

A Prova no Processo Arbitral em Direito Português

Manuel Pereira Barrocas

Advogado

1. Introdução
2. O Poder do Árbitro e o Poder do Juiz em Matéria Probatória
 - a. *Auctoritas vs. Potestas*
 - b. Modo de Resolução Judicial de Litígios
 - c. *O Compromisso Essencial* na Arbitragem
3. A Arbitragem e o Código de Processo Civil
4. A Influência da Cultura Jurídica no Exercício da Função Arbitral
5. Generalidades Sobre a Prova em Arbitragem
 - a. Direito Substantivo Probatório e Direito Processual Probatório
 - b. Meios de Prova Utilizáveis
 - c. Prova em Poder de uma das Partes
 - d. Prova em Poder de Terceiro
 - e. Presunções Legais
 - f. As Presunções Arbitrais e o Artigo 351º CC
 - g. Ónus da Prova
6. O Árbitro e a Prova
 - a. Poderes das Partes
 - b. Poderes do Árbitro

- (i) Para Aceitar e Recusar Prova
- (ii) Para Inverter o Ónus da Prova
- (iii) Na Obtenção e Avaliação da Prova
- (iv) Métodos de Obtenção de Prova
- (v) Critérios de Avaliação da Prova
- (vi) Sentença Salomónica
- (vii) Em Geral

- c. Deveres do Árbitro
- d. Auxílio do Tribunal Judicial

- 7. Medidas Cautelares em Matéria de Prova
- 8. Inexistência de Obrigação do Árbitro de Considerar Provado um Facto Alegado por Uma Parte e Não Impugnado Especificadamente pela Outra Parte
- 9. Inexistência de Obrigação do Árbitro de Considerar Provado um Facto ou Confessado o Pedido em Caso de Revelia
- 10. A Questão do Facto Público e Notório em Arbitragem
- 11. A Prova do Direito Consuetudinário, Local e Estrangeiro
- 12. A Prova por Depoimento de Parte em Arbitragem
- 13. A Questão da Prova pelo Conhecimento Pessoal do Árbitro
- 14. A Questão da Conferência pelos Advogados com Testemunhas
- 15. A Admissibilidade de Depoimento Testemunhal Escrito em Arbitragem
- 16. O Registo da Prova em Arbitragem
- 17. A Confidencialidade dos Documentos
- 18. Poder do Árbitro para Receber Juramento ou Compromisso de Verdade de Testemunhas ou de Partes
- 19. Prova Electrónica
- 20. Prova Pericial
- 21. Parecer de Especialista e Audição Subsequente
- 22. O Efeito da Equidade na Admissão e Avaliação da Prova
- 23. A Prova na Arbitragem Internacional
 - a. A Questão da Cultura Jurídica dos Árbitros de Diferentes Nacionalidades e Sistemas Jurídicos

- b. Lei Aplicável Não Escolhida Pelas Partes e o seu Efeito na Prova
- c. A Lei-Modelo UNCITRAL e as Notas UNCITRAL Sobre a Organização de Processos Arbitrais
- d. As Regras de Prova da IBA

1. Introdução

O processo arbitral distingue-se do processo judicial, não tanto quanto aos princípios fundamentais, bastando comparar a similitude dos que estão definidos nas alíneas a), b) e c) do art. 16º da LAV¹ com princípios idênticos do processo civil, mas sobretudo quanto ao regime legal.

Um aspecto fundamental a reter, desde já, deriva do princípio da equiparação do processo arbitral e do processo judicial. Por imperativo natural, o processo arbitral deve poder gozar da mesma eficácia de que goza o processo judicial, quer quanto ao valor jurídico da sentença arbitral, o que sucede em conformidade com o disposto no artigo 26º, número 2., da LAV, quer quanto aos actos processuais praticados ao longo do processo. A não ser assim, o processo arbitral revelaria menor interesse prático do que o processo judicial, contrariando flagrantemente a finalidade e a importância social da arbitragem.

Apesar das diferenças de regime assinaladas entre os dois processos, é, contudo, em matéria de prova que eles mais se aproximam na prática. Efectivamente, a demonstração da verdade dos factos constitui o pressuposto essencial da melhor decisão arbitral que se procura e, nesta matéria, não há muito para discutir sobre as diferenças existentes entre o processo arbitral e o processo judicial.

Muito embora o árbitro não disponha dos meios coercivos de que o juiz dispõe para fazer cumprir as suas decisões interlocutórias, o certo é que este aspecto não prejudica

¹ O artigo 16º da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa (LAV) estabelece o seguinte:

Em qualquer caso, os trâmites processuais da arbitragem deverão respeitar os seguintes princípios fundamentais:

- a) As partes serão tratadas com absoluta igualdade;*
- b) O demandado será citado para se defender;*
- c) Em todas as fases do processo será garantida a estreita observância do princípio do contraditório;*
- d) Ambas as partes devem ser ouvidas, oralmente e por escrito, antes de ser proferida a decisão final.*

2. Na lei portuguesa, como sucede aliás com outras leis estrangeiras, é ao direito substantivo e, em regra, no Código Civil que se contêm as normas reguladoras da prova e, especificamente, sobre o ónus da prova, a enumeração dos meios de prova e a valoração de cada meio de prova (prova bastante, plena e pleníssima). Esta regulação da prova encontra-se contida nos artigos 341º a 396º do Código Civil.

significativamente a eficácia do processo, pois o árbitro dispõe de outros meios que suprem aquela insuficiência.

Conclui-se assim que, quer quanto à espécie dos meios de prova, quer quanto à sua utilização, quer ainda quanto ao regime estabelecido na lei substantiva (artigos 341º a 396º do Código Civil e outras disposições como os artigos 786º e 787º do mesmo diploma) é de aplicar, tanto no processo judicial como no processo arbitral, o mesmo regime legal.

Saliente-se, contudo, que o Código do Processo Civil se mantém à margem deste regime, pois nem a enumeração dos meios legais de prova, nem o seu regime jurídico são definidos por este diploma legal, mas sim pelo Código Civil.

2. O Poder do Árbitro e o Poder do Juiz em Matéria Probatória

a. Auctoritas vs. Potestas

Efectuadas as observações preliminares que se deixam escritas na Introdução, vejamos agora como se caracteriza o poder do árbitro face ao poder do juiz.

Como titular de um órgão de soberania – o tribunal – o juiz dispõe do poder (*potestas*) que a organização do Estado lhe confere para exercer a sua função em plenitude.

Ao contrário, o árbitro não tem esse poder, mas apenas a autoridade (*auctoritas*) própria da sua função de julgador. As partes, ao preferirem a sua intervenção na resolução do litígio à do juiz, conferiram-lhe essa autoridade que a lei lhe reconhece.

