

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

A PROVA ORAL NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

MARIA FERNANDA NOBRE FORMIGA CHAVES

RA00240361

ORIENTADOR: DR^a. WILLIAM SANTOS FERREIRA

SÃO PAULO

2024

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

A PROVA ORAL NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

MARIA FERNANDA NOBRE FORMIGA CHAVES - RA00240361

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. O projeto desenvolveu-se na área de Ciências Sociais Aplicadas, no curso de Direito, sob orientação do Professor Doutor William Santos Ferreira.

SÃO PAULO

2024

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus familiares por todo apoio prestado nesta importante trajetória acadêmica, em especial aos meus pais, minha tia e meus avós. O seu auxílio e o seu incentivo durante todo o período de graduação foram essenciais para que eu chegasse até aqui. Eu devo tudo a vocês e, por isso, serei eternamente grata.

Eu também demonstro a mais profunda gratidão ao meu orientador, Prof.^a Dr.^a William Santos Ferreira, pela oportunidade e pelo privilégio de ter sido sua orientanda, por sua paciência, sua presteza, por sua dedicação em compartilhar o seu conhecimento. Enfim, por toda devoção empregada na elaboração deste estudo.

Os meus sinceros agradecimentos também aos meus amigos. Em especial: ao Vesper, cuja lealdade e companheirismo foram inestimáveis ao longo destes últimos cinco anos. É uma honra ter trilhado uma belíssima jornada acadêmica e profissional ao seu lado, repleta de conquistas e aprendizados que levarei para toda a vida. Agradeço também ao Matheus, por sua paciência infindável em me ouvir discutir sobre o direito ao longo destes anos, por sempre me encorajar a persistir para conquistar os meus objetivos e por celebrar as minhas vitórias junto comigo. Eu sou igualmente grata pelo apoio que recebi da Nathalia, que esteve ao meu lado em momentos desafiadores da vida e da graduação.

Por fim, estendo meus sinceros agradecimentos também ao Prof. Dr. Nelson Nery Junior e à Prof. Dr.^a Rosa Maria de Andrade Nery, pelo apoio à pesquisa, pelo acesso à rica coleção de recursos seu acervo literário e pelo aprendizado que obtive ao seu lado durante os últimos três anos.

RESUMO

Este trabalho aborda a produção de provas na arbitragem, notadamente o papel e a relevância da prova oral no procedimento arbitral, destacando como a arbitragem se diferencia do processo judicial em termos de flexibilidade e celeridade. A pesquisa parte de uma abordagem ampla sobre a arbitragem, relatando a sua natureza jurídica e características procedimentais, para, em seguida, concentrar-se na fase instrutória e na produção das provas. A prova oral, composta por depoimentos pessoais, testemunhais e técnicos, emerge como elemento essencial para a formação do convencimento dos árbitros, especialmente durante a audiência de instrução, considerada um dos ápices do procedimento arbitral. Nesse contexto, a análise abrange a natureza colaborativa da arbitragem, que incentiva as partes a contribuírem ativamente na formação da prova, assim como a importância dos poderes instrutórios do árbitro, que desempenha um papel crucial na condução do processo probatório. Por fim, aspectos significativos para a realização da prova oral são destacados., esclarecendo como contribuíram para consolidar a arbitragem como um método eficiente e sofisticado de resolução de conflitos, adequado às necessidades contemporâneas.

Palavras-chave: arbitragem – árbitro – prova oral – poderes instrutórios do árbitro – depoimento pessoal – depoimento das testemunhas – carta arbitral – cooperação testemunha técnica – audiências.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	4
2.	ASPECTOS GERAIS SOBRE O PROCESSO ARBITRAL	6
2.1.	CONCEITO E BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO ARBITRAL	6
2.2.	CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO ARBITRAL	9
2.3.	NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO ARBITRAL	11
3.	A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO ARBITRAL	15
3.1.	A PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO ÁRBITRO	15
3.2.	ENFOQUE ANALÍTICO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO ARBITRAL	23
4.	A PROVA ORAL NO PROCESSO ARBITRAL	27
4.1.	DEPOIMENTO PESSOAL	28
4.2.	PROVA TESTEMUNHAL	30
4.2.1.	DEPOIMENTO ESCRITO DE TESTEMUNHAS (“WITNESS STATEMENTS”)	35
4.3.	DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS TÉCNICAS (“EXPERT WITNESS”)	38
5.	CONCLUSÃO.....	41
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de conflitos. Nesse contexto, as partes outorgam a um terceiro ou a terceiros o poder de decidir uma determinada contenda. Não obstante às semelhanças existentes com o procedimento judicial, o procedimento arbitral é um sistema diferenciado e flexível. A flexibilidade procedimental da arbitragem outorga às partes a faculdade de dimensionar, em sua máxima extensão e eficiência, os contornos relativos ao processo arbitral. Este caráter flexível que lhe é inerente reflete-se em todas as suas fases processuais, mas adquire especial relevância durante a fase instrutória.

A instrução arbitral é construída pelas partes e pelos árbitros, em consonância com as particularidades do caso concreto, sempre com o intuito precípua de atingir a verdade material. Os árbitros procuram conhecer os fatos tal como aconteceram, para que seja possível efetuar a correta aplicação do direito ao caso concreto. Por essa razão, não estão sujeitos ao rigor e ao formalismo inerentes à esfera judicial. Os aspectos procedimentais, na arbitragem, revestem-se de menor relevância. A prova é o elemento de destaque. É por meio dela que os árbitros poderão obter uma ampla compreensão dos fatos. Eis a razão pela qual os árbitros, apoiados na flexibilidade do procedimento arbitral, podem indeferir provas cuja produção tenha sido requerida pelas partes quando forem impertinentes. É daí que advém, também, a sua legitimidade para determinar a sua produção *ex officio*, quando sequer tenha havido requerimento da parte. O árbitro detém, assim, certa discricionariedade para determinar se a prova será – ou não – produzida, o que se atrela à ótica de sua pertinência e utilidade à solução da controvérsia. Ora, as provas devem ser conduzidas conforme o princípio da boa-fé e devem assegurar-lhes todas as ferramentas para o deslinde da controvérsia.

Os elementos fáticos a serem valorados podem ser atestados por diversos meios probatórios. Evidentemente, se se trata de um sistema em que impera a flexibilidade e o formalismo abreviado, é amplo o meio de provas admitido no âmbito do procedimento arbitral. Não por outra razão, admitem-se todos os meios idôneos e capazes de comprovar o fato controverso, inclusive aqueles transpostos de outros sistemas jurídicos, como os típicos empregados no sistema da *common law* – *cross examination*, *expert witness*, *hot tubbing*, *depositions* etc. Esta

peculiaridade facilita a descoberta da verdade e a consecução de uma solução rápida e plenamente eficaz, perfeitamente adequada às necessidades das partes litigantes.

Em que pese os diversos tipos de prova que podem ser produzidos, a prova oral costuma avultar-se em relevância – quer em meio aos sistemas jurídicos de *civil law*, quer em meio aos sistemas de *common law*. A audiência de instrução tem se consagrado como um dos ápices do procedimento arbitral, sendo essencial à formação do convencimento dos árbitros. Dessa forma, é imprescindível dedicar especial atenção à produção da prova oral, cujo desenvolvimento certamente será fundamental para a prolação de ulterior sentença arbitral.

Não por outra razão, este estudo se dedicará à análise da prova oral, que abrange: (i) a prova testemunhal; (ii) o depoimento pessoal das partes e (iii) o depoimento escrito de testemunhas. O objetivo precípuo desta pesquisa é fomentar a reflexão sobre a importância da prova oral no contexto arbitral, bem como enriquecer o tema ao explorar suas nuances e implicações jurídicas, especialmente quando a cooperação entre o juízo arbitral e o poder judiciário se revelar indispensável à atividade probatória.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE O PROCESSO ARBITRAL

2.1. CONCEITO E BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO ARBITRAL

A arbitragem é um processo paraestatal e heterocompositivo de solução de conflitos. É processo porque, além do procedimento, a arbitragem também comporta uma autêntica relação jurídico-processual¹. Em outras palavras, a arbitragem não se limita a uma mera concatenação de atos processuais, englobando uma relação jurídica processual. Trata-se de método de trabalho voltado à solução de dissídios, em que o julgador exerce a jurisdição e as partes as atividades inerentes à ação e à defesa². Nesse contexto, as partes voluntariamente outorgam a um terceiro – ou a terceiros – poderes para solucionar determinada controvérsia³. Em outras palavras, o processo arbitral assenta-se sobre a capacidade das partes consentirem, em comum acordo, em atribuir a terceiros a solução de um conflito que lhes é inerente. A autonomia de vontade é, portanto, corolário do processo arbitral – o que o caracteriza como meio privado de solução de conflitos, ou meio alternativo de solução de controvérsia, ou, ainda, meio extrajudicial de solução de conflitos, juntamente com a mediação e a conciliação.

Nada obstante, a arbitragem não se confunde com as instituições vizinhas – quer pelo poder de julgar que recebem os árbitros, quer pelo acordo de vontade das partes⁴. Em oposição às formas autocompositivas de solução de conflitos, a decisão proferida em um processo arbitral não é uma solução consensual acordada pelas partes⁵, mas uma solução adjudicada e a elas imposta. Assim sendo, a decisão proferida pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral é definitiva e vinculante entre

¹ É o que bem explica Guilherme Setoguti J. Pereira: “Isso porque os atos dos sujeitos processuais (isto é, dos árbitros e das partes) realizam-se e coordenam-se em um procedimento, em que cada um daqueles sujeitos, unidos por uma relação jurídica processual, dispõe de deveres, poderes, faculdades, direitos e ônus, exercidos em contraditório.” (PEREIRA, Guilherme S. J. Procedimento I. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 162)

² Ibid., p. 163.

³ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, RB-4.1. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/>. Acesso em: 19 mai. 2024.

⁴ STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998, p. 14.

⁵ As formas autocompositivas de solução de conflitos pressupõem a solução da dissidência pelas próprias partes, ainda que auxiliadas por terceiros (LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios Aplicáveis à Arbitragem. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 128.).

as partes⁶, já que os árbitros são equiparados a juízes de fato e de direito para o processo arbitral em que atuam⁷.

A deliberação arbitral goza de todos os efeitos que derivam de seu caráter jurisdicional, salvo a efetividade executória. A prerrogativa de exercitar os mecanismos de execução corresponde privativamente à soberania do Estado, em obediência à sua sistemática processual⁸. Em consequência, os particulares não podem conferir aos árbitros autoridade pública para apor sobre o seu julgamento a fórmula executória. A outorga de poderes aos árbitros cinge-se ao seu poder de deliberação. Por essa razão, os árbitros têm o poder de jurisdição (*jurisdictio*); podem dizer o direito, mas não podem conferir às suas deliberações força executiva (*imperium*)⁹. Dessa forma, para ter força executória, a sentença arbitral deverá ser objeto de uma decisão de *exequatur* – o que só ocorrerá por iniciativa da parte vencedora, que terá em mãos título executivo judicial¹⁰.

A delegação de poderes à figura do árbitro para fins de solução do dissídio pressupõe a existência de um acordo mútuo entre as partes, que estabeleça a sua sujeição à decisão arbitral, expresso por uma convenção de arbitragem válida¹¹. A convenção de arbitragem é gênero que comporta duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral¹². A cláusula compromissória refere-se ao negócio jurídico que prevê a sujeição à arbitragem de qualquer litígio futuro vinculado a determinada relação jurídica, ordinariamente de natureza contratual. Trata-se de cláusula que se refere a divergências futuras que podem nascer de uma determinada relação jurídica. O compromisso arbitral, por sua vez, é o ajuste

⁶ SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 12; TIBURCIO, Carmen et al. *Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 11.

⁷ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

⁸ STRENGER, *op. cit.*, p. 160.

⁹ *Ibid.*, p. 118.

¹⁰ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

¹¹ CAHALI, *op. cit.*, RB-4.1.

