

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Letícia Sachet Ghisi

A recepção da Técnica da Inferência Negativa (*Adverse Inference*) pelo Direito Brasileiro e sua Aplicação em Arbitragens Internas

FLORIANÓPOLIS

2022

Letícia Sachet Ghisi

A recepção da Técnica da Inferência Negativa (*Adverse Inference*) pelo Direito Brasileiro e sua Aplicação em Arbitragens Internas

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa
Coorientador: Marco Pascoali

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Ghisi, Letícia Sachet

A recepção da Técnica da Inferência Negativa (Adverse Inference) pelo Direito Brasileiro e sua Aplicação em Arbitragens Internas / Letícia Sachet Ghisi ; orientador, Caetano Dias Correa, coorientador, Marco Pascoali , 2022.
72 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. arbitragem . 3. instrução. 4. prova. 5. direito brasileiro. I. Correa, Caetano Dias . II. Pascoali , Marco . III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

AGRADECIMENTOS

O nome Trabalho de Conclusão de Curso sinaliza o final de um ciclo. No meu caso, representa o termo de cinco anos e alguns meses de uma sucessão de aprendizados e crescimento. Nessa trajetória, não faltaram pessoas que me auxiliaram nas dificuldades e, claro, comemoraram as conquistas. Desse modo, me sinto na obrigação de agradecer tais pessoas não apenas com relação à elaboração deste trabalho mas também referente a toda essa caminhada.

Nesse sentido, como não poderia ser diferente, agradeço primeiramente a minha família, em especial, meus pais Ledijane Ghisi e Mário Ghisi Neto e a minha irmã Gisele Ghisi que são, sem dúvidas, as pessoas que mais amo no mundo. Desde que nasci, eles me acompanham em todos os momentos, de maneira que, sem o incentivo e o apoio deles, nada seria possível.

Agradeço, também, os meus amigos do Grupo de Estudos em Arbitragem da UFSC (GEArb UFSC), principalmente aqueles que participaram da XI Competição Brasileira de Arbitragem e Mediação Empresarial (CAMARB) que inspirou esse trabalho. Aliás, há uma parte de cada um dos membros neste estudo, porquanto muitas das pesquisas foram realizadas em conjunto durante a competição. Assim, meu obrigada a Gabriel Masiero, Thiago Ferreira, Murillo Preve, Guilherme Freda, Monique Lambert, Beatriz Seixas, Laura Xavier, André Xavier, Bruno Schlemper e Igor Irani. Também sou grata a Vanessa Brand e Bruna Pasta, que, além da participação no grupo, me ajudaram e ajudam em inúmeros outros momentos. Ademais, agradeço o meu orientador, sempre atencioso e preciso, professor Dr. Caetano Dias Corrêa, também coordenador do grupo, e o meu coorientador, Marco Pascoali que, além de ter sido uma grande inspiração desde os tempos da Locus Iuris - Empresa Júnior do curso, foi essencial para que eu tivesse a coragem de ser oradora da equipe.

Merecem agradecimento os amigos que fiz durante a graduação e estiveram comigo em tantos momentos sejam eles bons sejam eles difíceis: Marcelle Cirino, Rafael Spielmann, Giulia Rigoni, João Eduardo Berti, Marcela Matheus, Bianca Wagner, Nathália Neves e tantos outros colegas que cresceram e amadureceram comigo.

Também sou grata aos meus amigos de fora do direito da UFSC, com quem faço questão de manter a amizade e espero que dure para a vida toda, dentre os quais

destaco Sara Marques, Nadine Saleh, Joana Vogel, Vitor Netto, Adélia Bristot, Amanda Linhares e Joana Zimmermann.

Agradeço aos chefes e colegas das minhas experiências de estágio no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Fórum da Capital, Menezes Niebuhr Advogados Associados e Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Estendo os agradecimentos ao professor Dr. Guilherme Reinig que me oportunizou a experiência de ser monitora da disciplina Direito Civil - Contratos e incentivou a participação na VI Olimpíada do Conhecimento Jurídico realizada pela Academia Brasileira de Direito Civil.