Esse reconhecimento é feito, nos casos em que a mera *auctoritas* se revela insuficiente, a par da colocação ao dispor das partes do recurso auxiliar ao poder judicial, como se vê do disposto no artigo 18º, número 2., da LAV.

b. Modo de Resolução Judicial de Litígios

O Estado antevê a possibilidade de todos os litígios entre as partes que pleiteiem em tribunal judicial atingir os limites do seu estado mais agudo. Na verdade, a parte demandada é geralmente conduzida a tribunal contra a sua vontade e só intervém no processo com receio das consequências. O tribunal judicial é, assim, o lugar de eleição da litigância, designadamente dada a falta de predisposição, em geral, de uma ou mais das partes para o litígio ou, ao menos, no mesmo grau de *animus litigandi*.

Ao contrário, na arbitragem as partes estão de acordo em que o litígio seja resolvido por um árbitro e por isso estão, ao menos no momento da celebração do contrato que contém a cláusula compromissória, interessados em cooperar entre si e com o árbitro por forma a que o litígio obtenha uma solução arbitral.

Por aquela razão, o regime legal do processo civil contém, amiúde, ónus, cominações e sanções que trazem os demandados ao processo e, compelem as partes a manterem-se activas no processo civil e, se tal não suceder, a sofrer certas consequências.

c. O *Compromisso Essencial* na Arbitragem

No processo arbitral não existem ónus, cominações ou sanções legalmente fixados.

Cabe assim perguntar: de que se serve, então, o árbitro para obter a colaboração activa no processo das partes, sem prejuízo, obviamente, da defesa dos seus direitos e interesses?

Serve-se, fundamentalmente, de dois instrumentos:

1º Do que denominamos *Compromisso Essencial*, que não é mais do que um acordo implícito entre as partes e o árbitro ou árbitros que constituem o tribunal arbitral no sentido da afirmação do dever de colaboração das partes com estes por forma a não criar entraves desnecessários à regular marcha do processo, a prestação no processo das informações de que disponham e ao fornecimento dos meios de prova em termos idênticos aos que são devidos pelas partes perante o juiz no tribunal judicial.

Na verdade, se as partes preferiram a arbitragem ao tribunal judicial, tendo conhecimento prévio que o árbitro não dispõe dos meios cominatórios ou sancionatórios do juiz, contraria as regras da boa fé se não cooperarem com o árbitro naquele sentido. A isso estão elas obrigadas quer pela convenção de arbitragem, quer

pelo contrato de árbitro e, ainda, pela lei que impõe às partes uma actuação consentânea com a boa fé.

2º Em segundo lugar, por efeito do *Compromisso Essencial*, o árbitro tem o direito de retirar as conclusões que melhor entender, em termos probatórios, da actuação negativa de uma parte. Isso constitui para esta uma cominação, atípica embora, mas eficaz.

O árbitro tem, por isso, o poder, de estabelecer no regulamento de arbitragem do tribunal arbitral esta cominação, como o têm igualmente as instituições de arbitragem no regulamento arbitral próprio.

O árbitro tem ainda o poder de estabelecer ou de concluir pela verificação de outros efeitos no caso de incumprimento pelas partes de certos ónus, bem como o efeito próprio, a título de exemplo, da falta de apresentação de defesa pelo demandado no processo arbitral ou a prática de certos actos contrários ao estabelecido em regulamento arbitral ou na convenção de arbitragem.

3. A Arbitragem e o Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, tal como qualquer outra lei processual, nacional ou estrangeira, não foi pensado, elaborado e publicado para regular a arbitragem em geral e o processo arbitral em particular, sob pena de se transpor para a arbitragem a complexidade, quando não discussões doutrinarias e jurisprudenciais que não têm a ver com a arbitragem, desvirtuando e retirando as vantagens que lhe são próprias.

Como já antes se sublinhou, o CPC obedece a pressupostos e entende-se num contexto bastante diferente do que é próprio da arbitragem.

É certo que o CPC traduz o pensamento de processualistas e, em muitos aspectos, constitui um repositório de importantes ensinamentos da experiência.

Estes valores não devem ser depreciados ou postergados em Arbitragem. Pelo contrário, conceitos trabalhados pelo processo civil como são os da competência, do caso julgado, da litispendência, revelia, excepção, reconvenção e muito outros podem e devem ser utilizados em processo arbitral.

No entanto, utilização de conceitos é uma coisa, outra bem diferente é a aplicação do regime jurídico positivo do CPC para regular os actos processuais arbitrais. Em resumo, o CPC não pode ser aplicado no processo arbitral, nem, em rigor, por via analógica pois não nos parece que procedam no processo arbitral as razões justificativas da regulamentação estabelecida no CPC.

Sem dúvida que o árbitro pode inspirar-se no CPC para, inexistindo normas convencionais estabelecidas pelas partes ou pelo próprio tribunal arbitral em concreto ou regulamentares de uma instituição arbitral a que o processo esteja afecto, aplicar conceitos e mesmo regime idêntico ao estabelecido no CPC na condução do processo arbitral. Mas, isso não só não é feito por via analógica, pois se tal fosse o caso ter-se-ia de admitir que o CPC era susceptível de aplicação à arbitragem, o que não é o caso, como ainda o árbitro tem sempre o poder de seguir solução diversa da apontada pela lei processual civil.

Em matéria de nulidade da sentença arbitral, por exemplo, têm-se visto algumas decisões judiciais proferidas sobre a matéria que tendem a aplicar o CPC na apreciação da validade de sentenças arbitrais, o que se nos afigura totalmente incorrecto.

Na verdade, os casos de nulidade da sentença arbitral estão regulados no artigo 27º, número 1.

Aparentemente, pela sua leitura, parece claro o carácter taxativo das causas legais de nulidade. E, muito embora não concordemos com esta aparente taxatividade,² o certo é que também entre os fundamentos atípicos da nulidade da sentença arbitral não figuram os que se baseiam no CPC para ferir de nulidade uma sentença judicial.

Em resumo, o árbitro, há falta de melhor critério e não existindo norma convencional ou regulamentar da arbitragem em contrário, pode, em geral, inspirar-se no processo civil, mas apenas isso. Não olvidamos o facto de, em boa consciência, o árbitro dever seguir a melhor e mais correcta solução. Não tendo outra melhor, as soluções apontadas pela lei processual civil, embora não obrigatórias para o árbitro, poderão ser, no caso concreto, as mais correctas a seguir. Compete ao árbitro decidir em concreto.

² Ver, a propósito, Manual de Arbitragem, Manuel Pereira Barrocas, Almedina, 2010, §§541 a 557, pág. 512 a 527.

4. A Influência da Cultura Jurídica no Exercício da Função Arbitral

O que acabámos de dizer conduz-nos à questão da importância dos valores da formação e da cultura jurídica do árbitro ou dos árbitros que compõem o tribunal arbitral.