¹² TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 521-566, mar. 2015, p. 521.

firmado diante de um conflito já existente, por força do qual as partes acordam em submeter sua disputa à arbitragem. Em outras palavras, é o instrumento que habilita a arbitragem quando já instaurado o litígio.

Em que pese a liberalidade para que as partes optem por se sujeitar à jurisdição arbitral, há conflitos que não podem ser relegados ao juízo arbitral. É necessário que a demanda seja arbitrável, o que se afere sob dois aspectos: (i) aspecto subjetivo, relativo àqueles que efetivamente podem sujeitar-se à demanda arbitral; e (ii) aspecto objetivo, relativo às questões que podem ser decididas pelo tribunal arbitral. A arbitralidade subjetiva depende da capacidade das partes envolvidas, sendo necessário que o procedimento arbitral seja instaurado por partes capazes de contratar¹³. Assim, só poderão se valer da arbitragem as pessoas maiores ou emancipadas, em conformidade com a lei interna vigente¹⁴. Em se tratando do aspecto objetivo, as partes só poderão delegar ao juízo arbitral a solução de disputas relativas a direitos patrimoniais disponíveis¹⁵.

Nesse contexto, o mecanismo arbitral, tão primitivo quanto a humanidade¹⁶, tornou-se mais complexo, mais jurídico e mais institucionalizado¹⁷, consagrando-se como uma das formas mais comuns de solução de conflitos em meio à contemporaneidade. Em meio ao ordenamento jurídico pátrio, a arbitragem vem sendo prevista desde o Século XIX¹⁸. Nada obstante, só adquiriu maior relevância após (i) a edição da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996), que incorporou diversas tendências modernas acerca do tema ao sistema legal; (ii) a declaração de sua constitucionalidade pelo STF em 2001¹⁹; e (iii) a ratificação pelo país de diversos

¹³ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

¹⁴ TIBURCIO, Carmen *et al.*, *op. cit.*, p. 14-15.

¹⁵ MARTINS, Pedro B. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

¹⁶ CAHALI, *op. cit.*, RB-1.1.

¹⁷ STRENGER, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸ MAGALHÃES, José Carlos. A evolução da arbitragem no Brasil. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira. *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-2.8. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com>. Acesso em: 19 mai.2024.

¹⁹ STF, Tribunal Pleno, SE 5206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, j. 12.12.2001, m.v., DJ 30.04.2004.

tratados sobre o tema²⁰. Além disso, a crise em nosso sistema judiciário, ocasionada pela sobrecarga da jurisdição estatal, e a consequente morosidade na condução de processos acentuou ainda mais o caráter por vezes preferencial do juízo arbitral. Afinal, o processo arbitral ostenta inúmeras vantagens comparadas àquelas relativas ao processo judiciário. Essas características – que lhe são inerentes – continuam a contribuir para o seu crescente papel de relevo em meio à sociedade jurídica brasileira.

2.2. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO ARBITRAL

O processo arbitral oferece diversas vantagens em comparação com processo judicial, notadamente a possibilidade de escolha do julgador. Trata-se de prerrogativa particularmente atrativa para as partes litigantes, uma vez que interfere diretamente sobre o tempo necessário para compreensão da controvérsia e subsequente prolação da sentença arbitral. Isso porque o árbitro desempenha um papel central na arbitragem, sendo responsável tanto pelo desenvolvimento do procedimento, quanto pelo ato mais importante do arco arbitral: a sentença arbitral²¹. Dessa forma, a escolha de um julgador com o conhecimento específico da matéria controvertida contribui significativamente para uma resolução mais eficiente do litígio.

O processo arbitral também goza de vantagens procedimentais. O princípio da informalidade orienta o sistema arbitral, eliminando a necessidade de submissão a formas rígidas²². Em consequência, o processo arbitral ostenta notável flexibilidade procedimental, que se desdobra em dois aspectos principais: a liberdade para disciplinar o procedimento e a possibilidade de adaptação de regras procedimentais anteriormente eleitas²³. As partes podem optar por regras procedimentais que melhor se ajustem ao perfil da disputa, simplificando formalidades existentes nos processos judiciais. A prática de atos, protocolos, ou

²⁰ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios Aplicáveis à Arbitragem. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 29.

²¹ ELIAS, Carlos. O Árbitro. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 119.

²² MESSA, Ana F.; ROVAL, Armando L. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Grupo Almedina, 2021, p. 156.

²³ PEREIRA, op. cit., p. 166.

providências solenes inerentes à jurisdição estatal não é necessária, sequer aconselhada²⁴. Em síntese, desde que sejam respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento²⁵, as partes dispõem de ampla liberdade no domínio das regras de procedimento²⁶.

O benefício da opção por este método de resolução de conflitos também se revela em sua celeridade, sobretudo em cotejo com o processo judicial. As decisões arbitrais são proferidas em uma única instância e, por essa razão, ostentam caráter definitivo. O sistema não comporta recursos incidentais, porque o seu objetivo é a discussão do mérito da causa e não a discussão de matéria processual²⁷. Naturalmente, as partes podem optar por um julgamento colegiado, que participa do procedimento desde o seu início, em vez de intervir exclusivamente em instância recursal²⁸.

A confidencialidade é outro atributo qualitativo tipicamente associado ao processo arbitral. Em que pese a inexistência de obrigatoriedade ou previsão normativa específica para a arbitragem²⁹, o sigilo se revela contumaz em processos arbitrais e é frequentemente adotado como premissa procedimental. O sigilo protege os segredos comerciais das partes, o valor em querela e outras informações que possam prejudicar os seus interesses e a sua estratégia mercantil³⁰. Os seus efeitos alcançam todos os processos judiciais relacionados à arbitragem, como ocorre com as cartas arbitrais e com as ações anulatórias de sentença arbitral³¹, salvo se o procedimento envolver entes da Administração

²⁴ LAMAS, *op. cit.*, p. 30.

²⁵ Esta é uma exigência do Art. 21, §2.º da Lei n.º 9.307/96, cuja determinação é de que: “[s]erão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

²⁶ STRENGER, *op. cit.*, p. 123.

²⁷ AZEVEDO NETO, Mauro Cunha. Introdução ao Procedimento Arbitral. In: MAIA NETO, Francisco et al (coords.). *Perícias em Arbitragens*, 2.ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2019, p. 30.

²⁸ CAHALI, *op. cit.*, RB-4.1.

²⁹ É perfeitamente possível que as partes optem pela publicidade do processo arbitral, em favor do princípio da transparência e em um típico exercício de sua prerrogativa de escolha. (v. LAMAS, *op. cit.*, p. 32).

³⁰ BARBOSA, Henrique Cunha. Arbitragem Societária. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 526.

³¹ LAMAS, *op. cit.*, p. 32.

Pública³². É que a Administração Pública deve sempre respeitar o princípio da publicidade (Art. 37, CFRB/88) – o que não implica acesso ilimitado e irrestrito a todos os documentos e atos do processo arbitral. As partes e os árbitros poderão estabelecer quais documentos poderão ser acessíveis por terceiros e o meio pelo qual ocorrerá o acesso³³.

O processo arbitral também pode se revelar vantajoso sob seu aspecto econômico-financeiro. Evidentemente, em um primeiro momento, o método pode se mostrar oneroso. Os valores exigidos para o pagamento de honorários de árbitros, custos administrativos de câmaras arbitrais, perícias, intérpretes, entre outros excedem o limite máximo das taxas pagas às cortes estaduais. Ocorre que a dissecação do custo-benefício pode conduzir a uma interpretação diversa. Isso porque inexistem custos de transação – demora, incerteza, insegurança – típicos de processos judiciais. O procedimento encerra-se em uma única instância e não onera a parte indeterminadamente, porque não há necessidade de dispêndios contínuos para se sustentar o processo com diversos recursos.

2.3. NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO ARBITRAL

A semelhança do processo arbitral com o processo judicial suscita controvérsias quanto à natureza jurídica da arbitragem. Há quatro grupos teóricos destinados a esclarecer a natureza do instituto, cujo conflito se centra sobre a dicotomia público-privado: (i) privatista (contratual); (ii) jurisdicionalista (publicista); (iii) teorias intermediárias ou mistas (contratual-publicistas); e (iv) autônoma³⁴.

A teoria privatista encontra o seu fundamento sob o caráter contratual do processo arbitral, uma vez que a outorga de poderes jurisdicionais ao árbitro decorre diretamente de um acordo de vontade celebrado entre as partes³⁵. O

³² JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e Administração Pública. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 577.

³³ LAMAS, op. cit., p. 33.

³⁴ CAHALI, op. cit., RB-4.3.

³⁵ José Cretella Neto explica os argumentos que embasam a corrente privatista: “A primeira vertente [contratualista] vislumbra no instituto natureza jurídica de obrigação criada por contrato, tendo por consequências todas as derivadas do pacto em geral. Fundamentam esse ponto de vista, em resumo, com os seguintes argumentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no ius

caráter contratual do instituto vincula a arbitragem à autonomia de vontade das partes, diversamente do que ocorre com a jurisdição estatal. Isso porque, enquanto a jurisdição estatal é caracterizada por sua obrigatoriedade, indelegabilidade e inevitabilidade, o processo arbitral reflete a livre escolha dos litigantes, que optam por se afastar da tutela estatal para submeter suas controvérsias a um foro privado. O poder jurisdicional atribuído aos árbitros decorre de um negócio jurídico, legitimado não pela imposição de uma autoridade pública, mas pela própria vontade das partes. Em outras palavras, o processo arbitral caracterizar-se-ia como um contrato, porque todas as suas características se fariam presentes nesse instituto, dando-lhe marcas e feições contratuais³⁶.

Ocorre que a corrente privatista viu sua influência ser significativamente reduzida com a edição e vigência da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996). Em decorrência da sistemática introduzida pela legislação, a sentença arbitral passou a ostentar os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos jurisdicionais estatais, exceto a efetividade executória, porque a prerrogativa de compelir a parte vencida a cumprir o julgamento compete privativamente à soberania do Estado³⁷. Assim, os principais argumentos da teoria contratualista perderam espaço para os fundamentos da teoria jurisdicional da arbitragem, aparentemente endossada pela legislação arbitral.

A teoria jurisdicional atribui ao processo arbitral natureza jurisdicional, uma vez que a jurisdição pode ser anômala, exercida por órgãos alheios ao Poder Judiciário³⁸. Nesse contexto, o exercício da jurisdição pelos árbitros decorreria não da vontade das partes, mas da vontade do legislador que – por meio de disposições

imperium estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; e d) o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário" (CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14).

³⁶ BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas Introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In: WALD, Arnaldo. *Doutrinas essenciais - Arbitragem e Mediação*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, RB-4.37.

³⁷ STRENGER, *op. cit.*, p. 160.

³⁸ Haroldo Verçosa discorreu amplamente sobre o tema, lecionando que: “[a] teoria jurisdicional entende a arbitragem como forma de exercício da função jurisdicional, uma vez que os árbitros recebem das partes o poder de decidir o litígio a eles apresentado, aplicando a norma ao caso concreto e, assim, emitindo decisão obrigatória e vinculativa (atribuição dos efeitos da sentença judicial ao laudo arbitral). Além disso, o procedimento arbitral substitui a jurisdição estatal no que tange ao mérito da discussão travada da arbitragem” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 242).

legais – outorga poderes ao árbitro para que exerça a função de resolver conflitos. O processo arbitral caracterizar-se-ia, portanto, como jurisdição exercida por particulares, com autorização do Estado. Os árbitros tornam-se verdadeiros juízes, revestidos de autoridade pública, cujas soluções possuem mesma natureza, embora de outra classe, daquelas proferidas pelos juízes permanentes³⁹. O único elemento distintivo entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal recairia, portanto, sobre a faculdade de escolha atribuída às partes para eleição do julgador. Trata-se de conclusão lógica extraída da Lei n.º 9.307/1996, não apenas pela desnecessidade de homologação da sentença arbitral, como também pela equiparação do árbitro aos funcionários públicos e pela expressa determinação de que é juiz de fato e de direito⁴⁰.

