º do Código do Processo Civil*”, actual artigo 417.º do CPC, a saber, se a referida produção de prova implicar a “*violação da integridade física ou moral das pessoas, [a] intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas comunicações, [ou a] violação o sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado*”.

Parece-nos fazer sentido, neste contexto em que se pretende que a jurisdição estadual funcione como verdadeiro apoio ao Tribunal Arbitral, esta abordagem minimalista dos poderes de sindicância do juiz estadual, salvaguardando-se em todo o caso o respeito pelos princípios da ordem pública internacional do Estado Português, que deve ser de conhecimento officioso pelo Tribunal Judicial.

Decidindo o Tribunal Judicial pela executoriedade da decisão do Tribunal Arbitral quanto a esta matéria, deve aquele ordenar que a prova seja perante si produzida – podendo, para o efeito, recorrer a todos os mecanismos, nomeadamente coercivos, previstos na lei de processo – remetendo os seus resultados (no caso, os documentos em poder da contraparte), para o Tribunal Arbitral.

Por fim, ainda quanto a este ponto da articulação entre o Tribunal Arbitral e o Tribunal Judicial, é de referir que, nos termos do artigo 20.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *d*), da LAV (que aqui segue o regime previsto no artigo 17.º da Lei Modelo da UNCITRAL) uma parte poderá também recorrer aos Tribunais Judiciais para ordenar à contraparte que preserve um meio de prova ao seu dispor que possa ser “*relevante e importante para a resolução do litígio*”⁸¹, seja antes de intentar a acção arbitral, seja já no decurso da mesma. É aqui de realçar que os requisitos de que depende o decretamento de uma providência cautelar com esta finalidade de preservação de um meio de prova são tendencialmente menos apertados do que os previstos para o decretamento de outro tipo de medidas cautelares, nos termos do artigo 21.º, n.º 3, da LAV, o que se justifica por este tipo de medidas normalmente não acarretar particulares prejuízos para o requerido.

B) *Da impugnação de decisões do Tribunal Arbitral em matéria de apresentação de prova*

Restará agora considerar os cenários em que o Tribunal Arbitral não admita o pedido de junção de documentos em poder da contraparte formulado no âmbito do processo arbitral (ou admita esse pedido, não obstante as objecções à altura formuladas pela parte requerida), ou em que, não obstante ter admitido esse pedido e ordenado a apresentação desses documentos, a parte requerida se

⁸¹ Quanto à interpretação deste duplo requisito – relevância e importância –, cuja redacção foi inspirada no texto das Directrizes da IBA em matéria de produção de prova, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, p. 218, concluindo que “*para que um meio de prova seja considerado relevante (relevant), tem de estar relacionado com a disputa e para que seja importante (material) tem de ter valor enquanto meio de prova*”.

recuse a apresentá-los, optando ainda assim o Tribunal Arbitral por negar autorização à parte requerente para que se dirija ao Tribunal Judicial, nos termos expostos *supra*.

As decisões em causa não serão à partida recorríveis, face ao regime-regra de irrecorribilidade de decisões arbitrais consagrado no artigo 39.º, n.º 4, da LAV.

Também não poderão as decisões em causa ser objecto de pedido de anulação autónomo, na medida em que estão em causa meras decisões processuais interlocutórias do Tribunal Arbitral, e não uma sentença arbitral final (cf. artigo 46.º, n.º 1, da LAV, em linha com o regime previsto no artigo 34.º da Lei Modelo da UNICTRAL)⁸²⁻⁸³.

Neste contexto, o controlo da legalidade da decisão do Tribunal Arbitral quanto a estas matérias apenas poderá ocorrer em sede de pedido de anulação da sentença arbitral que vier a ser proferida.⁸⁴ Estando em causa questões relativas à produção de prova, poderá, em particular, a parte que se considere lesada pela decisão do Tribunal invocar o disposto na subalínea ii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV, relativa à eventual violação no processo de algum dos princípios fundamentais previstos no artigo 30.º, n.º 1, da LAV.⁸⁵ Poderão, nomeadamente, estar aqui abrangidas situações em que a parte invoca que a decisão que recusou ou ordenou a apresentação de determinado documento pôs em causa a igualdade processual das partes (na medida em que não foi seguido critério equivalente no que respeita a pedidos dirigidos pela contraparte), que a não admissão dos pedidos em causa impediu a parte de fazer valer

⁸² Defendendo que este tipo de decisões de natureza processual não constituem, por regra, uma sentença, não sendo nessa medida susceptíveis de impugnação autónoma ou de reconhecimento e execução ao abrigo da Convenção de Nova Iorque, veja-se Jeff Waincymer, *ob. cit.*, p. 870.

⁸³ Quanto a este ponto, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral – Seu Objecto e Regime*, in *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra Editora, Fevereiro de 2013, p. 182, que se refere a estas decisões como “*simples “ordens ou resoluções de processo” (i.e., decisões com finalidade meramente ordinatória ou instrutória)*”, sustentando que as mesmas podem ser revogadas ou modificadas pelos árbitros a todo o tempo, não tendo, por conseguinte, força de caso julgado formal e não sendo susceptíveis de impugnação perante os tribunais estaduais.