É certo que, tratando-se de tribunal arbitral colectivo, a uniformidade cultural dos árbitros constitui um factor importante na formação da sua decisão, tendencialmente no sentido dos ensinamentos da sua cultura jurídica, isto é, da sua ordem jurídica por eles melhor conhecida. Isto é assim, não necessariamente, como acaba de se ver, por obrigatoriedade de aplicação pelos árbitros dessa lei, mas apenas por isso constituir um efeito natural da sua formação jurídica.

5. Generalidades Sobre a Prova em Arbitragem

a. Direito Substantivo Probatório e Direito Processual Probatório

No plano do direito aplicável, deve pois distinguir-se o Direito Substantivo Probatório do Direito Processual Probatório. O primeiro contém-se genericamente, no direito português, nos artigos 341º a 396º do Código Civil. O segundo, no artigo 513º e seguintes do CPC.

O Direito Substantivo Probatório regula o ónus da prova e os meios legais de prova, designadamente a enumeração dos meios de prova e a valoração tarifada probatória de cada um (prova bastante, plena ou pleníssima). É totalmente aplicável à arbitragem e o árbitro deve observar e fazer cumprir essas disposições legais, desde que, como é o caso da lei portuguesa, seja aplicável a lei substantiva de um determinado estado e nela se contenham as normas do direito probatório referidas.

O Direito Processual Probatório regula a produção de prova em tribunal judicial e, como tal, não é aplicável em arbitragem, salvo se as partes nisso acordarem.

Pode questionar-se se são de aplicação obrigatória pelo árbitro todas as normas jurídicas injuntivas do Direito Substantivo Probatório ou as supletivas relativamente às quais não exista acordo em contrário, com a alegação, segundo alguns comentadores, de que parte dessas normas assumem claramente natureza processual, apesar de se conterem no Código Civil.

Não é, porém, essa a nossa opinião.

Efectivamente, a circunstância de se conterem neste diploma legal constitui um mero argumento formal. Na verdade, o que interessa é o facto de no comércio jurídico quotidiano dos cidadãos, estes terem necessidade de conhecer e ter em conta, no momento da prática dos actos jurídicos, não só as condições de validade formal e substancial e os efeitos jurídicos respectivos, mas também de que meios de prova, e qual o seu valor jurídico, as partes interessadas se devem precaver para os demonstrar, a quem compete o ónus da prova, etc., etc..

Ora, enquanto o Direito Processual Probatório interessa praticamente apenas aos técnicos do Direito (magistrados, advogados e funcionários judiciais), pouco importando às partes conhecê-lo, e é certamente irrelevante no momento da celebração dos contratos ou da prática dos actos jurídicos regulados pelo direito substantivo, o Direito Substantivo Probatório está intimamente ligado à formação da vontade das partes, à sua exteriorização em acto jurídico e aos efeitos respectivos, nomeadamente quanto à sua validade formal e prova da sua existência.

Ora, tudo isto interessa ao trâmite jurídico substantivo fora de qualquer contexto processual judicial e, por isso, e bem, a sua regulação é feita pelo Código Civil.

Figuremos um caso: se não fosse de direito substantivo a fixação do efeito probatório de determinado meio de prova – a prova plena de uma escritura pública, por exemplo, segundo o artigo 371º CC – esse efeito probatório não vincularia o árbitro e, nesse caso, ele poderia entender que a força probatória de uma escritura não seria plena, mas sim, por exemplo, meramente prova bastante. Ora, este adulterado efeito probatório retiraria qualquer importância à escritura pública que passaria apenas a ter valor idêntico à de um vulgar documento particular, podendo por isso ser contrariado por simples prova testemunhal.

Esta solução repugnaria claramente e seria contrária aos valores da segurança jurídica.

Entre as matérias disciplinadas pelas disposições dos artigos 341º a 396º do Código Civil, apenas as presunções do julgador reguladas no artigo 351º C.C. poderiam aparentemente ser qualificadas de natureza processual. Mas, na verdade, nem isso sucede.

Não só porque o seu regime legal também interessa à arbitragem, e não apenas aos tribunais judiciais, mas também o facto de a lei condicionar a sua admissão aos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal regulada pelo Código Civil, motivo que justifica a sua inserção no domínio do Direito Substantivo Probatório.

Numa outra óptica, as normas de direito probatório constantes do Código Civil português, aliás como sucede em grande parte de outros modernos códigos da mesma natureza em vigor noutros países, não se aplicam apenas no âmbito da competência dos tribunais cíveis ou comerciais, mas também nos tribunais administrativos, por exemplo. E, claro está, do mesmo modo no processo arbitral por força da aplicação do direito substantivo na resolução dos litígios a ele sujeitos por decisão das partes ou, supletivamente, por decisão do árbitro.

Ora, a aplicação das normas probatórias contidas no Código Civil fora do processo civil constitui, para além das necessidades próprias da regulação do comércio jurídico das partes antes assinaladas, uma razão adicional que justifica a sua desinserção de qualquer ideia de pertença ao domínio exclusivo do Direito Processual Probatório.

Em conclusão, não é indiferente aos sujeitos jurídicos, cuja actividade é regulada pelo Direito, conhecer e observar o regime regulador dos actos jurídicos que pratica, quer quanto à forma e validade, quer quanto aos efeitos jurídicos, mas também quanto ao ónus da prova, aos meios de prova e aos efeitos legalmente tarifados da prova. Desse modo, ao praticar os actos jurídicos, eles conhecem, no momento, as obrigações legais sobre a forma dos actos e de que cautelas ou precauções se devem rodear para assegurar a sua prova.

E isto não é tarefa apenas relevante se e quando for necessário pleitear em juízo ou em arbitragem os litígios que deles possam emergir.

Com o devido respeito, não têm assim razão os que defendem que o direito probatório, ou ao menos certas das suas disposições legais contidas no Código Civil português, são de natureza processual, consequência que, a ser verdadeira, impediria a obrigatoriedade da sua aplicação pelo árbitro na falta de acordo específico das partes nesse sentido.

Outra questão diversa desta respeita à possibilidade, ou não, de as partes acordarem em sentido diferente ou contrário ao que se encontra estabelecido na lei substantiva sobre a prova.

No estudo da matéria em direito comparado, vejamos o regime da admissão e avaliação da prova pelo árbitro. Sem excepção, na lei dos países estudados,³ o árbitro é livre de aceitar ou recusar as provas oferecidas pelas partes e, bem assim, é livre na apreciação do seu valor.