Por fim e com certeza não menos importante, agradeço ao meu melhor amigo que, infelizmente, deixou este plano precocemente, Matheus Rodrigues. Obrigada por ter sido o meu pilar de sustentação em todas as dificuldades. Obrigada por sempre ter me incentivado e mostrado o quanto eu sou capaz. Obrigada por ter me ensinado, na prática, o verdadeiro significado da palavra amizade e me presenteado com a sua companhia.

RESUMO

Diante da relevante utilização da arbitragem na resolução de conflitos Brasil afora, surgiram problemáticas envolvendo a instrução do procedimento. Desse modo, foi desenvolvida a técnica da inferência negativa para casos em que uma das partes, sem justificativa plausível, descumpra a ordem de apresentar determinada prova ao tribunal. Em suma, a partir da técnica, o árbitro infere que a prova não apresentada vai de encontro aos interesses do renitente. Desse modo, o presente trabalho se dispõe a analisar se a *adverse inference* está de acordo com o direito brasileiro e, por conseguinte, se pode ser utilizada sem receio de eventual anulação da sentença arbitral nos termos da Lei 9.307/96. Para isso, foram analisados o funcionamento e a recepção da técnica internacionalmente, a instrução no processo civil e na arbitragem brasileiras e os regulamentos das principais câmaras arbitrais do País. Ao fim, é possível concluir que, diante do equilíbrio encontrado na arbitragem internacional entre as diferentes tradições jurídicas; da relativização do princípio *nemo tenetur se detegere* e da existência de disposições legislativas e jurisprudenciais no Brasil semelhantes à inferência negativa, o direito brasileiro recepciona a técnica.

Palavras-chave: arbitragem; instrução; prova; direito brasileiro.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CAM- FGV - Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas

CAMARB - Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil

CAM-CCBC - Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CAM-CIESP/FIESP - Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo

CAM-MERCADO - Câmara de Arbitragem do Mercado – B3

CBMA - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

GEArb UFSC - Grupo de Estudos em Arbitragem da UFSC

IBA - International Bar Association

LINDB - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei n. 4.657/1942

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | ASPECTOS INSTRUTÓRIOS | 12 |
| 2.1 | A INSTRUÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO | 12 |
| 2.2 | A INSTRUÇÃO NA ARBITRAGEM | 17 |
| 3 | INFERÊNCIA NEGATIVA (<i>ADVERSE INFERENCE</i>) | 28 |
| 3.1 | ASPECTOS CONCEITURAIIS | 28 |
| 3.2 | RECEPÇÃO DA TÉCNICA DA INFERÊNCIA NEGATIVA NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS INTERNACIONAIS | 35 |
| 3.3 | OBRA DE JEREMY K. SHARPE E A CAUTELA NA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA INFERÊNCIA NEGATIVA NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS | 40 |
| 4 | A RECEPÇÃO DA INFERÊNCIA NEGATIVA PELO DIREITO BRASILEIRO | 48 |
| 4.1 | CIVIL LAW X COMMON LAW: DISCOVERY OU DISCLOSURE | 48 |
| 4.2 | PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> | 56 |
| 4.3 | OS COMANDOS NORMATIVOS ANÁLOGOS À INFERÊNCIA NEGATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 59 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 64 |
| | REFERÊNCIAS | 67 |

1 INTRODUÇÃO

No Brasil e no mundo, a arbitragem tem ganhado espaço e se mostrado como um bom método para resolução de conflitos. Dada a sua relevância nacional e internacional, faz-se importante entender como a arbitragem funciona na prática e quais são as regras que devem ser seguidas durante o seu procedimento, em especial, durante a sua instrução.