As teorias mistas, por sua vez, sustentam a natureza híbrida da arbitragem, porque se conjuga a origem consensual do instituto com o desenvolvimento do procedimento arbitral por meio da atividade jurisdicional⁴¹. Em outras palavras, o processo arbitral é uma instituição contratual em suas origens e jurisdicional em seus efeitos. É contratual porque nasce do acordo de vontade das partes litigantes, que escolhem a via arbitral para a solução do litígio, determinando seu procedimento e respectivas normas disciplinadoras. É jurisdicional por possuir características comuns da jurisdição estatal: (i) constitui título executivo judicial; (ii) a sentença arbitral tem caráter vinculante; (iii) possui o escopo da pacificação social por meio da resolução dos litígios; (iv) o árbitro aplica o direito ao caso concreto para resolução do litígio; e (v) o árbitro não pode se negar a decidir o litígio⁴². Logo, enquanto ostenta natureza contratual, também é delimitada e fundamentada pela

³⁹ BASILIO; FONTES, *op. cit.*, RB-4.37.

⁴⁰ “Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900)

⁴¹ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

⁴² MESSA; ROVAL, *op. cit.*, p. 90.

legislação, o que lhe confere um caráter que é simultaneamente contratual e jurisdicional.

Há, ainda, uma quarta corrente, que classifica o processo arbitral como um método de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente. Trata-se da corrente autonomista, cuja teoria embasa-se sobre a criação de uma jurisdição própria, independente e diversa da jurisdição que integra um sistema jurídico. Em decorrência da liberdade de contratar, as partes subtraem a arbitragem de outros ordenamentos, tratando-a como soberana⁴³. A corrente autonomista é própria de arbitragens internacionais, em que há certa independência à ordem local de uma ou outra parte, sobretudo quando a controvérsia envolve elementos que tocam regras de diversas jurisdições.

⁴³ CAHALI, *op. cit.*, RB-4.3.

3. A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO ARBITRAL

3.1. A PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO ÁRBITRO

O tema referente à prova é central para a ciência processual, porque as provas constituem o alicerce sobre o qual se erige toda a dialética processual⁴⁴. O termo “prova” é equívoco e, por isso, detém vários significados. Em sua acepção jurídica, refere-se aos meios ou instrumentos utilizados para comprovar um fato ou ato, com o intuito de formar o convencimento do julgador no caso específico⁴⁵. Em outras palavras, provas são elementos de convicção do julgador, produzidos para tentar demonstrar a veracidade dos fatos alegados pelas partes⁴⁶. O objeto da prova é, portanto, o fato. Os meios de prova, por sua vez, são os elementos dos quais se extrai uma conclusão acerca da ocorrência ou intercorrência de um fato⁴⁷.

A prova é elemento essencial e inerente ao exercício dos direitos de ação e defesa, já que a tutela jurisdicional somente será reputada justa se estiver respaldada por instrumentos probatórios, permitindo que as partes afirmem e comprovem ao julgador o direito que invocam⁴⁸. Trata-se, portanto, não apenas de uma prerrogativa processual, mas de uma garantia fundamental das partes litigantes, assegurando-lhes plena oportunidade de participação na formação do convencimento do julgador, em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em decorrência de sua importância, o direito à prova encontra

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344

⁴⁵ É o que ensina Eduardo Couture, que esclarece que: “*tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio*” (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1958, p. 217.)

⁴⁶ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 11. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 156.

⁴⁷ FERREIRA, William Santos. Das Provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1113.

⁴⁸ A relevância e pertinência do direito à prova são bem esclarecidas por Michele Taruffo: “*Dentro deste complexo conjunto de direitos, um particularmente importante é o direito à prova. Geralmente, ele é definido como o direito de qualquer parte de produzir todas as provas relevantes em sua posse, de obter a apresentação de provas relevantes que estejam na posse de outras partes ou de terceiros, e de que todas essas provas sejam devidamente consideradas pelo tribunal. O direito à prova é um aspecto fundamental do direito de ação e defesa: na verdade, seria ilógico afirmar que as partes podem exercer esses direitos, mas que não lhes é permitido provar, por qualquer meio disponível, as alegações fáticas que sustentam suas pretensões e defesas.*” (TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 79 – tradução nossa).

fundamento constitucional, porque visa: (i) proteger o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, CRFB/88); (ii) garantir o efetivo acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/88); e (iii) tutelar o contraditório participativo (artigo 5º, inciso LV, CRFB/88). É, assim, corolário das garantias constitucionais ao contraditório e ao acesso à justiça, consagrados na CF/88.

Trata-se de elemento de grande relevância para o desdobramento do processo, quer seja ele judicial, quer seja ele arbitral⁴⁹. Ora, a natureza consensual da arbitragem não impede o respeito às garantias fundamentais, indispensáveis para o seu adequado desenvolvimento. Isso porque os princípios do devido processo legal, de igualdade entre as partes e do contraditório são elementos essenciais ao substrato da prova⁵⁰. O árbitro, assim como em um procedimento judicial, deve sempre buscar a persecução da verdade, como forma de outorgar à parte o julgamento mais justo possível em meio ao caso concreto. Assim, cabe ao árbitro assegurar às partes a oportunidade de produzir provas, garantindo a existência de elementos suficientes para a formação de seu convencimento.

A prova desenvolve-se, em regra, em quatro momentos relevantes: (i) da proposição ou do requerimento; (ii) da admissão ou do deferimento; (iii) da produção e (iv) da valoração⁵¹. Em determinadas situações, alguns dos momentos podem não ocorrer, como no caso de prova determinada pelo juiz, em que não há o momento de requerimento. Em outras circunstâncias, os quatro momentos podem estar presentes, embora ocorram em ordem diversa.

O momento da proposição ou do requerimento inaugura-se por iniciativa das partes, embora o julgador também desempenhe um papel fundamental para o processo probatório. Isso porque, quanto mais inerte permanece, mais se distancia da verdade real e da outorga de justiça, existindo uma demanda por julgadores mais ativos que outrora, muito embora devam agir com extrema cautela para não violar a equidistância das partes, atuando numa atividade supletiva a estas e

⁴⁹ José Emilio Nunes Pinto afirma que "uma das questões mais debatidas, na prática arbitral, é, sem dúvida, aquela relativa à produção de provas" (NUNES PINTO, José Emilio. Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 6/25, pp. 7-28, jan./mar. 2010, p. 8.)

⁵⁰ FARIA, Marcela Kohlbach de. A Produção de Prova no Procedimento Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 32/2012, pp. 207-226, jan-mar./2012, p. 208.

⁵¹ MONTENEGRO FILHO, Misaél. *Processo Civil para Concursos Públicos*. 2.^a ed. São Paulo: Método, 2005, p. 253.

determinando de ofício provas por elas não requeridas, mas reputadas essenciais para solução da controvérsia⁵².

O momento da admissão, por sua vez, é aquele em que o julgador emite um juízo de valor relativo ao cabimento, pertinência, relevância e necessidade da prova, deferindo ou indeferindo as provas requeridas pelas partes. O indeferimento de provas é medida excepcional, impondo ao julgador o ônus de demonstrar a inadequação ou descabimento da prova solicitada, sempre em conformidade com o princípio da *máxima eficiência dos meios probatórios*⁵³.

O momento da produção ocorre quando a prova adentra ao processo, quer em audiência, quer em forma documental, quer em qualquer outro formato, visando firmar o convencimento do julgador. Trata-se de etapa em que se deve buscar “um estado ótimo no emprego dos meios de prova, o que se realiza a partir do *princípio da máxima eficiência dos meios probatórios* e do emprego de *técnicas executivas probatórias típicas e atípicas*”⁵⁴.

O momento da valoração, por fim, concretizar-se-á quando o julgador atribuir sobre a prova o valor necessário para a solução da controvérsia⁵⁵. Em outras palavras, a valoração da prova ocorre quando o julgador analisa o conjunto probatório e profere decisão apresentando os motivos demonstrativos do seu convencimento. Trata-se do momento em que a prova é – ou não – aproveitada para formação de seu convencimento, independentemente da parte que a produziu⁵⁶. O valor da prova poderá ser atribuído conforme dois critérios: (i) critério da prova legal, em que a própria lei fornece o valor da prova, vedando qualquer margem de discricionariedade pelo julgador; e (ii) critério da persuasão racional, em que o valor da prova deve ser motivadamente a ela atribuído em conformidade com os elementos existentes nos autos⁵⁷.

A produção de provas em sede de arbitragem tem como objetivo a reconstrução da verdade acerca dos fatos modificativos, extintivos, impeditivos ou

⁵² BARROSO, *op. cit.*, p. 161.

⁵³ FERREIRA, William Santos. Critérios Objetivos para Máxima Eficiência nos 6 (seis) Momentos da Prova: Requerimento; Deferimento ou Determinação; Produção; Valoração ou Fundamentação e Ônus da Prova. In: JOBIM, Marcos Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. *Fundamentos Objetivos e o Novo Processo Civil Brasileiro*. Londrina: Thoth, 2021, p. 544.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 549.

⁵⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 162.

⁵⁶ FERREIRA, *op. cit.*, p. 552.

⁵⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 162.

constitutivo dos direitos das partes, assim como ocorre em meio ao procedimento judicial⁵⁸. Nesse contexto, a prova pode ser apresentada por todos os meios idôneos para corroborar com a veracidade dos fatos alegados pelas partes. Isso quer dizer que tanto as partes quanto os árbitros dispõem de uma ampla gama de ferramentas para conhecer o caso de forma aprofundada e detalhada⁵⁹.

Os poderes dos árbitros para a consecução do escopo jurisdicional estão previstos na Lei de Arbitragem, que confere aos árbitros o dever-poder de ordenar a produção de provas, seja por requerimento das partes ou de ofício⁶⁰. Entretanto, o assunto não se esgota em meio às disposições legais. Os poderes atribuídos aos árbitros para condução da fase instrutória extrapolam a legislação e, por vezes, os regulamentos de instituições arbitrais, a convenção de arbitragem e os termos de arbitragem⁶¹. Esta amplitude decorre das características intrínsecas ao procedimento arbitral, como sua natureza privada, a preeminência do princípio da autonomia das partes e seus objetivos, que se distinguem substancialmente daqueles ostentados pela jurisdição estatal.

Em comparação com o processo judicial, a arbitragem permite uma maior interação dos árbitros com as partes em torno da produção de provas⁶². O procedimento arbitral adota um modelo cooperativo entre todos os sujeitos processuais, compondo uma verdadeira comunidade de trabalho⁶³. É que, para que

⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. Ônus da Prova e Inferências Negativas em Arbitragem. In: TOLENTINO, Augusto et al. *Arbitragem e Outros Temas: Homenagem a Pedro A. Batista Martins*, São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 32.

⁵⁹ TIBURCIO, Carmen et al. *Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 252.

⁶⁰ “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

⁶¹ É o que leciona Clarrise Frechiani Lara Leite, cujo entendimento é de que “[n]a prática, são frequentes os espaços a serem preenchidos pelo poder normativo do árbitro, pois nem os procedimentos estabelecidos nos regulamentos de instituições arbitrais nem aqueles definidos pelas partes na convenção ou nos termos de arbitragem costumam disciplinar em detalhes as regras de direito probatório. Em especial, são raras as disposições sobre eficácia probatória dos diversos elementos de prova.” (LEITE, Clarrise Frechiani Lara. Persuasão racional e prova documental na arbitragem brasileira. *Revista de Processo*, vol. 321/2021, pp. 395-424, nov./2021, p. 395).

⁶² Anderson Schreiber bem esclarece que “é comum que tribunais arbitrais sugiram a realização de audiências ou videoconferências para discutir a necessidade e a pertinência de provas cuja produção foi requerida pelas partes.” (SCHREIBER, op. cit., p. 33)

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria Do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 496.

a instrução probatória seja adequadamente organizada, o procedimento deverá ser conduzido com a franca cooperação de todos os sujeitos processuais.