A ampla liberdade de aceitação ou recusa de meios de prova oferecidos tem, porém, uma forte limitação: essa liberdade só pode ser exercida até ao ponto em que não seja recusada prova que se revele essencial para a descoberta da verdade, pois se isso suceder o árbitro pode causar a invalidação da sentença arbitral.⁴

É este também o regime que deve ser observado na arbitragem a que seja aplicada a lei portuguesa, designadamente, tal como sucede na generalidade das leis estrangeiras, o poder do árbitro de *sponte sua* determinar às partes, salvo acordo em contrário destas efectuado antes da aceitação da nomeação pelo árbitro ou pelo primeiro árbitro nomeado, atento o disposto no artigo 18º, nº 2., da LAV, a produção de documentos na sua posse ou a prestação de informações sobre factos do seu conhecimento ou a nomeação de perito ou peritos como se verá adiante ou, ainda, a realização de uma inspecção arbitral ou investigação pericial, etc..

O regime do ónus da prova, a finalizar, encontra-se em geral regulado pelo Direito Substantivo Probatório. Daí que seja igualmente obrigatória a sua observância. Depende, porém, da natureza injuntiva ou supletiva das suas normas a possibilidade de serem afastadas por vontade das partes ou por decisão do árbitro na falta de acordo das partes em contrário. Vidé, igualmente, o estudo desta matéria em 6b (ii).

b. Meios de Prova Utilizáveis

³ Alemanha, Áustria, Bélgica, Estados Unidos, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Suécia e Suíça.

⁴ No direito inglês, por exemplo, comete *error of law*, o árbitro que não tenha admitido um meio de prova essencial para a prova do facto, fundamentando a possibilidade de interposição de um recurso.

Todos os meios de prova admitidos em Direito são utilizáveis em arbitragem. A LAV diz isso de uma forma elucidativa no artigo 18º, número 1., embora expressando-se defeituosamente porque refere-se a meios de prova admitidos pela lei de processo civil, quando é certo que, como se viu, os meios de prova no direito português estão contidos num diploma – o Código Civil – que não constitui lei adjectiva.

Acresce, que o artigo 345º, número 2, do CC tem, como é óbvio, plena aplicação em arbitragem. Dispõe o preceito que é nula a convenção que exclua certos meios legais de prova ou que admita um meio de prova diverso dos meios legais, no caso de se tratar de direito indisponível ou se as determinações legais quanto à prova forem de ordem pública.

c. Prova em Poder de uma das Partes

Do mesmo modo que é concedido ao juiz notificar qualquer das partes para, a requerimento de uma delas ou *ex officio*, ordenar a uma das partes a junção ao processo da prova em seu poder ou informação de que disponha, também esse poder é reconhecido ao árbitro nos termos do citado artigo 18º, nº 2., da LAV. Se a parte não cumprir, apesar das dificuldades de concretização desse dever, pode a parte interessada requerer ao juiz a intimação da contra-parte para produzir a prova requerida. Do mesmo modo, pode o árbitro determinar a parte que detenha a prova a produzi-la no processo, mas dados os termos limitados do artigo 18º. Nº 2., da LAV não parece que o árbitro possa *ex officio* requerer ao juiz essa prova se a parte notificada não cooperar. O árbitro tem, obviamente, a faculdade de apreciar a falta de cooperação injustificada da parte como melhor entender.

d. Prova em Poder de Terceiro

O árbitro não tem o poder de impor a terceiros o dever de cooperação com o tribunal arbitral na obtenção de prova em seu poder, dado o carácter privado e convencional da arbitragem, mas nada impede que qualquer das partes requeira a tribunal judicial essa diligência, ainda nos termos do artigo 18º, nº 2., da LAV.

Embora não dispondo o árbitro, na lei portuguesa, do poder de exigir a cooperação de terceiros na produção de prova, nada impede que a solicite a terceiros, sob pena de poder ser-lhe exigida pelo juiz a pedido de qualquer das partes.

Este é também o regime legal na lei dos países estudados.

e. Presunções Legais

As presunções legais *juris tantum* e *juris et de jure* são de direito substantivo e como tais devem ser observadas pelo árbitro.

f. As Presunções Arbitrais e o Artigo 351º CC

Não existe fundamento legal para recusar ao árbitro a formulação, na sua decisão, de presunções arbitrais nos mesmos termos que o artigo 351º CC as permite ao juiz.

Na verdade, elas constituem ilações, baseadas na experiência prática, retiradas de certos factos conhecidos para estabelecer outros factos desconhecidos com os quais os primeiros estão numa relação lógica necessária. Recorde-se, que só são admitidas, como estatui o referido artigo 351º CC, relativamente a factos que podem ser provados por testemunhas.

g. Ónus da Prova

Trata-se, igualmente, de matéria de Direito Substantivo Probatório, motivo por que o árbitro deve aplicar os artigos 342º e 343º CC. Remete-se esta matéria para os números 5a. *supra* e 6 b. (ii) *infra*.

6. O Árbitro e a Prova

a. Poderes das Partes

Vejamos, em primeiro lugar, o poder das partes em matéria de prova para, de seguida, examinarmos o quadro de poderes do árbitro, uma vez que este se encontra vinculado a

obedecer à convenção de arbitragem, embora dela não seja parte, por via quer da lei arbitral quer do contrato de árbitro, tendo em atenção que esses três meios reguladores da arbitragem definem o estatuto do árbitro.

Antes de mais, compete salientar que as partes têm o direito de estabelecer os meios de prova que o árbitro deve considerar, e apenas esses.

Também podem acordar na obrigatoriedade do árbitro ficar vinculado a uma certo critério definido pelas partes de aplicação de certas regras de direito relativas à prova, como, por exemplo, uma convenção das partes sobre o ónus da prova.

Também as partes podem acordar:

- na utilização de peritos, quer quanto ao número, quer quanto ao seu perfil
- no recurso a uma segunda perícia
- na utilização de depoimentos escritos prévios de testemunhas ou de especialistas (que no direito anglo-saxónico assumem a forma de *affidavit*), a confirmar (ou não) oralmente em audiência
- na própria escolha da equidade como critério de julgamento que, assim, pode determinar uma particular avaliação da prova dos factos pelo árbitro (em geral, requerendo um menor grau de formalismo probatório), como melhor se pode ver *infra* número 22.
- na solicitação de apoio judicial em matéria de prova.

b. Poderes do Árbitro

(i) Para Aceitar e Recusar Prova

O árbitro detém estas faculdades dentro dos poderes de direcção e de condução do processo como já se viu anteriormente (nº 5a.).

Assim, entre outros poderes, pode recusar prova se a julgar impertinente ou tardia e se ela não for decisiva para a dirimção do litígio, tal como pode ordenar a produção de prova não oferecida pela parte se não existir acordo prévio em contrário das

partes e a diligência probatória ordenada pelo árbitro se revelar essencial para a descoberta da verdade. Remetemos, aliás, para aquele lugar acima citado.

Estamos, na verdade, no campo jurisdicional do árbitro e não no domínio contratual das relações, corporarizadas no contrato de árbitro, entre as partes e o árbitro.