Afinal, conquanto a maior flexibilidade procedimental da arbitragem, se comparada ao procedimento estatal, seja uma característica marcante, existem questões de ordem pública que imprescindivelmente devem ser respeitadas.

Dentro de tal contexto e tendo em vista a grande importância da produção probatória na resolução dos litígios, a arbitragem internacional, principalmente, se deparou com um problema difícil de ser resolvido de maneira célere, eficiente e sem ir de encontro a tais questões de ordem pública.

A problemática diz respeito a circunstâncias em que umas das partes do procedimento recebe ordens do tribunal arbitral para apresentação de provas e, sem justificativa plausível, as descumpre.

Nessa situação, muitas vezes, o tribunal pode se sentir de mãos atadas ante a sua falta de poder de império. Contudo, criou-se uma técnica que tem sido vista como uma solução eficaz a fim de pressionar a parte desinteressada na apresentação da prova para que a forneça mesmo assim, contribuindo para a correta instrução do procedimento sem a necessidade de auxílio judicial ou de sanções monetárias.

A técnica é chamada de *adverse inference*, traduzida para o português, como inferência negativa, adversa ou inversa.

Em suma, ela consiste em inferir que a prova não apresentada vai de encontro aos interesses de quem, sem razão, deixou de apresentá-la, de modo a colocar as partes em pé de igualdade. Isso porque, frequentemente, quem não apresenta a prova - que pode ser essencial para a resolução da lide - é a única que tem acesso a ela.

Nesse sentido, a *adverse inference* foi muito bem recepcionada pela arbitragem internacional, tendo sido inserida expressamente em diversos regramentos ao redor do mundo. Outrossim, as *IBA Rules* - conjunto de diretrizes, vez que são, via de regra, *soft law* e costumam ser bastante utilizadas na arbitragem internacional e doméstica como orientações para reger a produção probatória - também incorporaram a técnica em seu texto.

Porém, impende destacar que, diante da gravidade da utilização da inferência negativa em um procedimento, não basta que uma das partes se recuse a cumprir a ordem de produção de provas advinda do tribunal.

Em verdade, a doutrina já estipulou uma série de requisitos que, embora não sejam impositivos, quando cumulativamente preenchidos, trazem maior segurança na aplicação da técnica.

Ademais, a inferência deve ser analisada com todo o conjunto de provas nos autos e, como se trata de uma presunção, possui um valor probatório próprio, diferente de provas diretas, como um documento juntado no feito. Ou seja, a parte que teve deferida contra si a extração da *adverse inference* não perderá automaticamente a demanda.

A proposta do presente trabalho, então, é de analisar se a relevante técnica estudada pode ser utilizada sem violação ao direito brasileiro, isto é, se em uma arbitragem doméstica em que vale a lei brasileira como *lex arbitri* poderiam os árbitros, havendo a necessidade, utilizar a *adverse inference*, respeitando-se, por óbvio, os cuidados já determinados pela doutrina internacional.

A relevância da discussão é notória, diante da importância da técnica ao redor do mundo e da possibilidade de anulação da sentença arbitral, conforme disposto pela Lei 9.307/96, se forem descumpridos “os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” (BRASIL, 1996)¹.

No intuito de responder tal questionamento, o trabalho foi dividido em três partes:

A primeira busca averiguar os aspectos instrutórios (i) no processo civil brasileiro e (ii) na arbitragem, incluindo-se os princípios homenageados na Constituição Federal que, seja procedimento arbitral seja no estatal, devem ser seguidos e respeitados. Para isso, deu-se especial atenção aos primeiros artigos do Código de Processo Civil, cujo capítulo “Das Normas Fundamentais do Processo Civil” reitera preceitos constitucionais. Além disso, foi exposto o que dizem os regulamentos das principais câmaras arbitrais brasileiras sobre o tema.

¹ Art. 21 (...) § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.
Art. 32. É nula a sentença arbitral se:(...) VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei (BRASIL, 1996).