Em primeiro lugar, em respeito às garantias do devido processo legal, os árbitros devem oportunizar às partes a chance para que indiquem as questões sobre as quais há controvérsia e a quem incumbirá a prova de cada fato, instando-as a indicar os meios de prova que entendem necessários. Em qualquer caso, é perfeitamente possível que os próprios árbitros determinem a produção de provas que reputarem necessárias aos esclarecimentos dos fatos, por iniciativa própria, para consolidar o seu livre convencimento sobre os pontos controvertidos⁶⁴. Trata-se de uma decorrência da lei⁶⁵, que lhes concede poderes próprios para a produção probatória, plenamente equiparáveis, quanto à sua extensão, àqueles outorgados aos magistrados⁶⁶.

Uma vez delimitadas as questões controvertidas, os árbitros devem efetuar a distribuição do ônus da prova, para evitar a impossibilidade de pronunciamento judicial sobre os fatos suscitados pelas partes. Em outras palavras, com a distribuição do ônus da prova, o julgador busca reduzir a assimetria informacional das partes⁶⁷. Nada há que se falar, portanto, em impedimento à distribuição dinâmica do ônus da prova, sobretudo quando se trata de procedimento dotado de menor formalismo e maior flexibilidade. Em meio a esse cenário, se o Tribunal Arbitral identificar questões controvertidas não previamente antecipadas por

⁶⁴ AZEVEDO NETO, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵ Artigo 22 da Lei n.º 9.307/96.

⁶⁶ Esta equiparação tem consequências importantes, conforme defende Carlos Alberto Carmona: “[...] pode o árbitro requisitar documentos públicos, como faria o juiz, bem como solicitar informações aos órgãos estatais; pode determinar exames e vistorias (se necessário, com o concurso do Poder Judiciário); pode determinar oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes; pode exigir que as partes apresentem documentos, entre tantas outras possibilidades. E mais: nada impede que o árbitro determine a repetição de uma atividade probatória que lhe tenha parecido defeituosa, incompleta ou inconvincente (nova inquirição de testemunha, acareação de testemunhas cujos depoimentos foram conflitantes, nova inquirição de perito, repetição de prova pericial). E para deixar clara a equiparação entre árbitros e juízes, estabeleceu o § 5º do artigo enfocado que, sendo o árbitro substituído, poderá (querendo) mandar repetir as provas produzidas (nos mesmos moldes do que prevê o art. 132, parágrafo único, do Código de Processo Civil)” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 313).

⁶⁷ FUX, Rodrigo. *Direito Processual Civil e Arbitragem Nacional: uma proposta de diálogo à luz da Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. RB-5.3.1.

alguma das partes ou aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, é imprescindível que lhes seja permitido ajustar sua especificação de provas⁶⁸.

Os árbitros deverão, então, valer-se de seu juízo de admissibilidade para apurar quais provas poderão ser produzidas em meio ao procedimento arbitral. Em regra, a instrução é caracterizada pela ampla liberdade das partes, contemplando todos os meios de prova idôneos capazes de comprovar a questão controvertida, mesmo aqueles que não estiverem expressamente enumerados em lei⁶⁹. É comum que se utilizem meios de prova originários de outros sistemas legais, sobretudo aqueles importados do sistema da *common law*, como ocorre com *cross examination*, *expert witness*, *depositions*, entre outros⁷⁰.

O critério mais importante para apuração de sua admissibilidade é que o Tribunal Arbitral as considere úteis para a decisão⁷¹. Ocorre que, em determinadas circunstâncias, o árbitro poderá – e deverá – indeferir os meios de prova que reputar irrelevantes ou impertinentes ao julgamento da controvérsia⁷². Eventual inadmissão da prova deve ser excepcional e amplamente fundamentada, seja porque as partes também são destinatárias da prova, seja porque os árbitros devem adotar a opção que mais favoreça a ampla participação e influência das partes em todo o *iter* de formação da decisão⁷³. Logo, a prerrogativa de indeferimento de uma prova requerida pelas partes deve ser exercida de forma moderada pelos árbitros, porque será possível ajuizar uma ação anulatória da sentença arbitral se se reputar que violou o direito ao contraditório e a ampla defesa das partes⁷⁴.

⁶⁸ ARAUJO, Yuri Maciel. Os poderes instrutórios do árbitro na instrução probatória. In: LESSA NETO. João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-3.3.

⁶⁹ “O campo das provas, na arbitragem, é bastante amplo e não se sujeita a um catálogo legal. [...] Registre-se que todos os meios idôneos e capazes de comprovar o fato controverso (v.g. fotografia; vídeo; gravação), mesmo que não listados em lei, são passíveis de exame pelo julgador com vistas à reconstituição ou à definição da verdade sobre determinado fato” (MARTINS, Pedro A. Batista. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coords.). *Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 328).

⁷⁰ AZEVEDO NETO, *op. cit.*, p. 42.

⁷¹ É o que leciona Edoardo F. Ricci, que esclarece que “todos os meios de prova ou investigação podem ser admitidos, quer estejam ou não mencionados em convenções, desde que o tribunal arbitral lhes repute úteis para decisão” (RICCI, Edoardo F. Evidence in International Arbitration: a Syntetic Glympse. In: FERNANDEZ-BALLESTEROS, M. A.; ARIAS, David (coords.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010, p. 1026 – tradução nossa).

⁷² SCHREIBER, *op. cit.*, p. 33.

⁷³ ARAUJO, *op. cit.*, p. RB-3.4.

⁷⁴ YARSHELL, Flávio. Ação Anulatória. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 446.

O próximo passo consiste em definir a ordem e o modo de produção das provas. Não há, em meio ao procedimento arbitral, momento estanque para a produção de provas, ou mesmo uma ordem específica a ser seguida⁷⁵. Naturalmente, quando elegerem o método de solução de conflitos, as partes podem instituir regras que considerem mais apropriadas à condução da instrução probatória⁷⁶. O Tribunal Arbitral, por sua vez, pode e deve decidir a ordem e o modo de produção das provas que reputou admissíveis⁷⁷, respeitando eventuais ajustes procedimentais entabulados entre as partes e sempre permitindo a sua participação para definição dos próximos atos a serem praticados. É possível, portanto, que o árbitro: (i) determine que certo meio de prova seja produzido de forma antecipada logo no início do procedimento arbitral, se se tratar de medida necessária à controvérsia; (ii) reserve o exame da admissibilidade de certos meios de prova para momento futuro, após a produção prévia de outras provas que poderão elucidar a matéria; (iii) realize a cisão de eventuais audiências; (iv) ouça algumas testemunhas antes da prova pericial e outras depois; (v) relegate a prova de determinadas questões para fase de liquidação de sentença; (vi) regule o momento apropriado para a juntada de novos documentos, entre outras medidas que reputar necessárias para a melhor condução da fase instrutória⁷⁸.

Os árbitros e as partes podem, ainda, julgar necessário implementar alterações em relação ao rito originalmente preconizado. Embora o instituto da preclusão possa eventualmente se concretizar, raramente se efetiva em meio ao contexto probatório. Entretanto, eventuais modificações devem ser adotadas com parcimônia, para evitar uma indevida procrastinação do procedimento arbitral⁷⁹. É que, se se permitisse que o procedimento pudesse se protrair indefinidamente no tempo, tolher-se-ia uma das características mais basilares da arbitragem: a sua

⁷⁵ MARTINS, *op. cit.*, p. 331.

⁷⁶ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 273.

⁷⁷ AZEVEDO NETO, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁸ ARAUJO, *op. cit.*, RB-3.6.

⁷⁹ Esta possibilidade reforça a natureza flexível do procedimento arbitral, Marcela Kohlbach Faria pondera que “*não há que se falar em preclusão quanto à instrução probatória no procedimento arbitral; caso lhe pareça necessário, o árbitro poderá determinar que as testemunhas sejam reinquiridas, ou que se ouçam as testemunhas antes da produção da prova pericial. Enfim, desde que não haja uma procrastinação indevida do procedimento, respeitando-se os prazos estabelecidos pelas partes e sempre em observância do contraditório, é possível que a fase instrutória se desenvolva de forma bastante flexível, de forma a se amoldar à necessidade da demanda*” (FARIA, *op. cit.*, p. 208).

celeridade, responsável por favorecer a eleição deste método para eventual resolução de conflitos.

Quanto ao modo de produção de provas, há ampla margem para que os árbitros, em constante diálogo com as partes, ajustem significativamente o formato tradicionalmente previsto no processo estatal. Nesse sentido, o Tribunal Arbitral tem a liberdade de adotar técnicas inovadoras que maximizem o aproveitamento de cada elemento probatório⁸⁰. As possibilidades são vastas e dependerão das peculiaridades do caso concreto. Em qualquer caso, os árbitros e partes não devem se ver limitados por um procedimento rígido, pautado por formalidades excessivas ou por uma burocracia inflexível. Afinal, se o objetivo é alcançar uma decisão final verdadeiramente satisfatória, capaz de promover a pacificação social e, ao mesmo tempo, extinguir o conflito de maneira definitiva, deve-se permitir que tanto os árbitros quanto as partes envolvidas possam atuar de maneira inovadora, criativa e cooperativa, sempre com o intuito de proporcionar uma análise mais profunda e detalhada dos fatos controvertidos.

O contexto arbitral, ao se distanciar dos rigores do processo judicial tradicional, possibilita que as partes tenham uma maior participação e influência no desenvolvimento da instrução probatória, colaborando ativamente para a construção de um cenário que viabilize o pleno esclarecimento das questões fáticas. Dessa forma, as partes envolvidas na arbitragem e os árbitros têm a liberdade de ajustar o rito processual conforme as peculiaridades de cada caso, sem que isso signifique desrespeitar as garantias fundamentais aplicáveis ao procedimento arbitral. O enfoque deve estar sempre voltado para a busca da verdade material, garantindo que a decisão proferida ao final do processo seja a mais justa possível, refletindo a realidade dos fatos e contribuindo para a resolução eficaz e duradoura do litígio.

Em vista de todo o exposto, a análise dos poderes instrutórios dos árbitros revela uma dinâmica complexa que, embora compartilhe algumas características com o processo estatal, possui notável autonomia. Os árbitros exercem poderes instrutórios que não equivalem plenamente àqueles conferidos aos juízes, pois o processo arbitral está inserido em um sistema processual autônomo, fundamentado

⁸⁰ ARAUJO, *op. cit.*, p. RB-3.6.

em princípios que valorizam a natureza privada e consensual da arbitragem. Esses poderes devem ser sempre considerados à luz da convenção das partes, que têm a liberdade de estabelecer restrições à iniciativa probatória dos árbitros, se assim desejarem. Além disso, os árbitros podem definir a ordem e o modo mais adequados para a produção de provas, sem seguir as regras tradicionais da fase instrutória do processo estatal, o que torna o ambiente mais adaptável às especificidades do conflito. Entretanto, é essencial que os poderes instrutórios dos árbitros sejam equilibrados com o seu dever de garantir a máxima participação das partes no planejamento e na execução dos atos instrutórios, assegurando assim a legitimidade do processo arbitral e promovendo soluções que atendam aos interesses de todos os envolvidos.

3.2. ENFOQUE ANALÍTICO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO ARBITRAL

O procedimento arbitral possui características singulares que o diferenciam de outros métodos de solução de conflitos. Em particular, a arbitragem se destaca por sua informalidade e flexibilidade, aspectos que se manifestam em todas as etapas do processo, especialmente durante a audiência de instrução. Ocorre que a flexibilidade e a informalidade não devem ser confundidas com anarquia, baderna ou desordem. O árbitro deve ser flexível, mas também deve ser firme⁸¹, assegurando que a audiência transcorra em um ambiente de respeito e disciplina, preservando a eficácia da produção probatória e a busca pela verdade.

A audiência de instrução assume destacada relevância para o desenvolvimento procedimento arbitral⁸². A produção da prova oral desempenha um papel fundamental na arbitragem, porque contribui significativamente para a busca da verdade material dos fatos que envolvem a controvérsia⁸³. Enquanto o

⁸¹ MURIEL, Marcelo. Produção de Provas na Arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 323.

⁸² NANNI, Giovanni Ettore; GUILHARDI, Pedro. Reflexões Sobre a Produção de Provas na Arbitragem: Notas Acerca da Prova Oral, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 78/2023, p. 81 – 112, Jul./Set. 2023, p. 88.