No entanto, o árbitro não pode nunca esquecer o princípio do dispositivo e da igualdade das partes, bem como o dever de utilização de todos os meios para decidir correctamente e de forma expedita.

(ii) Para Inverter o Ónus da Prova

O árbitro pode, em nossa opinião, considerar invertido o ónus da prova com fundamento no artigo 345º CC⁵ se uma parte faltar ao dever de colaboração com o tribunal arbitral e, assim, se incumprir o *Compromisso Essencial*.

Não o poderá fazer se a inversão do ónus importar para a parte susceptível de ser sancionada uma prova excessivamente onerosa do seu direito (artigo 345º CC).

Também não poderá inverter o ónus da prova quando o fundamento legal da atribuição do ónus se basear em razões de ordem pública (*ibidem*).

Para além do disposto no artigo 344º CC⁶, que é aplicável à Arbitragem na sua plenitude, a inversão do ónus da prova pelo árbitro só é de admitir, nos termos do artigo 345º CC, quando existir regulamento arbitral institucional ou regulamento do processo arbitral em questão que a preveja.

(iii) Na Obtenção e Avaliação da Prova

⁵ O artigo 345º do Código Civil português estatui em matéria de convenções sobre as provas:

1. *É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.*
2. *É nula, nas mesmas condições, a convenção que exclua algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.*

⁶ No domínio da inversão do ónus da prova estabelece, por seu turno, o artigo 344º:

1. *As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.*
2. *Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova no onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.*

O árbitro dispõe nesta matéria dos mesmos poderes que o juiz, como já antes se disse, nomeadamente as presunções arbitrais (por equiparação com as presunções judiciais do artigo 351º CC)⁷.

Acrescem, os poderes relativos à utilização de todos os meios legais de prova, as presunções legais, o regime do ónus da prova acabado de analisar, etc..

(iv) Métodos de Obtenção de Prova

Numa análise de direito comparado, os métodos comumente utilizados em arbitragem, como aliás no processo judicial, são:

- o *Método Inquisitoriante*. Segundo ele, o árbitro tem um papel mais activo e a própria iniciativa na obtenção de prova; e, com esse objectivo, inquire as testemunhas, permitindo aos advogados das partes obter esclarecimentos.

É típico dos países do continente europeu

- o *Método Adversariante*. É, por seu turno, tipicamente anglo-saxónico, de que os Estados Unidos são ainda hoje o principal representante.

Assenta no método de inquirição de testemunhas conhecido por *cross examination*. Confere maior relevância à prova testemunhal sobre a prova documental, ao invés do método inquisitoriante. Admite as *depositions* (que são, essencialmente, depoimentos escritos de testemunhas perante advogados) e a sua posterior junção ao processo. Inclui, igualmente, sobretudo no processo judicial e muito reduzidamente em arbitragem, o método de *discovery*, isto é, muito sinteticamente, a revelação, prévia à instauração da acção, por uma

⁷ As presunções desta natureza encontram-se reguladas neste preceito, que estabelece:

As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal.

parte à outra dos meios de prova com que pretende fazer valer o seu direito.⁸

- o *Método Misto*. É muito utilizado na arbitragem internacional. Constitui, como a designação indica, um misto dos dois métodos anteriores. Fora dos Estados Unidos, o *discovery* não é porém praticamente utilizado se a arbitragem internacional não tiver a sua sede naquele país.

(v) Critérios de Avaliação da Prova

- *Critério da Prova Preponderante*. Prevalece a prova que se revelar mais convincente ao árbitro. Constitui o critério em geral aplicável se as partes não lhe tiverem imposto, por acordo, diferente critério.

- *Critério da Prova Para Além da Dúvida Razoável*. É utilizado, como se sabe, sobretudo em processo penal e não em questões cíveis ou comerciais. Nada impede, porém, que as partes, por acordo entre elas anterior à aceitação do encargo pelo árbitro ou pelo primeiro árbitro, o imponham a estes, embora na prática seja improvável o acordo das partes nesse sentido, dada a contraposição de interesses, também em matéria de prova, que o litígio pressupõe.

- *Critério Intermédio*. Como a designação indica, constitui um misto dos anteriores. Claramente, apenas é aplicável quando as partes tiverem acordado a sua aplicação nos termos vistos a propósito do critério anterior.

⁸ O método de *discovery* releva-se excessivamente oneroso em tempo consumido e dispendioso face aos resultados que se obtêm. Não são significativos os litígios que terminam antes de se iniciar o processo judicial ou arbitral pela circunstância de a prova ser previamente revelada por uma parte à outra, nem particularmente reduzido o tempo de produção da prova em audiência. Acresce, que a maior crítica que lhe é feita por juristas oriundos do sistema continental europeu consiste no risco de quebra de confidencialidade de documentos.

Em conclusão, o árbitro, salvo acordo das partes em contrário, é livre de escolher o critério que melhor entenda, desde que os princípios fundamentais do processo arbitral sejam respeitados.

(vi) Sentença Salomónica

O árbitro deve firmemente recusar proferir sentenças deste tipo que, na verdade, não constituem um correcto exercício da função arbitral.

(vii) Em Geral

O árbitro detém, ainda, os seguintes poderes:

- de dirigir e conduzir o processo arbitral, de forma diligente e utilitária, sem delongas desnecessárias, com ponderação e bom senso e finalizá-lo dentro do prazo estipulado
- de atender a factos jurídicos supervenientes
- de tomar a iniciativa de efectuar a prova que se mostre necessária para a descoberta da verdade, nomeadamente o poder de ordenar a uma parte que preste depoimento ou esclarecimentos, junte prova documental ou se submeta a inspecção arbitral; não tem esse poder relativamente a terceiros, mas pode sugerir à parte interessada que o requeira ao juiz
- de tirar conclusões probatórias pela falta de colaboração das partes
- de nomear perito ou consultor para o assistir, ouvidas previamente as partes.

c. Deveres do Árbitro

São os seguintes os deveres do árbitro em questões de prova:

- de cumprimento do princípio do dispositivo
- de controlo do tempo na produção da prova
- de diligência e cumprimento de prazos
- de audição das partes sempre que as suas decisões possam causar custos não previstos

d. Auxílio do Tribunal Judicial

Nos termos do artigo 18º da LAV, pode qualquer das partes requerer ao tribunal judicial competente, com a autorização prévia do árbitro, a produção de qualquer prova que possa ser produzida em tribunal judicial, quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes (incluindo assim o depoimento de parte), ou de terceiro, incluindo peritos, e estes recusem a necessária colaboração.

Uma vez produzida judicialmente a prova, os seus resultados são remetidos ao tribunal arbitral.

Como já antes ficou aflorado, em face dos termos rígidos definidos no artigo 18º, número 2., da LAV acabado de referir, e tendo em atenção os princípios do dispositivo e da igualdade das partes, não é de admitir que compita ao árbitro solicitar *ex officio* este auxílio probatório ao juiz.