A segunda trata propriamente da inferência negativa. Assim, busca-se analisar (i) os aspectos conceituais de *adverse inference* por diversos autores estrangeiros e brasileiros. Ainda nesse ponto, foi trazido o debate doutrinário sobre se a inferência negativa representa uma: sanção, inversão do ônus da prova, diferenciação no *standard* probatório ou prova indireta; (ii) também relatou-se a boa receptividade que a técnica recebeu em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do globo terrestre. Ademais, observou-se que a inferência negativa foi expressamente incluída em diretrizes internacionais de produção de prova, como as *IBA Rules*; (iii) por fim, o capítulo se debruçou sobre a cautela na utilização da técnica. Afinal, não se pode negar a gravidade na extração de inferência negativa em um procedimento arbitral, vez que, dependendo do caso, pode ser muito relevante para a prolação da sentença arbitral. Nessa questão, destacou-se a obra de Jeremy Sharpe e seus requisitos que, mesmo não sendo impositivos, quando cumulativamente preenchidos, trazem maior segurança na utilização da técnica e evitam as *fishing expeditions*.

A terceira e última parte, por sua vez, busca discorrer sobre os eventuais impasses para a utilização da *adverse inference* no Brasil e a legislação local. Desse modo, discorreu-se sobre (i) as diferenças nas tradições jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law* e, por conseguinte, dos seus respectivos sistemas probatórios, já que, de maneira geral, as partes advindas de países da cultura romano-germânica não estão acostumadas a serem obrigadas a apresentarem provas que não correspondam aos seus interesses; (ii) o princípio do *nemo tenetur se detegere*, isto é, de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Afinal, se as partes não são obrigadas a apresentarem provas contrárias à sua demanda, não haveria como extrair inferência negativa da recusa delas com relação a ordens probatórias do tribunal arbitral; e (iii) a legislação brasileira e os regulamentos das principais câmaras arbitrais, vez que não se observam neles a expressa menção à técnica estudada. Por outro lado, é possível pesquisar se há institutos análogos à *adverse inference* oriundos do Código de Processo Civil, da Lei 9.307/96 - que regula a arbitragem - e da jurisprudência.

A partir desse estudo e da análise conjunta dos capítulos apresentados, faz-se possível concluir sobre a recepção da técnica pelo direito brasileiro e, por conseguinte, se a sua utilização ofende princípios do processo civil constitucional ou se pode ser utilizada com segurança pelos tribunais em arbitragens que se valem do direito pátrio.

2 ASPECTOS INSTRUTÓRIOS

Tendo em vista que a técnica da Inferência negativa se dá com relação à produção de provas, mais especificamente nos casos da não apresentação injustificada de prova, faz-se necessário, no presente capítulo, analisar a instrução tanto (i) no processo civil brasileiro; quanto (ii) na arbitragem.

Decorrente disso, buscar-se-á explicar os regramentos básicos que o Código de Processo Civil confere à produção probatória enquanto direito fundamental das partes e, posteriormente, como está regularizada a instrução no procedimento arbitral, isto é, se há regras, inclusive constitucionais, a serem respeitadas, apesar da maior autonomia conferida à arbitragem.

2.1 A INSTRUÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

De início, faz-se importante salientar que as regras do Código de Processo Civil não são automaticamente aplicáveis ao procedimento arbitral, vez que a flexibilidade é a tônica na arbitragem. É nessa toada que entendeu o Superior Tribunal de Justiça² e evidenciam Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins:

Um *disclaimer* inicial ou ressalva importante (para os que não suportam anglicismos), antes de tocar neste tópico. Não se está afirmando neste artigo, tampouco se propondo, que o Código de Processo Civil regule a matéria concernente à prova também no processo arbitral.