⁸⁴ Quanto a esta matéria, veja-se PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, *Fundamentos de Anulação da Sentença Arbitral*, in *O Direito*, 2010 (ano 142.º), pp. 1057-1110.

⁸⁵ Defendendo que, não obstante a referência ao artigo 30.º, n.º 1 da LAV, o preceito visa acautelar qualquer violação do *due process*, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, p. 303. Também quanto aos princípios por que se deve reger o processo arbitral, veja-se FILIPE ALFAIATE, *A prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado*, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2009, pp. 131-171 (em particular as pp. 150-154).

os seus direitos no processo⁸⁶, ou ainda que não foi devidamente acautelado o princípio do contraditório em sede de produção de prova, tendo essa violação tido influência decisiva na resolução do litígio⁸⁷. Caso as partes ou o Tribunal Arbitral tivessem regulado expressamente os termos em que poderia ocorrer o pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte e uma das partes considere que essas regras não foram respeitadas, tendo essa violação tido influência decisiva na resolução do litígio, poderá o pedido de anulação ter por base o disposto na subalínea iv) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV⁸⁸⁻⁸⁹. Já a hipótese de o Tribunal Arbitral não se ter pronunciado sobre um pedido de apresentação de documentos que lhe tenha sido submetido quando deveria tê-lo feito poderá, eventualmente, ainda cair no âmbito da subalínea v) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV.

V. Conclusão

A questão da admissibilidade ou não de um pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte convoca a necessidade de ponderar vários factores, nem sempre de fácil conjugação, como sejam o direito da parte a fazer valer os seus direitos em juízo, o grau de cooperação que pode ser exigido

⁸⁶ Quanto a este ponto, sublinhando que, em certas circunstâncias, a não admissão de pedidos de apresentação de documentos em poder da parte contrária pode representar uma violação do direito da parte a defender os seus direitos em juízo, podendo pôr em causa, em última instância, a validade e executoriedade da sentença arbitral, veja-se YVES DERAIS, ob. cit., p. 87.

⁸⁷ Defendendo uma interpretação restritiva desta alínea, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, Março de 2014, pp. 42-43: “o incisivo “com influência decisiva na resolução do litígio”, se for entendido à letra, faz recair sobre a parte impugnante o ónus de provar a existência dum ‘nexo causal’ entre a ocorrida violação dum princípio fundamental de processo e a solução dada ao litígio pela sentença impugnada, o que constitui uma verdade in probatio diabolica”.

⁸⁸ Defendendo também aqui uma interpretação restritiva (ou redução teleológica) do preceito, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, Março de 2014, pp. 50-51.

⁸⁹ De notar que, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 46.º da LAV, estando em causa a violação de uma disposição da LAV que as partes possam derrogar ou de uma regra prevista na convenção de arbitragem, deve a parte invocar de imediato o referido vício no processo, sob pena de se considerar, para todos os efeitos, que a parte renunciou ao direito a impugnar a sentença com esse fundamento. Quanto a esta disposição, sustentando, em linha com vários autores franceses, tratar-se de uma regra de “lealdade processual”, manifestação da “proibição do venire contra factum proprio ou do estoppel”, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, Março de 2014, p. 109. Também quanto a este ponto, considerando estar aqui em causa uma “regra de preclusão dos fundamentos de anulação”, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, pp. 300-301.

tendo em vista a descoberta da verdade material, à luz de padrões de actuação de boa fé, as regras da repartição do ónus da prova ou imperativos de eficiência na condução do processo⁹⁰.

A tendência de regulação pelo mínimo desta matéria seguida por grande parte das leis de arbitragem e regulamentos de instituições arbitrais de referência privilegia a autonomia privada das partes na determinação das regras processuais aplicáveis, bem como o papel dos árbitros na decisão da admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir nos autos. Uma utilização eficiente e justa da possibilidade de recorrer aos arquivos da contraparte exige assim um Tribunal Arbitral firme e disciplinador, capaz de gerir as expectativas das partes (muitas vezes provenientes de tradições jurídicas diferentes) quanto a esta matéria, definir e aplicar critérios objectivos dos quais dependa a admissibilidade destes pedidos, assegurando o cumprimento das regras de *due process* e o respeito pelo princípio da igualdade, e, bem assim, deixar claras à partida as eventuais consequências de um incumprimento do dever de apresentação de documentos, não tendo receio de as aplicar se e quando tal se justifique⁹¹.

De realçar também o papel dos advogados na optimização prática do recurso a este mecanismo. Desde logo, nas suas interacções com o Tribunal, através da elaboração de requerimentos claros, circunscritos e fundamentados, em linha com a natureza excepcional de que deve se revestir o recurso à contraparte em matéria de prova, bem como da não objecção sistemática e injustificada a este tipo de pedidos, eternizando a troca de requerimentos prolixos sobre a questão. Mas, também, no contacto com os clientes, sensibilizando-os para a necessidade de actuarem de boa fé na recolha e apresentação da documentação com relevo para a decisão da causa.