No entanto, essa faculdade atribuída ao árbitro encontra-se consagrada na lei de outros países, como é o caso da Inglaterra e da Suécia. As leis arbitrais da Áustria, Bélgica, França e Alemanha apenas prevêm essa possibilidade a pedido das partes.

7. Medidas Cautelares em Matéria de Prova

O árbitro pode decretar medidas cautelares em matéria de produção antecipada de prova, bem como pode decretar medidas de conservação de prova.

Qualquer das partes pode também solicitar ao juiz qualquer desses meios cautelares de prova, mediante autorização prévia do árbitro.

Na verdade, também aqui o processo arbitral não pode ser deficitário relativamente ao processo judicial nesta matéria.

Assim, qualquer das partes pode solicitar ao árbitro, em termos idênticos aos previstos no artigo 520º CPC⁹, a produção antecipada de prova.

Na verdade, o princípio da equiparação do processo arbitral e do processo judicial justifica a aplicação do regime do artigo 520º CPC. Não por ser obrigatório observar o CPC ou, sequer, pela sua aplicação analógica, mas sim porque ao processo arbitral deve ser reconhecida a mesma eficácia que a lei concede ao processo arbitral. Porém, o árbitro é livre de melhor julgar o pedido de produção antecipada de prova que lhe seja feito, nomeadamente alargando ou reduzindo os fundamentos que o artigo 520 CPC estabelece para o juiz.

A LAV nada diz sobre o poder do árbitro para decretar medidas cautelares em geral e, em especial, em matéria probatória. Entendemos, porém, que esse poder lhe está implicitamente conferido pelas partes e desde que se demonstre que as medidas cautelares requeridas são necessárias para a boa e eficaz decisão da causa.¹⁰

8. Inexistência da Obrigação do Árbitro de Considerar Provado um Facto Alegado por Uma Parte e Não Impugnado Especificadamente pela Outra Parte

No processo civil, o regime deste ónus está previsto no artigo 490º CPC. A LAV nada diz a propósito e nem teria de dizer, dado que compete às partes, em primeiro lugar, e ao árbitro, se aquelas nada tiverem acordado, regular esta matéria no regulamento arbitral.¹¹

⁹ O artigo 520º do Código de Processo Civil estatui:

Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de arbitramento ou inspecção, pode o depoimento, o arbitramento ou a inspecção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a acção.

¹⁰ Sobre a matéria, ver *idem* Manual de Arbitragem, §§ 266 a 268, págs. 241 a 245.

¹¹ Sem prejuízo de os regulamentos de instituições arbitrais poderem igualmente disciplinar a matéria, o que todavia não é usual, dada a maior abertura do processo arbitral à vontade das partes ou do árbitro do que sucede no processo judicial.

No silêncio das partes, do árbitro ou de regulamento institucional, não existe este ónus em arbitragem.

Nestas condições, o árbitro é livre de apreciar a omissão de impugnação especificada no conjunto dos factos alegados e da prova produzida. Pode, assim, no balanço global da apreciação da prova, considerar que a omissão significa aceitação ou não do facto alegado pela parte contrária, dependendo da sua convicção quanto ao carácter positivo e claro da sua admissão pelo demandado, mediante a não impugnação especificada, no contexto geral da sua posição no processo ou no contexto geral da causa.

9. Inexistência de Obrigação do Árbitro de Considerar Provado um Facto ou Confessado o Pedido em Caso de Revelia

Do mesmo modo, em caso de revelia do demandado, ela, só por si, não implica nem a confissão de factos nem a confissão do pedido.

Na verdade, a função do árbitro é a de decidir o litígio no conjunto geral dos factos trazidos ao processo, do mérito da sua prova e do valor jurídico do pedido.

A arbitragem constitui um meio de resolução de litígios relativamente ao qual o demandado revel, ao aceitar a convenção de arbitragem, também manifestou a sua vontade em que seja resolvido o litígio por esse meio jurisdicional.

Mesmo que o demandado revel não tenha nomeado árbitro, nem participado na escolha do terceiro árbitro, nem por isso o árbitro ou os árbitros nomeados deixam de ter o encargo estabelecido na convenção de arbitragem de resolver o litígio nos termos gerais como se não existisse revelia.

No processo judicial, o réu não intervém, normalmente, no sentido de determinar que seja o tribunal judicial a resolver o litígio, pois é desnecessário fazê-lo dado que isso resulta da lei, se as partes não tiverem escolhido a arbitragem. É à lei que o juiz deve obediência nos termos que ela determinar, designadamente no sentido de dever considerar aceites os

factos não impugnados por efeito da revelia ou de condenar de preceito nos processos de menor valor.

No processo arbitral, ao contrário, o árbitro não pode ignorar a convenção de arbitragem que é, aliás, a fonte da sua função jurisdicional e da sua competência material.

Na ausência na LAV, e bem, de norma que estabeleça uma cominação pela falta de contestação do demandado revel, a acção arbitral deve ser instruída e apreciada nos termos gerais de qualquer acção arbitral e, a final, proferida decisão que tenha em conta os factos alegados pelo demandante, apreciada a prova e o valor jurídico do pedido e, em suma, aplicado o direito aos factos. Designadamente, o árbitro não pode deixar de ter em conta a prova que interessa ao demandado revel e do conhecimento do árbitro no processo.

Acresce que, apesar de o demandado revel não ter intervindo desde o início no processo, tal facto não o impede de o fazer a partir de qualquer altura posterior, aceitando o processo na situação em que se encontra no momento da sua intervenção. Ao árbitro competirá apreciar a pertinência e a oportunidade dessa intervenção, designadamente da sua influência na marcha do processo.

10. A Questão do Facto Público e Notório em Arbitragem

De novo, salientamos o imperativo de o processo arbitral não poder ficar limitado, na sua eficácia, em relação ao processo judicial. Pelo contrário, deve ter mesmo maior elasticidade de meios para que possa ser diferente.

Por isso, o árbitro pode e deve ter em consideração, há falta de outra prova melhor, a evidência dos factos públicos e notórios.

11. A Prova do Direito Consuetudinário, Local e Estrangeiro

O regime do artigo 348º CC tem plena aplicação em arbitragem por se tratar de direito substantivo, obviamente se a lei portuguesa for a aplicável. Nem de outro modo poderia ser.

Deve, no entanto, observar-se que o árbitro não pode socorrer-se dos meios oficiais à disposição do juiz para obtenção de informações sobre o conteúdo de direito estrangeiro ou comunitário.

No entanto, tal facto não o dispensa de tentar, razoavelmente, indagar conhecer o direito consuetudinário, local e estrangeiro, designadamente com a cooperação da parte interessada se isso for assim por ele entendido.