⁸³ É o que bem leciona José Emilio Nunes Pinto, para quem: “[a] experiência demonstra, de forma inequívoca, a importância que assume, em arbitragem, a produção da prova oral. Desde que observados determinados pressupostos, a prova oral colabora muito para a busca da verdade material dos fatos que circundam a controvérsia” (NUNES PINTO, *op. cit.*, pp. 18-19).

Código de Processo Civil de 2015 enumera uma ordem de preferência para a colheita da prova, iniciando pela oitiva do perito e dos assistentes técnicos, seguida pelos depoimentos pessoais das partes e, finalmente, pelas testemunhas arroladas⁸⁴, na arbitragem, a ordem de produção da prova não é rigidamente definida. Em geral, a colheita de a prova é determinada previamente pelos árbitros e pelas partes, levando em consideração as particularidades do caso concreto e a conveniência de cada etapa de sua produção⁸⁵.

Independentemente da ordem preferencial definida pelo Tribunal Arbitral para a coleta de provas, é essencial que todas as partes e seus advogados compreendam claramente o procedimento antes do início da audiência. É recomendável portanto, que alguns dias antes da audiência, os árbitros publiquem uma Ordem Processual ordenadora do procedimento. Nessa ocasião, o Tribunal Arbitral deve fornecer as orientações necessárias aos advogados sobre a condução dos trabalhos. Isso inclui esclarecer se a audiência será virtual ou presencial, se haverá gravação, o tempo disponível para as exposições orais, a possibilidade de réplica, o procedimento para a oitiva dos representantes das partes, se apenas serão permitidas reperguntas, a ordem de inquirição das testemunhas, e se serão ouvidas testemunhas de fato e testemunhas técnicas⁸⁶. Além disso, deve indicar se haverá limites de tempo para a coleta de depoimentos, a previsão de momentos para eventuais contraditas e até quantos dias antes da audiência novos documentos poderão ser apresentados, entre outros detalhes.

Em arbitragens domésticas, o mais comum é que no início da audiência os patronos das partes tenham por volta de 30 a 60 minutos para exporem verbalmente a controvérsia e seus pedidos e, após tais exposições, dá-

⁸⁴ Art. 361. As provas orais serão produzidas em audiência, ouvindo-se nesta ordem, preferencialmente: I - o perito e os assistentes técnicos, que responderão aos quesitos de esclarecimentos requeridos no prazo e na forma do art. 477, caso não respondidos anteriormente por escrito; II - o autor e, em seguida, o réu, que prestarão depoimentos pessoais; III - as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu, que serão inquiridas. Parágrafo único. Enquanto depuserem o perito, os assistentes técnicos, as partes e as testemunhas, não poderão os advogados e o Ministério Público intervir ou apartear, sem licença do juiz. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 51, 17 de mar. 2015, Seção 1, p. 1-51).

⁸⁵ BARROS, Vera Cecília Monteiro de; KLEIMAN, Vânia Wongtschowski. A audiência de instrução na arbitragem: Importância, organização e aspectos polêmicos. In: Wald, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-26.3.

⁸⁶ Ibid.

se início à colheita dos depoimentos dos representantes legais das partes⁸⁷. Em seguida são ouvidas as testemunhas fáticas, iniciando-se por aquelas arroladas pela parte requerente e, na sequência, aquelas arroladas pela parte requerida. As testemunhas técnicas normalmente são ouvidas depois, inclusive, em alguns casos, em outra audiência designada especialmente para esse fim⁸⁸.

Em meio a esse cenário de oitivas de diversas naturezas, a audiência de instrução se destaca como o ponto culminante da arbitragem, pois nela se encontram todos os seus partícipes, em oportunidade ímpar para a determinação do resultado da disputa⁸⁹. É um recurso valioso atribuído às partes, que poderão chamar a atenção do julgador acerca dos pontos mais relevantes da disputa e daqueles que serão objeto de inquirição e debate na audiência. Em outras palavras, a audiência de instrução realizada no âmbito da arbitragem permite aos árbitros melhor avaliarem a credibilidade do depoimento prestado pela parte. É por essa razão que produção da prova oral não pode ser tratada como um mero evento dentro do procedimento arbitral, sendo imprescindível que se integre à estratégia global de defesa e argumentação das partes⁹⁰.

É evidente, portanto, que a audiência de instrução não é apenas um marco no procedimento arbitral, mas sim uma oportunidade estratégica vital para as partes. A habilidade de apresentar e discutir provas de forma eficaz pode ser

⁸⁷ NANNI; GUILHARDI, p. 88.

⁸⁸ BARROS; KLEIMAN, *op. cit.*, p. RB-26.3.

⁸⁹ José Emilio Nunes Pinto debruça-se sobre o tema, esclarecendo que: “[é] uníssona a posição de todos envolvidos em procedimentos arbitrais de que a audiência é o momento de clímax do procedimento. Para as partes, este é o momento de, por meio de depoimentos de suas testemunhas, apresentar de viva voz o caso; para os árbitros, a audiência é a oportunidade de ver com seus próprios olhos e ouvir com seus ouvidos o que lhes foi dito por meio de memoriais e demais escritos.” (NUNES PINTO, José Emilio. Um voo rasante sobre a prática arbitral brasileira. In: Wald, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-27.8.)

⁹⁰ Em outra ocasião, José Emilio Nunes Pinto, que possui larga experiência como árbitro, dá um bom conselho: “*jámais encare a produção da prova oral como apenas mais um evento no curso do procedimento arbitral. Insira-a na sua estratégia global de apresentação e defesa do caso e crie uma estratégia de ação para esse momento e esteja seguro de que ela está alinhada com a sua estratégia global. Lembre-se de que a convicção dos árbitros se forma em razão da valoração do conjunto das provas produzidas, mas cada uma delas deverá desempenhar o seu papel específico. Não tente jamais se servir de um meio de prova como se ele fosse o único à sua disposição. Use do meio de prova intensamente naquilo que a ele convém, mas jamais extensivamente. Agindo dessa forma, assegurado estará o papel da prova oral e maximizada essa oportunidade aberta pelo procedimento.*” (NUNES PINTO, José Emilio. *Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem*, *op. cit.*, pp. 19-22).

determinante para a resolução do conflito. A preparação para esse momento deve ser rigorosa e alinhada com a estratégia de defesa, reconhecendo a importância da produção da prova oral na construção da credibilidade e na formação da convicção dos árbitros. A excelência na condução da audiência pode não apenas influenciar a decisão final, mas também garantir que os interesses das partes sejam adequadamente representados e considerados ao longo de todo o processo.

4. A PROVA ORAL NO PROCESSO ARBITRAL

A audiência de instrução é, como visto, um dos momentos mais relevantes de todo o procedimento arbitral. Em seu âmbito, ocorrem o depoimento pessoal das partes, a oitiva de testemunhas fáticas e técnicas e a oitiva de peritos, se tiver sido produzida prova pericial. O modo de oitiva é dinâmico, com perguntas e reperguntas feitas de forma direta pelos patronos e pelo Tribunal Arbitral, gerando um verdadeiro debate sobre as questões discutidas. Os árbitros e as partes devem, portanto, estar plenamente preparados para a exposição de argumentos e provas. É que, para as partes, a audiência de instrução representa a oportunidade de dar maior concretude e explorar com maior profundidade os argumentos previamente delineados em memoriais e peças escritas. Já para os árbitros, a audiência proporciona uma ocasião singular para avaliar de forma mais apurada as declarações, os gestos e as nuances dos depoimentos, elementos que muitas vezes não podem ser capturados por escrito. Trata-se, portanto, de um ponto central no procedimento, em que os árbitros têm a chance de confrontar diretamente as versões apresentadas e aprofundar a sua percepção sobre os fatos, a partir de uma análise mais completa das provas e dos depoimentos das partes e das testemunhas⁹¹.

Em razão de sua importância, a audiência de instrução pode durar dias ou mesmo semanas, a depender da quantidade de testemunhas arroladas, da complexidade da controvérsia entre diversos outros fatores. O Tribunal Arbitral, em conjunto com as partes, deve definir com precisão o cronograma de oitiva, levando em consideração as agendas de todos os envolvidos, incluindo advogados, testemunhas e peritos. A clareza na estruturação do procedimento não apenas facilita o andamento da audiência, mas também previne adiamentos e interrupções, que poderiam comprometer a fluidez do processo. Exatamente por essa razão, uma

⁹¹ Antonias Dimolitsa bem esclarece a relevância da prova oral para a arbitragem, determinando que: “[a] prova oral também atende a outra necessidade do Tribunal Arbitral, que está ligada à própria natureza da arbitragem, ou seja, a de conhecer as pessoas envolvidas na relação contratual, a fim de obter uma melhor compreensão, agir de forma mais eficiente e avançar de maneira mais eficaz para a formação de sua convicção.” (DIMOLITSA, Antonias. *Giving evidence: Some reflections on oral evidence vs documentary evidence and on the obligations and rights of the witnesses*. In: LÉVY, Laurent; VEEDER, V. V.. *Arbitration and Oral Evidence*. Paris: ICC Publishing S.A., 2004, p. 13. – tradução nossa).

boa organização e designação da audiência com antecedência se mostram indispensáveis para que ocorra eficientemente⁹².

4.1. DEPOIMENTO PESSOAL

O depoimento pessoal caracteriza-se como uma das espécies de prova oral e consiste na oitiva da parte perante os árbitros, com o objetivo de esclarecer os fatos alegados em manifestações apresentadas pelas partes. Trata-se de ato de natureza personalíssima, razão pela qual terceiros – ainda que investidos de poderes especiais – nunca poderão depor em nome da parte durante a audiência⁹³. Nesse contexto, a intimação pessoal da parte é imprescindível para que o depoimento se materialize.

Em caso de ausência da parte depoente em audiência, o árbitro levará em conta o seu comportamento, em cotejo com os demais meios de prova⁹⁴. Trata-se de sistemática completamente diversa daquela adotada pelo sistema processual civil, em que a parte que deixar de se apresentar para prestar o depoimento incorre em pena de confissão⁹⁵. É que, em sede arbitral, inexistente presunção de

⁹² “É geralmente prudente agendar as audiências com bastante antecedência, para garantir que o Tribunal, as partes e os advogados estejam todos disponíveis e para permitir margem para possíveis atrasos no cronograma pré-audiência. Em praticamente todos os casos, as partes e o Tribunal procurarão acordar datas mutuamente aceitáveis, muitas vezes em paralelo com a audiência processual inicial. A data da audiência geralmente precisará acomodar o Tribunal Arbitral (geralmente composto por três pessoas), os advogados de duas (ou, muitas vezes, mais) partes, os representantes das partes e as testemunhas relevantes, bem como (potencialmente) feriados nacionais ou religiosos. Na maioria dos casos, todas as pessoas envolvidas têm agendas ocupadas, que envolvem viagens e outros compromissos. Simplesmente encontrar uma data em que todas as pessoas relevantes possam estar na mesma cidade por um número predeterminado de dias pode ser um desafio – especialmente porque o Tribunal inicialmente reluta em ordenar uma audiência em uma data à qual uma das partes se oponha.” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2021, pp. 2437-2438 – tradução nossa).

⁹³ MONTENEGRO FILHO, *op. cit.*, p. 257.

⁹⁴ “Art. 22 §2. Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

⁹⁵ Alexandre Freitas Câmara explica que: “[a] ‘pena de confesso’ nada mais é do que uma confissão ficta. Em outras palavras, caso a parte, regularmente intimada, injustificadamente não compareça (ou compareça mas se recuse a depor), o juiz, ao valorar a prova, considerará que o silêncio da parte equivale à confissão dos fatos sobre os quais ela iria depor, devendo valorar este comportamento ensejador da confissão ficta no conjunto geral da prova e, ao decidir o mérito,

veracidade⁹⁶, porque a parte *não* é obrigada a depor. Isto é expressão do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo⁹⁷. Exatamente por essa razão, inexistindo convenção em sentido contrário, a parte que deixar de comparecer à audiência não pode ser a ela coercitivamente conduzida, como ocorre com a testemunha.