De assinalar, por fim, a relevância e utilidade, nesta como em outras matérias, das codificações de boas práticas e regras de conduta processual, que vêm inculcando um maior grau de uniformização e previsibilidade à prática arbitral, com a ressalva de que a sua aplicação deve ser moldada e adaptada às circunstâncias de cada caso pelas partes e pelo Tribunal Arbitral, sob pena de deturpação do espírito que presidiu à elaboração destas directrizes, que se pretendem de aplicação flexível.

⁹⁰ Quanto a esta ponderação de interesses, veja-se JEFF WAINCYMER, ob. cit., p. 838.

⁹¹ Sublinhando os riscos de uma postura de “*laissez-faire*” do Tribunal Arbitral, não assumindo a condução efectiva do processo arbitral, veja-se Filipe Alfaiate, ob. cit., p. 137. Também quanto a este ponto, defendendo que os árbitros devem actuar como “*wise gatekeepers*” da fase de produção de prova, apenas admitindo pedidos dirigidos à contraparte na medida necessária e assegurando a condução rápida e eficiente do processo, veja-se GIACOMO ROJAS ELGUETA, ob. cit., p. 174.

O DIREITO

Ano 149.º (2017), I

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Maria João Galvão Teles

Propriedade de JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda.

NIPC 506 256 553

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.º 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 300 exemplares

Assinatura anual € 70,00 (12,5% de desconto sobre o total dos números avulsos)

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

Editorial	5
ARTIGOS DOUTRINAIS	
JORGE MIRANDA <i>Democracia e Constituição</i>	9
CARLA AMADO GOMES <i>Responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: uma miragem?</i>	33
JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS <i>Questões emergentes do património cultural subaquático</i>	65
FRANCISCO AGUILAR <i>Etiam si omnes, ego... et tu... non: o jurista perante o poder</i>	91
HUGO LUZ DOS SANTOS <i>As buscas domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal e as exclusionary rules norte-americanas: perspectivas e prospectivas</i>	117
ARTHUR PINHEIRO ALENCAR/HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS <i>Direitos tributários, pátrio e alemão, à luz dos conceitos de fato jurídico, segurança jurídica e relativização da coisa julgada</i>	153
RÚBEN RAMIÃO <i>Discursos sobre Teoria do Direito</i> Circularidade e Tautologia na Definição Alexyana de Princípios: Dois Problemas Fundamentais	175
Sobre as Normas de Competência	182

LÍVIA MARIA SANTANA E SANT'ANNA VAZ <i>Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa</i>	191
RITA NUNES DOS SANTOS <i>A obtenção de documentos em poder da parte contrária em processo arbitral</i>	223

EDITORIAL

Em 2017 passam cento e cinquenta anos sobre a abolição da pena de morte nos crimes civis e sobre o primeiro Código Civil e quarenta anos sobre a revisão do atual Código para estabelecer a igualdade na família.

Se, já em 1852 fora abolida a pena de morte nos crimes políticos, de muito maior significado viria a ser a abolição nos crimes comuns, como expressão do valor que a comunidade portuguesa atribui à vida humana e como exemplo para todos os outros países.

Nunca é demais enaltecer o lugar do Código de 1867, do Código de Seabra, na nossa cultura jurídica. E, entre outros pontos a realçar, citem-se a afirmação da personalidade jurídica no artigo 1.º, a invocação do Direito natural no artigo 16.º e a enumeração dos direitos originários nos artigos 359 e seguintes.

O artigo 36.º da Constituição de 1976 prescreveu a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e à manutenção e à educação dos filhos e proibiu discriminações entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento. Não foi só para lhe dar cumprimento, embora sobretudo para isso, que se fez a reforma de 1977 do Código de 1966.

O Direito não poderia deixar de assinalar estas datas.

O DIREITO

DIRETOR: JORGE MIRANDA

ANO
149.º
2017
I

ARTIGOS DOUTRINAIS

Jorge Miranda, *Democracia e Constituição*

Carla Amado Gomes, *Responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: uma miragem?*

José Luís Bonifácio Ramos, *Questões emergentes do património cultural subaquático*

Francisco Aguilar, *Etiam si omnes, ego... et tu... non: o jurista perante o poder*

Hugo Luz dos Santos, *As buscas domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal e as exclusionary rules norte-americanas: perspectivas e prospectivas*

Arthur Pinheiro Alencar/Hélio Sílvio Ourém Campos, *Direitos tributários, pátrio e alemão, à luz dos conceitos de fato jurídico, segurança jurídica e relativização da coisa julgada*

Rúben Ramião, *Discursos sobre Teoria do Direito*

Lívia Maria Santana e Sant'anna Vaz, *Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa*

Rita Nunes dos Santos, *A obtenção de documentos em poder da parte contrária em processo arbitral*



NA
ALMEDINA