12. A Prova por Depoimento de Parte em Arbitragem

Na maioria das leis analisadas de vários países, designadamente do Continente Europeu, não existe distinção em processo arbitral entre prova testemunhal e prova por depoimento de parte.

De resto, em Portugal, apesar de divergir o regime e a finalidade destes dois meios de prova, são ambos regulados pelo direito substantivo e, como tal, se o direito português tiver sido o escolhido, não poderá deixar de ser observado pelo árbitro.

13. A Questão da Prova pelo Conhecimento Pessoal do Árbitro

A arbitragem é escolhida pelos conhecimentos e experiência prática dos árbitros. Seria assim injustificado que se desaproveitasse esse manancial.

É claro que o árbitro não pode decidir a causa apenas baseado em factos provados pelo seu conhecimento pessoal, servindo este critério apenas como elemento de prova integrador ou complementar da prova obtida por outros meios, sobretudo a prova pericial. No entanto, na Suécia, está interdito ao árbitro aquela possibilidade, salvo no caso de factos públicos ou notórios.

O árbitro deve, porém, quando utiliza esse critério dar conhecimento fundamentado às partes, em último caso na decisão arbitral de que essa prova resulta do seu conhecimento pessoal.

É este o regime na generalidade da prática arbitral nos países consultados.

14. A Questão da Conferência pelos Advogados com Testemunhas

Depende, obviamente, do regime legal de cada país. Em Portugal, são conhecidas as limitações legais e ético-profissionais nesta matéria.

Na maioria dos países analisados (incluindo França, Alemanha, Holanda, EUA e Inglaterra), o advogado, em matéria cível ou comercial (mas não em direito criminal), pode conferenciar com as testemunhas indicadas pelo seu constituinte para lhe dar a conhecer o objecto do litígio, os factos pertinentes, etc., mas não pode influenciar o seu conhecimento dos factos ou induzir o seu depoimento.

Diversa dessa questão é a possibilidade de, mediante acordo das partes e a concordância do árbitro, ser efectuada uma conferência prévia dos advogados das partes e do árbitro com testemunhas para melhor preparação da audiência de produção de prova.

15. A Admissibilidade do Depoimento Testemunhal Escrito em Arbitragem

Não existe, em Portugal, tal como em qualquer dos países consultados, lei que o proíba. Fica ao critério do árbitro admiti-lo ou não.

De qualquer modo, sendo admitido, deve possibilitar-se às partes o direito de pedir a inquirição oral dos depoentes para prestação de esclarecimentos ou complementação do depoimento escrito, pois isso é imposto pelo princípio que reconhece às partes o direito de ampla participação no processo arbitral.

A prática de produção de depoimento escrito da testemunha e a sua posterior inquirição oral em audiência é muito utilizada na arbitragem internacional.

16. O Registo da Prova em Arbitragem

Qualquer forma de registo das audiências pode ser praticado, como a gravação, a transcrição integral, a transcrição resumida, etc..

Não existe lei sobre a matéria, ficando reservado à decisão do árbitro ou ao regulamento arbitral aplicável a escolha da forma de registo dos actos processuais em audiência.

17. A Confidencialidade dos Documentos

Estão sujeitos a confidencialidade os documentos dessa natureza utilizados para prova no processo arbitral, o que significa um duplo efeito: (1) pode ser recusada a sua junção a um processo arbitral e (2) se tiver sido junto ao processo arbitral, pode ser solicitada pela parte interessada a sua confidencialidade estrita. De resto, como se sabe, o processo arbitral fora desta situação especial, goza em geral de reserva de confidencialidade, não devendo o árbitro proceder à divulgação do seu conteúdo sob pena de poder ser responsabilizado por perdas e danos. A confidencialidade estrita não consente que o documento que goze desse regime seja mantido no processo devendo ser devolvido à parte dele titular logo que utilizado. A parte contrária, bem como o árbitro, estão obviamente sujeitos a responsabilidade civil se não observarem o carácter estritamente confidencial do documento.

18. Poder do Árbitro de Receber Juramento ou Compromisso de Verdade de Testemunhas ou de Partes

A lei portuguesa não prevê essa possibilidade, pela razão simples de que o árbitro não representa a Comunidade, não tendo assim legitimidade para exigir e receber compromissos sobre o cumprimento pelos cidadãos de deveres cívicos.

Algumas leis de certos países prevêem, porém, essa possibilidade (é o caso dos países anglo-saxónicos) e, ainda, a de outros países que deixam ao critério da testemunha a aceitação ou não da prestação de juramento, como é o caso da Itália.

A nosso ver, o árbitro pode, porém, tomar o compromisso de verdade em depoimentos de testemunhas e peritos.

A prestação de falsas declarações perante árbitro fica sujeito à lei criminal.

19. Prova Electrónica

A lei portuguesa nada diz sobre a prova electrónica (*e-discovery* como é conhecida na arbitragem internacional). Ela deve ser examinada em dois aspectos distintos:

- um aspecto meramente instrumental, que é a produção de prova via internet (e mesmo a realização de audiências pelo sistema de videoconferência)
- outro aspecto, relativo ao valor probatório de documentos electronicamente preparados e guardados, tais como:

- * emails
- * minutas de contrato ou outros documentos
- * alterações a documentos não salvados
- * documentos apagados mas susceptíveis de recuperação
- * mensagens deixadas em *voice mail*
- * ficheiros apagados (*spreadsheets*)

Os documentos electrónicos fazem prova com o mesmo valor de qualquer outro documento particular.

Depende, sobretudo, da existência de normas processuais fixadas em regulamentos de instituições arbitrais a possibilidade dada ao árbitro de exigir das partes a produção de prova electrónica, como é o caso do art. 20 (1) das Regras da CCI e o art. 22 das Regras do London Court of International Arbitration (LCIA).

Na arbitragem *ad hoc*, alguma sofisticação técnica de meios que a prova desta natureza requer pode criar dificuldades acrescidas ou conferir a uma das partes, melhor apetrechada, meios que podem não estar ao alcance da outra parte, motivo por que, salvo acordo das partes em contrário, deve aconselhar-se prudência ao árbitro.

Todavia, na arbitragem internacional, em que a utilização de meios electrónicos na vida comercial dos agentes económicos se encontra generalizada e, ainda, por necessidade de conferir celeridade e informalismo ao processo arbitral, a prova electrónica é largamente utilizada.

20. Prova Pericial

O árbitro tem o poder de nomear um ou mais peritos para o assistir. Na verdade, ele tem a obrigação de decidir o litígio correctamente. Se se demonstrar que a prova pericial é justificada, pode nomear peritos mesmo sem o acordo das partes. Deve, no entanto, justificar a sua necessidade. De resto, as partes têm o direito de impugnar a nomeação de peritos com fundamentos análogos aos da impugnação do árbitro.