Entendo, como a maioria dos advogados que militam na área, que não se deve “processualizar” a arbitragem ou torná-la extremamente formal e que a aplicação do Código de Processo Civil é absolutamente subsidiária no processo arbitral.

Seria um contrassenso engessar o procedimento arbitral com regras restritivas de procedimento (CARMONA; LEMES; MARTINS, 2017, p.290).

Outrossim, o conceito de inferência negativa - que será abordado no próximo capítulo - não limita a aplicação da técnica a uma determinada fase procedimental, ainda mais diante da maior flexibilidade da arbitragem.

² “É de suma relevância notar, a esse propósito, que o árbitro não se encontra, de modo algum, adstrito ao procedimento estabelecido no Código de Processo Civil, inexistindo regramento legal algum que determine, genericamente, sua aplicação, nem sequer subsidiária, à arbitragem. Aliás, a Lei de Arbitragem, nos específicos casos em que preceitua a aplicação do diploma processual, assim o faz de maneira expressa”. (BRASIL, 2021, p. 14-15)

Contudo, para o presente trabalho, faz-se importante averiguar como o processo civil brasileiro costuma lidar com o tema da instrução processual a fim de analisar a receptividade referente à técnica pelo direito pátrio.

Assim, a fase instrutória ou probatória do direito processual civil brasileiro ocorre quando há a necessidade de produção de provas, isto é, quando os documentos apresentados na fase postulatória não foram o suficiente para formar a convicção do juiz e permitir a solução jurídica do litígio. Ou seja, no procedimento comum, não sendo o caso, por exemplo, de julgamento antecipado do mérito nos termos do Código de Processo Civil³, é o momento processual em que autor e réu devem demonstrar que os fatos ocorreram de acordo com o alegado por elas na petição inicial e na contestação. Nas palavras de Elpídio Donizetti:

Se o processo chegou a essa fase é porque os elementos de prova, sobretudo documentos, apresentados na fase postulatória não foram suficientes para formar a convicção do juiz, a fim de que pudesse ele compor o litígio, com o acolhimento ou rejeição do pedido do autor. Sendo assim, urge conceder às partes oportunidade de provarem alegações, ou seja, o fato constitutivo do direito do autor, ou eventual fato impeditivo, modificativo ou extintivo, arguido pelo réu (DONIZETTI, 2017, p. 640).

Desse modo, o direito à prova trata-se, na verdade, de direito fundamental, assegurado pela sistemática da Constituição Federal de 1988⁴, enquanto necessário para a efetivação prática do exercício da ampla defesa e do contraditório, já que necessários ao devido processo legal. Sobre o tema, esclarece Eduardo Eduardo Cambi (2000, p.150):

³ Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349 .(BRASIL, 2015).

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

Pode-se, então, afirmar que o direito à prova é um direito constitucional, a partir de duas perspectivas possíveis, deduzidas da Constituição Federal de 1988. Em uma perspectiva interna, o direito à prova pode ser extraído, implicitamente, da noção de direito ao processo justo no art. 5º, inciso XXXV da CF, bem como ser contemplado a partir da garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF) que, em sentido amplo, abarca as demais garantias constitucionais. Por outro lado, em uma perspectiva externa, a consagração do direito à prova deriva, expressamente, do art. 8º, §2º, letra f da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), além do art. 14.1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil e incorporados ao elenco dos direitos fundamentais pela regra contida no art. 5º, §2º da CF.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil dispõe que as partes possuem o direito de empregar todos os meios típicos, como ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial, e atípicos, desde que moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos⁵. Ainda, conforme o dispositivo legal, pode o juiz determinar, de ofício, a produção de provas e indeferir diligências que não sejam proveitosas para a ação, evitando-se o tumulto processual⁶. A importância disso se dá na busca pela verdade - nem sempre alcançável no procedimento -, possibilitando ao Estado o julgamento do processo de uma maneira mais próxima à justiça. Nos dizeres de Sérgio Bermudes:

Entretanto, compõe-se, nos autos, uma verdade, correspondente à realidade, distante dela, ou até estranha a ela, mas é em consonância com a verdade do processo, aparente, formal, que a função jurisdicional se exerce pela impossibilidade de se trazer sempre ao julgador a exatidão dos fatos. Mais que a julgar consoante a verdade, o Estado obriga-se a julgar e a pacificar o grupo social, pela administração da justiça (BERMUDES, 2019, p.101).