Em seu aspecto finalístico, o depoimento pessoal é um meio de prova que se desdobra em duas dimensões distintas: uma voltada para os árbitros e outra voltada para as partes. Quanto aos árbitros, o depoimento pessoal complementa e esclarece pontos trazidos nas alegações escritas. Há, assim, uma elucidação sobre os fatos da causa, para confirmação de tudo o que está exposto pelo conjunto probatório trazido pelas partes⁹⁸. Quanto às partes, o depoimento pessoal permite que se obtenha, pela oitiva da parte contrária, a confissão acerca de uma ou mais afirmações feitas no processo⁹⁹. Em outras palavras, o depoimento pessoal é um ato voltado à obtenção, pela contraparte, da confissão do depoente. Isso porque eventuais contradições ou confissões no depoimento servirão como instrumento de convencimento do julgador. É equivocado, portanto, o entendimento por vezes defendido de que o depoimento pessoal seria um direito da parte de ser ouvida, já que o que a parte *alega* é simplesmente uma alegação e nunca uma prova¹⁰⁰.

manifestar-se expressamente sobre a avaliação que faça dessa sanção imposta ao ausente” (“ (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 233).

⁹⁶ TOLENTINO, Augusto; FERRAZ, Cláudia. A presunção de veracidade à luz da Lei de Arbitragem. In: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-9.3.

⁹⁷ Trata-se do direito ao silêncio e à não autoincriminação, especificamente assegurado pelo artigo 5.º, LXIII, da Constituição Federal.

⁹⁸ BERTOLANI, Lilian Elizabeth Menezes. A Importância da Prova Oral para a Arbitragem – Uma Análise Comparativa em face do Processo Civil e Direito Comparado, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 71/2021, pp. 39-67, out-dez./2021, p. 48.

⁹⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. *Curso de Direito Processual Civil: Tutela de Conhecimento*. Vol. 2.. São Paulo: Editora Verbatim, 2016, p. 336.

¹⁰⁰ Sobre este ponto, Rodrigo Ramina de Lucca esclarece que “[d]a mesma forma que o tribunal arbitral não pode considerar provado um fato porque foi alegado pela parte em uma de suas petições da fase postulatória, também não pode considerar provado um fato porque ratificado pela parte, em seu favor, em depoimento pessoal. O que a parte alega, por si ou por seu advogado, é uma alegação, jamais uma prova. Esse é um imperativo lógico de toda relação processual” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem. In: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.4).

Em seu aspecto procedimental, o depoimento pessoal será tomado em dia, local e horas previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros¹⁰¹. É cada vez mais frequente, contudo, que a prova oral seja colhida por meio da gravação integral da audiência, acompanhada ou não de estenotipia, com transcrição posterior¹⁰². Esse método torna a obtenção da prova mais ágil e abrangente, permitindo que se registre tudo o que foi efetivamente dito e debatido durante a audiência de instrução. Nesses casos, as assinaturas relevantes serão realizadas em documento próprio, com a descrição do procedimento utilizado para sua realização. É perfeitamente possível, ainda, que o depoimento seja colhido à distância, quando não for possível o tomar em dia, local e horas previstas para tanto.

Em geral, a parte depoente costuma ser inquirida pelo advogado que representa o seu adversário ou pelos próprios árbitros. Excepcionalmente, a parte pode ser inquirida também pelo seu advogado, o que ocorre para esclarecer algum ponto que não tenha restado claro em seu depoimento, melhor elucidando o contexto que permeia a pergunta que o advogado da parte contrária lhe tiver dirigido. O processo é, portanto, despido de qualquer formalismo, porque inexistente a necessidade de intermediação do julgador, o que evidentemente influencia a dinâmica do depoimento.

4.2. PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal é também espécie de prova oral e, por isso, deve ser produzida em audiência de instrução¹⁰³. É modalidade de prova obtida por um testemunho de terceiro pretensamente imparcial. O seu objetivo é a reconstrução histórica ou a representação narrada de fatos relevantes para o julgamento,

¹⁰¹ “Art. 22 § 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

¹⁰² CAHALI, *op. cit.*, p. RB-9.6.

¹⁰³ LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2006, p. 124.

ocorridos anteriormente e sabidos pela testemunha ou percebidos com seus próprios sentidos¹⁰⁴.

Em um processo judicial ou arbitral, a utilidade do testemunho depende do discernimento, da memória e da honestidade do depoente. É requisito fundamental o discernimento da testemunha, para que bem atue quando os fatos ocorrem, percebendo e compreendendo os acontecimentos, seja um fato único e isolado, seja uma série de fatos e eventos que se repetem em determinados momentos e situações. Os recursos da memória, por sua vez, devem ser livres, desprovidos de incentivos por terceiros e não podem ser seletivos em busca de cenários melhores ou piores para os interesses das partes, especialmente daquela responsável por sua convocação ao processo. É também requisito fundamental a honestidade do depoente, cujo relato deve se ater à memória e aos fatos ali registrados. Naturalmente, com o decurso do tempo, a memória se corrompe, o que ressalta a importância da honestidade, em que o depoente relata apenas os fatos que ali restaram, sem espaço para recriar, ainda que de boa fé, o que se apagou¹⁰⁵.

Em linhas gerais, a prova testemunhal é sempre admissível. Em sede de arbitragem, *qualquer* pessoa pode ser indicada como testemunha pelas partes, inclusive seus representantes e seus empregados¹⁰⁶. Em qualquer caso, os árbitros devem ponderar os potenciais conflitos de interesse entre as testemunhas e as partes por ocasião da proximidade existente entre elas, sopesando utilidade e a qualidade do respectivo testemunho ao determinar o valor probatório das declarações daquele que possuir algum tipo de ligação mais ou menos estreita com uma das partes ou possível interesse no deslinde do procedimento¹⁰⁷. Em outras palavras, o árbitro pode exercer a sua discricionariedade para apurar a necessidade ou a conveniência de tomar o depoimento de testemunha e de decidir aquelas que efetivamente deverão ser ouvidas, assim como podem dispensar o depoimento se

¹⁰⁴ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, p. RB-2.1.

¹⁰⁵ HUCK, Marcelo Hermes. Testemunhas na Arbitragem: Tópicos Dissonantes. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al (orgs.). *Arbitragem e Processo: Homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 700.

¹⁰⁶ WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 927-928..

¹⁰⁷ MAIA, Alberto Jonathas. Utilização das Regras de Praga e da IBA Rules on the Taking of Evidence. In: LESSA NETO. João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-22.10.

entenderem que determinado fato já está devidamente esclarecido por provas documentais ou testemunhas já ouvidas.

A testemunha pode ser arrolada pela parte ou requisitada a comparecer de ofício pelo próprio Tribunal Arbitral¹⁰⁸. Evidentemente, se intimadas, as testemunhas devem obrigatoriamente comparecer em audiência, em função do seu dever de colaboração com a justiça. O seu comparecimento poderá ser excepcionalmente dispensado quando houver grave risco ao cônjuge ou aos parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral em segundo grau, ou quando, por estado ou profissão, a testemunha deva guardar sigilo sobre elementos que permeiam a controvérsia¹⁰⁹, ocasião em que poderá se esquivar de depor. Há, pois, obrigatoriedade de participação da testemunha, sob pena de condução coercitiva, inclusive mediante uso de força policial, que será promovida por meio de ordem coercitiva do Poder Judiciário¹¹⁰.

Trata-se de expressão da relação de cooperação entre as esferas judicial e arbitral, inexistindo entre elas qualquer vínculo de subordinação. Isso porque o árbitro não goza de poderes coercitivos ou mesmo executórios, sendo necessário que os árbitros solicitem a sua intervenção com a única finalidade de ordenar o comparecimento da testemunha, cujo não cumprimento implicará a sua condução sob vara¹¹¹. Naturalmente, antes de se socorrerem da intervenção do juízo estatal, os árbitros devem explorar alternativas que incitem as partes a trazer provas sem qualquer coerção. É possível, por exemplo, que estipulem multas para o período em que a determinação não for cumprida, ou estimular a parte que arrolou a testemunha deve concentrar esforços para seu comparecimento.

Se malsucedidas todas as alternativas, a comunicação para que o órgão jurisdicional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, do ato solicitado pelo árbitro se efetua mediante carta arbitral¹¹². Em

¹⁰⁸ VISCONTE, Debora; RICCIO, Karina. In: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (coords.). *Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 255.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 246.

¹¹⁰ CAHALI, *op. cit.*, p. RB-9.7.

¹¹¹ LEVY, Daniel. As Interações entre Poder Judiciário e Arbitragem. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 329.

¹¹² "Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial,

cumprimento da carta arbitral, o juiz togado jamais poderá reapreciar a necessidade de prova, somente verificar a regularidade de investidura do árbitro, para então deferir o pedido por ele formulado. A carta arbitral será cumprida em segredo de justiça, em respeito à confidencialidade da arbitragem¹¹³ – que, como visto, é uma de suas características mais atraentes para as partes. Em qualquer caso, o árbitro deverá avaliar a conveniência de se determinar a coerção da testemunha, uma vez que essa medida consome tempo do procedimento arbitral.

Uma vez conduzida à audiência ou comparecendo de forma espontânea, a testemunha passa a ser ouvida pelo Tribunal Arbitral. Em geral, as testemunhas do requerente são ouvidas primeiro e são interrogadas diretamente pelos advogados sobre a supervisão dos árbitros, embora possam também intervir a qualquer tempo¹¹⁴. Nenhuma das testemunhas pode estar presente na sala de audiência enquanto se colhe o depoimento das outras. Isso ocorre para manter ilesa a imparcialidade da testemunha, que deve depor com lisura sobre os fatos que tenha conhecimento¹¹⁵. É nesta ocasião que as partes e os árbitros podem adotar a técnica de inquirição direta (“*direct examination*”) ou inquirição cruzada (“*cross examination*”).

A inquirição direta consiste na inquirição da testemunha diretamente pelo advogado da parte que a arrolou¹¹⁶. Trata-se de interrogatório cujo escopo é a construção de seu testemunho, em que a testemunha narra o que vivenciou com relação ao caso e que pode ser útil para a solução da controvérsia. As perguntas

de ato solicitado pelo árbitro.” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

¹¹³ “Art. 22-C. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.” (BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900).

¹¹⁴ Há, neste ponto, uma certa divisão quanto a abordagem de testemunhas pelo sistema da *common law* e pelo sistema da *civil law*. Alberto Jonathas Maia enuncia as distinções, esclarecendo que “[e]nquanto neste o advogado sugere ao julgador as perguntas que devem ser feitas às testemunhas, de modo que o julgador pode dar a sua própria roupagem (às vezes, desfigurando completamente) para o questionamento, naquele a testemunha é interrogada diretamente pelo advogado sob a supervisão geral do árbitro” (MAIA, *op. cit.*, p. RB-22.10).

¹¹⁵ VERÇOSA, Fabiane. A Produção de Provas. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 238.

¹¹⁶ *Ibid.*

formuladas durante a inquirição direta devem ser abertas e não devem induzir a uma resposta específica ou a determinada conclusão¹¹⁷.

A inquirição cruzada, por sua vez, consiste em interpelar diretamente a testemunha trazida pela parte adversa¹¹⁸, “com o fim de testar a sua credibilidade e obter a admissão de fatos favoráveis a seu cliente”¹¹⁹. O objetivo é demonstrar aos árbitros que a testemunha inquirida não tem conhecimento real ou mesmo correto dos acontecimentos¹²⁰. É tentar reduzir o impacto do depoimento resultante da inquirição direta, retirando-lhe a credibilidade e alterando a percepção do Tribunal Arbitral sobre a prova do adversário¹²¹. A inquirição cruzada não é obrigatória, sendo de bom alvitre que o advogado da parte reflita sobre a utilidade de interrogar uma determinada testemunha no caso concreto. É que, se não se vislumbrar quaisquer benefícios, a inquirição cruzada pode se revelar arriscada, porque a testemunha pode simplesmente reforçar os pontos por ela suscitados durante a inquirição direta. As perguntas podem ser fechadas e podem, também, induzir a uma determinada conclusão¹²². Em meio a esse cenário, o uso da técnica de inquirição cruzada é objeto de críticas, porque os advogados da parte interrogadora se encontram mais preocupados com a desqualificação a testemunha da parte adversa, que com a apuração da verdade¹²³.