As partes, se não tiverem sido elas a requerer a prova pericial, podem solicitar a nomeação de peritos de parte, mas o árbitro tem o direito de não os admitir, pois pode não ser particularmente contraditória a matéria a ponto de justificar a intervenção de mais de um perito ou podem existir intuitos dilatatórios da parte requerente. Este ponto é, porém, controvertido no direito comparado no caso de ambas as partes se encontrarem de acordo na nomeação de peritos de parte.

Deve ser prestada atenção particular, e ter em conta na avaliação da prova produzida, o facto de alguns peritos nomeados pelas partes tenderem a “advogar” na perícia em favor da parte que os nomeou.

Muito embora a prática indique que, na maioria dos casos, se segue a tradição de nomeação de três peritos, um por cada parte e um terceiro pelo tribunal arbitral, o certo é que, salvo acordo prévio em contrário das partes (isto é, até à aceitação do encargo pelo árbitro único ou pelo primeiro árbitro nomeado), nada impede que o árbitro possa, inicialmente, admitir apenas dois peritos nomeados pelas partes, sujeito à nomeação de um terceiro perito pelo árbitro se se mostrar necessário para desempatar ou obter melhor prova. Devem, porém, ser observados os seguintes aspectos:

- As partes têm, em todos os casos, o direito de seleccionar os factos a submeter aos peritos, dado o princípio do dispositivo, sem prejuízo do poder do árbitro de admitir, ou não, certos factos seleccionados pelas partes se os julgar impertinentes e, bem assim, o de incluir outros factos que repute pertinentes para submissão aos peritos.
- Os peritos devem ser independentes. Os fundamentos de impugnação dos peritos são, *mutatis mutandis*, os mesmos que podem ser opostos aos árbitros, como antes se disse.
- Por fim, a nossa lei não regula a questão da conferência das partes ou dos seus advogados com peritos. Deve ser deixado à consciência dos peritos aceitar ou não conferenciar com a parte ou o seu advogado, mas é normal que assim suceda, tratando-se de perito nomeado pela parte. É, sem dúvida, este um dos motivos que deve justificar a nomeação de um terceiro perito pelo árbitro.
As partes não têm, evidentemente, o direito de influenciar o perito, nem de interferir no sentido do laudo pericial.

21. Parecer de Especialista e Audição Subsequente

Não há razão para não admitir no processo pareceres de especialistas, sobretudo tratando-se de árbitros não juristas (neste caso, pareceres jurídicos), ou sobre questões técnicas com alguma complexidade, que é aliás tema frequente em arbitragem.

22. O Efeito da Equidade na Admissão e Avaliação da Prova

A equidade como critério de julgamento escolhido pelas partes pode ter também influência na decisão do litígio, para além do conteúdo substantivo decisório. Na verdade, também os aspectos processuais do processo arbitral podem sofrer um efeito atenuatório do rigor formal em virtude da aplicação do critério geral da equidade.

As partes podem, assim, acordar, até à aceitação do encargo pelo árbitro ou pelo primeiro árbitro nomeado, que sejam observados por ele certos critérios de desformalização dos actos jurídicos submetidos a decisão arbitral, sem prejuízo da salvaguarda de interesses de ordem pública e desde que não haja subversão da disciplina processual.

Tal como pode o árbitro, independentemente do acordo das partes, mas desde que o critério de julgamento a observar seja a equidade, dispensar, por exemplo, que certos actos processuais menos importantes que incumbe às partes praticar sejam excepcionalmente praticados alguns dias para além do termo do prazo assinalado ou estabelecido, desde que tenham sido alegadas razões justificativas para tanto ou, ainda, que seja usada de certa latitude na produção da prova.

Também aqui a equidade desempenha, pois, o seu papel.¹²

23. A Prova na Arbitragem Internacional

- a. Questão da Cultura Jurídica dos Árbitros de Diferentes Nacionalidades e Sistemas Jurídicos

¹² Ver *idem* Manual de Arbitragem, §505, pág. 481.

- Percorrendo a lei e a prática arbitral em muitos dos países consultados, verifica-se existir muitas semelhanças (certamente, na maioria dos casos) e algumas diferenças sobre as matérias anteriormente vistas.

- Neste particular, imagine-se a dificuldade que pode existir em criar uma plataforma de identidade conceptual entre todos os árbitros sobre as matérias analisadas anteriormente.

- E se se tratar de sistemas jurídicos acentuadamente diferentes, figure-se, por exemplo, o regime de “discovery” ou o valor probatório da “depositions” no sistema continental europeu, a situação agrava-se.

- Pode, por isso, ser diferente o tratamento jurídico da prova, na prática, entre a arbitragem doméstica e a arbitragem internacional.
 Este é, aliás, em regra, mais expedita no aproveitamento do tempo e menos formalista.
 A doméstica tende a aproximar-se dos métodos e usos judiciais de produção da prova.

b. Lei Aplicável Não Escolhida Pelas Partes e o seu Efeito na Prova

- Neste caso, o árbitro é livre de escolher a lei aplicável à decisão da causa, o que o pode afastar de um determinado regime de direito substantivo probatório, e, por isso, torna mais indefenido o regime da produção da prova.

- Todavia, existem *standards* padronizados de métodos e práticas de produção de prova na arbitragem internacional, recomendando-se, sempre, a escolha de árbitros e advogados com experiência na arbitragem internacional.

c. A Lei-Modelo UNCITRAL e as Notas UNCITRAL Sobre a Organização de Processos Arbitrais

- É conveniente conhecer estas normas quando a lei reguladora do processo arbitral (doméstico ou internacional) seja inspirada naquela lei.

A Lei-Modelo constitui um quadro muito actualizado e completo da regulação da arbitragem, quer doméstica, quer internacional.

As Notas UNCITRAL têm igualmente muito interesse prático.

d. As Regras de Prova da IBA

As Regras de Prova da IBA (International Bar Association) constituem, hoje, um dos mais importantes conjuntos de regras de natureza convencional de regulação da prova.

As partes podem, quer se trate de arbitragem internacional, quer doméstica,¹³ escolher as Regras da IBA para disciplinar a produção de prova no processo arbitral.

- Sinteticamente, elas fazem a ponte entre o sistema inquisitoriente (continental europeu) e o adversariante (anglo-saxónico), com maior aproximação ao primeiro.
- É conveniente efectuar a escolha na convenção de arbitragem das Regras de Prova da IBA; elas representam um porto seguro, se a isso não se opuser o regime de algum regulamento institucional que

¹³ No caso da arbitragem doméstica, porém, é menos frequente a sua escolha, dada a tendência, já assinalada neste trabalho, de se seguir métodos e usos aproximados à prática judicial em matéria de prova em resultado da formação jurídica dos árbitros.

também tiver sido escolhido, o que, deve dizer-se, normalmente não sucede.