Ademais, para melhor instruir o processo, admite-se a utilização da chamada “prova emprestada” em que pode o julgador admitir a utilização de prova produzida em outro processo, observando-se o contraditório⁷ e entende-se que é dever de todos

⁵ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015).

⁶ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. (BRASIL, 2015).

⁷ Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório. (BRASIL, 2015).

colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade⁸, preservando-se o direito de não produzir prova contra si próprio⁹.

Também é direito das partes a produção antecipada de prova nos casos em que haja fundado receio de que ela possa viabilizar a autocomposição ou evitar o ajuizamento da ação ou, ainda, que venha a se tornar impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação¹⁰.

De mais a mais, cabe enfatizar que, apesar da importância em torno da produção de prova para instruir o processo, o juiz, em razão do sistema adotado do livre convencimento fundamentado ou da persuasão racional livre, não está adstrito à prova produzida para a decisão¹¹, “podendo, inclusive, julgar de forma contrária às provas produzidas nos autos, mas desde que indique na decisão as razões da formação do seu convencimento” (VICTALINO, 2021, p. 183).

Ainda, o legislador distribuiu o ônus da prova entre as partes do processo, de modo que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a prova em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor¹². Porém, tal partilha estática e rígida nem sempre é possível. Assim, fala-se em “distribuição dinâmica do ônus da prova” por meio da qual “seria atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração” (THEODORO, JUNIOR, 2015, p.1135). Desse modo, dependendo do caso concreto, não necessariamente a parte incumbida de esclarecer

⁸ Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade .(BRASIL, 2015).

⁹ Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado. .(BRASIL, 2015).

¹⁰ Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

(...).(BRASIL, 2015).

¹¹Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.(BRASIL, 2015).

¹²Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...).(BRASIL, 2015).

os fatos controvertidos será aquela que, em regra, teria de fazê-lo¹³. Afinal, a distribuição dinâmica é necessária para “equilibrar as forças das partes litigantes e possibilitar a cooperação entre elas e o juiz na formação da prestação jurisdicional justa” (THEODORO, JUNIOR, 2015, p.1135).

Além disso, o regramento processual estabeleceu que não dependem de prova fatos notórios, confessados, incontroversos ou que haja presunção legal¹⁴ e que o terceiro também possui a responsabilidade de informar ao juiz fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento e exibir coisa ou documento que esteja em seu poder, sob pena de sanção¹⁵.

Desse modo, percebe-se que, diante da importância da proteção da instrução como direito fundamental das partes em poderem provar o que foi por elas alegado no processo, o Código de Processo Civil estabeleceu uma série de regras a fim de regularizar e, mais do que isso, garantir o seu exercício.

¹³Art. 373 (...) § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 2015).

¹⁴ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (BRASIL, 2015).

¹⁵ Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II - exibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. (BRASIL, 2015).

2.2 A INSTRUÇÃO NA ARBITRAGEM

Na arbitragem, as partes podem, também, requerer a produção de provas para instruir o processo e convencer o árbitro da veracidade dos fatos alegados. Esclarece-se acerca do procedimento arbitral:

Após a assinatura de ata de missão/termo de arbitragem, inicia-se a fase postulatória, em que o requerente apresenta suas razões iniciais (cuja síntese já foi apresentada no pedido de instauração de arbitragem) e o requerido a respectiva contestação (a reconvenção é possível, mas o cabimento deve estar regulado no termo de arbitragem).