Em razão da belicosidade inerente ao procedimento de inquirição cruzada, o Tribunal Arbitral deve sempre se atentar à condução da audiência, impondo limites para que o interrogatório se dê testemunhas com respeito¹²⁴. A urbanidade

¹¹⁷ CARRETEIRO; Mateus Aimoré; SOUSA, Barbara Gaudencio Tavares de. Prova oral na arbitragem: aspectos práticos. In: LESSA NETO. João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-14.8.

¹¹⁸ CORRÊA, Leonardo. Cross-examination e narrativa. In: LESSA NETO. João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-15.3.

¹¹⁹ BERTOLANI, *op. cit.*, p. 52.

¹²⁰ MAIA, *op. cit.*, p. 22.12.

¹²¹ O'Malley, Nathan D. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. 2. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2019, p. 239.

¹²² CARRETEIRO; SOUSA, *op. cit.*, p. RB-14.9.

¹²³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos Fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 69.

¹²⁴ José Emilio Nunes Pinto reforçou a necessidade de os árbitros zelarem pelas testemunhas, esclarecendo que “[i]ntimadas ou não pelos árbitros, as testemunhas desempenham papel de colaboradoras com a condução do procedimento arbitral. Portanto, essas testemunhas estão sob os cuidados e proteção dos árbitros. Por outro lado, e na medida em que a prova é produzida em

com a qual devem ser tratadas todas as testemunhas ressalta a necessidade de cuidadosa supervisão dos árbitros, bem como o dever de atenção dos advogados com a cordialidade e o respeito¹²⁵, que deve permear todo o procedimento arbitral.

Uma vez colhidos os depoimentos, o Tribunal Arbitral deve examiná-los cuidadosamente observando não apenas as palavras ditas, mas também o comportamento e a postura do depoente durante a audiência. É essencial que o Tribunal considere a idoneidade e a credibilidade do depoente, bem como a coerência e a consistência de suas respostas ao longo do interrogatório, avaliando possíveis contradições ou omissões¹²⁶. Essa análise detalhada permite ao Tribunal Arbitral formar uma convicção mais sólida, pautada não apenas no conteúdo técnico das respostas, mas também pelas impressões subjetivas colhidas do testemunho, que podem revelar informações cruciais para o desfecho do processo. O testemunho assume, portanto, um papel determinante na construção da decisão arbitral, contribuindo diretamente para a formação de um julgamento justo e equilibrado.

4.2.1. DEPOIMENTO ESCRITO DE TESTEMUNHAS (“WITNESS STATEMENTS”)

A prova testemunhal não se restringe à oitiva de testemunhas durante a audiência de instrução. É possível que, em determinadas ocasiões, as testemunhas apresentem depoimentos escritos (“*witness statements*”). Trata-se de documento formal em que a testemunha relata os acontecimentos pertinentes à controvérsia¹²⁷. Em outras palavras, o *witness statement* é o depoimento escrito da testemunha, contendo as declarações que prestaria oralmente para o Tribunal Arbitral. Os depoimentos são assinados pela testemunha, sempre sob a declaração de estar falando a verdade¹²⁸. Nesse contexto, o contato pessoal com as partes e com os

favor dos árbitros e em prol da formação de sua convicção quanto à verdade material dos fatos, parece evidente que devam ser respeitadas, protegidas e cuidadas. E essa função deve ser exercida pelos árbitros com os quais elas colaboram”(NUNES PINTO, Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem, *op. cit.*, pp. 23-24).

¹²⁵ “Evidentemente que, por sua própria natureza, a inquirição cruzada pode exaltar os ânimos dos presentes em audiência, mas o(a) advogado(a) jamais deve discutir com as testemunhas” (CARRETEIRO; SOUSA, *op. cit.*, p. RB-14.1).

¹²⁶ LOPES, *op. cit.*, p. 126.

¹²⁷ CARMONA, *op. cit.*, p. 321.

¹²⁸ CARRETEIRO; SOUSA, *op. cit.*, p. RB-14.6.

árbitros somente acontece em um segundo momento, com a oitiva em audiência, quando se sujeitarão ao procedimento de inquirição cruzada¹²⁹. Evidentemente, se a testemunha deixar de comparecer em audiência para a inquirição cruzada, quando solicitado pela outra parte, o seu depoimento escrito poderá ser reputado inadmissível pelo Tribunal Arbitral¹³⁰. Em ocasiões muito excepcionar, os Tribunais Arbitrais podem concordar em considerar depoimentos exclusivamente escritos¹³¹.

O objetivo do depoimento escrito é substituir, em grande parte ou em sua totalidade, o exame direto da testemunha pelo advogado da parte que a arrolou, poupando tempo e recursos na audiência de instrução¹³². Isso porque delimita os limites da controvérsia e os pontos acerca dos quais cada testemunha pode depor, permitindo que o advogado da parte contrária e os árbitros possam se preparar com antecedência para lhes fazer perguntas bem elaboradas e direcionadas, evitando o desperdício de tempo com pontos que a testemunha desconhece ou sobre os quais não traria qualquer contribuição. Dessa forma, reduzem-se as assimetrias informativas, trazendo maior qualidade para a produção probatória durante o depoimento oral. Trata-se de meio de prova que evita surpresas¹³³, constrangimentos e que proporciona notável economia processual, uma vez que permite aos árbitros apurar a necessidade e o escopo de oitiva de determinada testemunha em audiência¹³⁴. Há, portanto, um aumento da eficiência do procedimento arbitral, porque se reduz a duração das audiências de instrução.

¹²⁹ OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Depoimento escrito (witness statement) na arbitragem internacional. In: LESSA NETO. João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-17.2.

¹³⁰ É o que bem denota Robert Pietrowski: “[a] falta da testemunha em comparecer para a inquirição cruzada, quando solicitado pela outra parte, afetará o peso atribuído ao seu depoimento escrito pelo tribunal e poderá resultar na consideração desse depoimento como inadmissível.” (PIETROWSKI, ROBERT. Evidence in International Arbitration. *Arbitration International*, vol. 22/3, pp. 373-410, set./2006, p. 395).

¹³¹ BARROS; KLEIMAN, *op. cit.*, p. RB-26.3.

¹³² *Ibid.*

¹³³ CARMONA, *op. cit.*, p. 43.

¹³⁴ É o que esclarecem Leonardo Ohlrogge e Rodrigo Saydelles: “[...] pode não haver necessidade de ouvir a testemunha em audiência quando os fatos relatados se mostrarem incontroversos ou irrelevantes durante o curso do procedimento. Ainda, o depoimento escrito é capaz de substituir, total ou parcialmente, a inquirição oral da testemunha. A oitiva de testemunhas sem prévio depoimento escrito pode tornar as audiências significativamente mais morosas em arbitragens envolvendo matérias complexas. Desta forma, a sua utilização contribui para a redução do tempo de audiência, permitindo que o foco do depoimento oral seja o exame da testemunha pela parte contrária.” (OHLROGGE; SAYDELLES, *op. cit.*, p. RB-17.2). Sobre o assunto, ver também:

Em que pesem essas vantagens, a admissibilidade dos depoimentos escritos encontrou forte resistência em comunidades arbitrais originárias de sistemas de *civil law*. A principal razão para essa relutância em adotar o depoimento escrito era a falta de controle sobre sua produção, impedindo que se identificasse a extensão da interferência do advogado sobre a testemunha e, conseqüentemente, minorando a sua credibilidade¹³⁵. Ocorre que, com a prática bem-sucedida em meio a arbitragem internacional, os depoimentos escritos se tornaram razoavelmente bem aceitos e estão sendo utilizados cada vez mais em meio a prática arbitral doméstica¹³⁶.

A apresentação do depoimento escrito durante a audiência de instrução, por sua vez, configura-se como uma questão eminentemente estratégica. Em qualquer caso, dada a autonomia das partes, é perfeitamente possível que modulem os requisitos e do momento de submissão dos depoimentos escritos¹³⁷. Naturalmente, a ótica do advogado é que isso deva ocorrer o mais rapidamente possível, logo que forem conhecidos os pontos em disputa e os fatos a serem comprovados¹³⁸. O Tribunal Arbitral também pode solicitar a submissão dos depoimentos escritos em outros momentos, conforme peculiaridades do caso concreto¹³⁹. Trata-se de mais uma expressão de seu amplo poder instrutório, sempre com o fito de assegurar a máxima eficiência e celeridade do procedimento arbitral.

Em vista de todo o exposto, é possível perceber que os depoimentos escritos representam uma incorporação bem-sucedida da prática de *common law* nos procedimentos arbitrais. Isso porque, enquanto nada se perde com a apresentação das declarações escritas, muito se tem a ganhar em termos de eficiência e celeridade, dada a possibilidade de preparação dos árbitros e advogados para esse momento tão importante e crucial para o procedimento, sobretudo a audiência de instrução. Em relação às testemunhas, o depoimento

SCHLAEPFER, Anne Véronique. Witness Statement. In: VEEDER, V. V.. *Arbitration and Oral Evidence*. Paris: ICC Publishing S.A., 2004, p. 65.

¹³⁵ CARMONA, *op cit.*, p. 321.

¹³⁶ BARROS; KLEIMAN, *op. cit.*, p. RB-26.9.

¹³⁷ OHLROGGE; SAYDELLES, *op. cit.*, p. RB-17.5.

¹³⁸ SCHLAEPFER, *op. cit.*, p. 66.

¹³⁹ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 570.

escrito também se revela ideal, reduzindo a margem para surpresas e constrangimentos durante a audiência. Dessa forma, os depoimentos escritos não apenas melhoram a dinâmica da audiência, mas também promovem um ambiente mais justo e equitativo para todas as partes envolvidas.

4.2.2. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS TÉCNICAS (“EXPERT WITNESS”)

Há ainda uma outra categoria específica de testemunhas que podem ser ouvidas pelas partes e pelos árbitros: as testemunhas técnicas (“expert witnesses”). Essas testemunhas, geralmente peritos ou especialistas em determinado campo, são convocadas para esclarecer questões de natureza técnica que ultrapassam o conhecimento comum dos julgadores. Os especialistas opinam e tecem comentários sobre pontos específicos do caso concreto e, bem assim, são escolhidos por seu conhecimento, habilidade, experiência, treinamento e/ou educação¹⁴⁰.

Em contraste com as testemunhas fáticas, essas testemunhas não relatam fatos ou ocorrências concretas, pois não presenciaram nem tiveram conhecimento direto dos acontecimentos envolvidos na demanda¹⁴¹. Trata-se de profissionais cuja contribuição consiste em oferecer uma interpretação técnica dos argumentos suscitados pelas partes, com o objetivo de auxiliar os árbitros a entenderem controvérsia com adequada profundidade¹⁴². É um indivíduo que não tem relação com as partes ou com as questões controvertidas, embora tenha conhecimento especializado acerca da matéria em discussão, e que possa, assim, oferecer esclarecimentos técnicos aos árbitros¹⁴³.

O especialista pode ser indicado pelas partes ou pelos próprios árbitros¹⁴⁴. Entretanto, a indicação de testemunhas técnicas pelos próprios árbitros é objeto de críticas em âmbito arbitral. Há doutrinadores que entendem que, ao diretamente

¹⁴⁰ KREINDLER, Richard H. Benefiting from oral testimony of expert witnesses: Traditional and emerging techniques. In: VEEDER, V. V.. *Arbitration and Oral Evidence*. Paris: ICC Publishing S.A., 2004, p. 94.

¹⁴¹ MAIA, *op. cit.*, p. RB-22.13.

¹⁴² VERÇOSA, *op. cit.*, p. 243.

¹⁴³ BARROS, KLEIMAN, *op. cit.*, p. RB-26.6.

¹⁴⁴ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKBY, Nigel; QC PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 405.

nomearem especialistas, os árbitros estariam comprometendo a imparcialidade que é inerente à sua função, aproximando-se indevidamente do papel das partes¹⁴⁵. Em consonância com essa linha de pensamento, a escolha de um perito deveria ser de responsabilidade exclusiva das partes. Em qualquer caso, espera-se que os especialistas sejam independentes e objetivos¹⁴⁶.

Uma vez designados os especialistas, iniciar-se-á a sua inquirição. Em sua manifestação os experts poderão socorrer-se de apresentações, gráficos e auxílio audiovisual, para que seus ensinamentos possam ser mais bem absorvidos e compreendidos pelos membros do Tribunal Arbitral¹⁴⁷. Há ainda a possibilidade de adotar-se outros sistemas para facilitar essa oitiva e dirimir dúvidas técnicas, com a combinação de diversas técnicas em um mesmo tipo prova. É o caso do *hot tubbing*, em que há inquirição de vários especialistas de disciplinas afins ao mesmo tempo, colocando-os em confronto, contrastando diretamente os pontos de vista uns dos outros na audiência¹⁴⁸. Nesse contexto, os assistentes técnicos podem explicar os motivos pelos quais divergem, apresentar suas razões e se contrapor aos argumentos do outro técnico, estimulados pelo Tribunal Arbitral e pelos patronos das partes, para a elucidação dos pontos controvertidos em aberto. Naturalmente, a sobreposição de argumentos oriundos de especialistas permite que os árbitros compreendam melhor cada posição¹⁴⁹, utilizando-se de sua persuasão racional para chegar a uma conclusão fundamentada para dirimir a controvérsia.

A figura das testemunhas técnicas no âmbito da arbitragem representa, portanto, uma ferramenta valiosa para o esclarecimento de questões complexas que vão além do conhecimento comum dos árbitros. A possibilidade de ouvir especialistas, seja indicada pelas partes ou pelos próprios árbitros, oferece uma profundidade analítica crucial para a resolução de disputas, desde que a

¹⁴⁵ “Não vemos com bons olhos esse tipo de prova quando os peritos são indicados pelos árbitros. Se há produção de prova pelo árbitro, ainda que se considere o especialista independente, o julgador deixa sua qualidade de terceiro imparcial e, indevidamente, assume um papel que não lhe pertence” (MAIA, *op. cit.*, p. RB-22.13).

¹⁴⁶ PIETROWSKI, *op. cit.*, p. 397.

¹⁴⁷ BARROS; KLEIMAN, *op. cit.*, p. RB-26.1.

¹⁴⁸ BERTOLANI, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁹ CREMADES, Bernardo. The Expert Witness in International Arbitration. In: BETANCOURT, Julio Cesar. *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 192.

imparcialidade dos julgadores seja preservada. As testemunhas técnicas, ao apresentarem suas análises e interpretações, não apenas enriquecem o debate, como também garantem que os árbitros tenham acesso a informações fundamentais para a tomada de decisões. É também meio de prova que comporta a utilização de métodos inovadores, o que reforça a melhor elucidação das questões controvertidas e, conseqüentemente, a solução da controvérsia.

5. CONCLUSÃO

A prova oral destaca-se como um elemento central no procedimento arbitral, refletindo a essência da arbitragem: a busca pela verdade material de maneira célere e eficiente. Em meio a esse cenário, a audiência de instrução desempenha um papel fundamental, permitindo não apenas a exposição das alegações pelas partes, mas também a avaliação direta dos depoimentos pessoais, testemunhais e técnicos. Essa dinâmica favorece a formação de um convencimento sólido por parte dos árbitros, que, ao longo do processo, têm a oportunidade de confrontar versões, aprofundar argumentos e extrair elementos decisivos para a solução da controvérsia.

A flexibilidade inerente ao procedimento arbitral propicia uma construção colaborativa entre partes e árbitros, adaptando o rito às especificidades de cada caso. Essa característica facilita a adoção de práticas modernas e inovadoras, como o *direct examination*, o *cross-examination* e o *hot tubbing*, que ampliam as possibilidades de análise e reduzem eventuais assimetrias informativas. Assim, a arbitragem se distanciando das amarras do formalismo estatal, garante às partes maior liberdade na produção das provas, ao mesmo tempo em que preserva os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Não obstante a autonomia que permeia o procedimento, a colaboração com o poder judiciário é indispensável em determinados momentos, especialmente para assegurar a condução coercitiva de testemunhas que não comparecerem à audiência e garantir a eficácia das decisões arbitrais. Essa interação entre esferas não implica subordinação, mas sim uma cooperação necessária para garantir a legitimidade e a segurança jurídica do procedimento, conferindo às partes a confiança de que seus direitos serão plenamente tutelados e que o processo transcorrerá de maneira eficiente.

Em vista do exposto, a relevância da prova oral no procedimento arbitral vai além da simples apresentação de argumentos ou narrativas factuais. Ela se manifesta na capacidade de criar um ambiente em que a verdade emerge de forma clara e precisa, contribuindo para a prolação de decisões justas e bem fundamentadas. Exatamente por essa a arbitragem se consolidou como um método ágil e sofisticado de resolução de conflitos, proporcionando às partes não apenas

uma solução eficiente, mas também a certeza de que suas demandas foram cuidadosamente consideradas e resolvidas de maneira equânime e transparente. A confiança nas instituições arbitrais é naturalmente fortalecida por essa perspectiva, o que estimula a adoção desse método como uma alternativa viável e desejável em relação ao judiciário tradicional. O procedimento arbitral emerge, portanto, como um instrumento eficaz para a pacificação social e para o fortalecimento do respeito mútuo entre as partes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Yuri Maciel. Os poderes instrutórios do árbitro na instrução probatória. *In: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

AZEVEDO NETO, Mauro Cunha. Introdução ao Procedimento Arbitral. *In: MAIA NETO, Francisco et al (coords.). Perícias em Arbitragens*, 2. Ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2019.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica jurídica para uso das Faculdades de Direito do Brazil*. 8. Ed., São Paulo, Saraiva 1935.

BARBOSA, Henrique Cunha. Arbitragem Societária. *In: LEVY, Daniel et al. Curso de Arbitragem.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de; KLEIMAN, Vânia Wongtschowski. A audiência de instrução na arbitragem: Importância, organização e aspectos polêmicos. *In: Wald, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coords.). 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Sinopses jurídicas: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3. Ed., v. 11. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas Introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *In: WALD, Arnoldo. Doutrinas essenciais - Arbitragem e Mediação*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BERTOLANI, Lilian Elizabeth Menezes. A Importância da Prova Oral para a Arbitragem – Uma Análise Comparativa em face do Processo Civil e Direito

Comparado, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 71/2021, pp. 39-67, out-dez./2021.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2021.

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 186, 26 set. 1996, Seção 1, p.18897-18900.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 51, 17 de mar. 2015, Seção 1, p. 1-51.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/>. Acesso em: 19 mai. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRETEIRO; Mateus Aimoré; SOUSA, Barbara Gaudencio Tavares de. Prova oral na arbitragem: aspectos práticos. In: LESSA NETO. João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1958.

CREMADES, Bernardo. The Expert Witness in International Arbitration. In: BETANCOURT, Julio Cesar. *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ELIAS, Carlos. O Árbitro. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FARIA, Marcela Kohlbach de. A Produção de Prova no Procedimento Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 32/2012, pp. 207-226, jan-mar./2012.

FERREIRA, William Santos. Critérios Objetivos para Máxima Eficiência nos 6 (seis) Momentos da Prova: Requerimento; Deferimento ou Determinação; Produção; Valoração ou Fundamentação e Ônus da Prova. In: JOBIM, Marcos Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. *Fundamentos Objetivos e o Novo Processo Civil Brasileiro*. Londrina: Thoth, 2021.

FERREIRA, William Santos. Das Provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FUX, Rodrigo. *Direito Processual Civil e Arbitragem Nacional: uma proposta de diálogo à luz da Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

HUCK, Marcelo Hermes. Testemunhas na Arbitragem: Tópicos Dissonantes. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al (orgs.). *Arbitragem e Processo: Homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e Administração Pública. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KREINDLER, Richard H. Benefiting from oral testimony of expert witnesses: Traditional and emerging techniques. In: VEEDER, V. V.. *Arbitration and Oral Evidence*. Paris: ICC Publishing S.A., 2004.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios Aplicáveis à Arbitragem. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LEITE, Clarrise Frechiani Lara. Persuasão racional e prova documental na arbitragem brasileira. *Revista de Processo*, vol. 321/2021, pp. 395-424, nov./2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEVY, Daniel. As Interações entre Poder Judiciário e Arbitragem. In: LEVY, Daniel et al. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LESSA NETO, João L. *Provas e Arbitragem: Teoria, Cultura, Dogmática e Prova*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem. In: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MAGALHÃES, José Carlos. A evolução da arbitragem no Brasil. In: Wald, Arnaldo; Lemes, Selma Ferreira. *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 496.

MARTINS, Pedro A. Batista. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coords.). *Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MESSA, Ana F.; ROVAI, Armando L. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processo Civil para Concursos Públicos*. 2.^a ed. São Paulo: Método, 2005.

MURIEL, Marcelo. Produção de Provas na Arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.

NANNI, Giovanni Ettore; GUILHARDI, Pedro. Reflexões Sobre a Produção de Provas na Arbitragem: Notas Acerca da Prova Oral, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 78/2023, p. 81 – 112, Jul./Set. 2023.

NERY, Maria Carolina. *Arbitragem e Poder Judiciário: Proposta para um Diálogo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil Comentado*. 13 Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Processo Civil Comentado*. 7 Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES PINTO, José Emilio. Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 6/25, pp. 7-28, jan./mar. 2010.

NUNES PINTO, José Emilio. Um voo rasante sobre a prática arbitral brasileira. In: Wald, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Depoimento escrito (witness statement) na arbitragem internacional. In: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. *Curso de Direito Processual Civil: Tutela de Conhecimento*. Vol. 2. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

O'Malley, Nathan D. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. 2. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2019.

PEREIRA, Guilherme S. J. Procedimento I. *In*: LEVY, Daniel *et al.* *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PIETROWSKI, ROBERT. Evidence in International Arbitration. *Arbitration International*, vol. 22/3, pp. 373-410, set./2006.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKBY, Nigel; QC PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

RICCI, Edoardo F. Evidence in International Arbitration: a Syntetic Glympse. *In*: FERNANDEZ-BALLESTEROS, M. A.; ARIAS, David (coords.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

SCHLAEPFER, Anne Véronique. Witness Statement. *In*: VEEDER, V. V.. *Arbitration and Oral Evidence*. Paris: ICC Publishing S.A., 2004.

SCHREIBER, Anderson. Ônus da Prova e Inferências Negativas em Arbitragem. In: TOLENTINO, Augusto *et al.* *Arbitragem e Outros Temas: Homenagem a Pedro A. Batista Martins*, São Paulo: Quartier Latin, 2023.

SILVA, Eduardo S. Fontes e meios de prova na perspectiva do microsistema da arbitragem. In: Oliveira, C. A. Alvaro. *Prova Cível*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

STRENGER, Irineu. Formação da prova no litígio arbitral. In: CASELLA, Paulo B. *Arbitragem: Lei brasileira e Praxe Internacional*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 1999.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos Fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 521-566, mar. 2015.

TIBURCIO, Carmen *et al.* *Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

TOLENTINO, Augusto; FERRAZ, Cláudia. A presunção de veracidade à luz da Lei de Arbitragem. In: LESSA NETO. João Luiz; GUANDALINI, Bruno (orgs.). *Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

USTÁRROZ, Daniel. *Prova no Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

VERÇOSA, Fabiane. Audiência de instrução: um dos ápices do procedimento arbitral. *In: MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e Outros Temas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2023.

VERÇOSA, Fabiane. A Produção de Provas. *In: LEVY, Daniel et al. Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008.

VISCONTE, Debora; RICCIO, Karina. *In: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (coords.). Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012.

YARSHELL, Flávio. Ação Anulatória. *In: LEVY, Daniel et al. Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.