Na sequência, virão eventuais réplicas, trélicas e os requerimentos de produção de provas.

De acordo com o art. 22 da Lei de Arbitragem, 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 (PINHO; MAZZOLA, 2021, p. 356).

Contudo, conforme já destacado, as regras do Código de Processo Civil não são automaticamente aplicáveis à arbitragem. Na verdade, estabelece o artigo 21, *caput*¹⁶, da Lei n.º 9.307/96 que a arbitragem deve obedecer ao procedimento estipulado pelas partes na convenção de arbitragem, podendo reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, a regulação do procedimento.

Ou seja, a Lei permite a autonomia para a escolha das regras utilizáveis no procedimento e não impõe a aplicação compulsória ou subsidiária do Código de Processo Civil. Deve o procedimento, porém, sempre zelar para que não sejam desrespeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal, sob pena de nulidade da sentença arbitral¹⁷.

Sobre o tema, leciona Carlos Alberto Carmona:

¹⁶Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento (BRASIL, 1996).

¹⁷ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

(...)

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

(...)

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. (BRASIL, 1996).

Três, portanto, são as escolhas dos contendentes acerca do procedimento arbitral: podem criar um procedimento especialmente para a solução dos seus litígios, podem reportar-se a regras de um órgão arbitral institucional (ou a regras de processo constantes de algum código ou lei) ou podem deixar a critério do árbitro disciplinar o procedimento.

(...)

As eventuais lacunas do procedimento adotado pelas partes não precisarão ser necessariamente preenchidas com a utilização de dispositivos do Código de Processo Civil. Creio que a advertência é importante, pois é comum a invocação no procedimento arbitral de preceitos típicos do procedimento comum, reportando-se por vezes alguma das partes a determinadas regras da lei processual. A Lei de Arbitragem não contém norma que determine o emprego subsidiário da lei processual para suprir omissões no procedimento utilizado pelas partes. Assim, não há razão para impor ao árbitro, no eventual preenchimento de lacunas procedimentais, regras do Código. Aplicam-se sempre, isso sim, os princípios gerais do processo, com os temperamentos naturais que o processo deve sofrer quando passa para o âmbito extrajudicial (CARMONA, 2019, p. 290-293).

De mais a mais, destaca-se que o processo civil brasileiro deve, necessariamente, ser aplicado em conformidade com a Constituição Federal, sendo estruturado a partir das garantias que compõem o direito ao devido processo legal. Isso pode ser visto, principalmente, nos artigos 1º ao 12 do Código de Processo Civil cujo capítulo foi intitulado "Das normas fundamentais do processo civil". Acerca dessa questão, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero esclarecem:

A maior visibilidade outorgada a determinados direitos fundamentais processuais no novo Código em detrimento de outros por força da respectiva previsão como normas fundamentais do processo civil decorre da circunstância desses constituírem compromissos fundamentais do legislador: respeitar a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica (arts. 1.º, 2.º, 3.º e 8.º, CPC), prestar tutela tempestiva aos direitos (arts. 4.º e 12, CPC) e administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática (o que leva a um novo equacionamento das relações entre o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação, arts. 5.º, 6.º, 7.º, 9.º, 10 e 11, CPC)

(...)

Em outras palavras, o processo civil é ordenado e disciplinado pela Constituição, sendo o Código de Processo Civil uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p.9).

Decorrente disso, apesar de, como já mencionado, não haver a aplicação direta do Código de Processo Civil em procedimentos arbitrais, faz-se importante analisar, no presente trabalho, aspectos dos primeiros artigos do citado *códex*. Afinal, mesmo na arbitragem, em que se evidencia a autonomia das partes e se trata de

peças capazes e direitos patrimoniais disponíveis¹⁸, há questões de ordem pública que não são dispensáveis.

O art. 1º do dispositivo legal ressalta que o processo civil deve ser "ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código." Conquanto seja uma obviedade, vez que qualquer norma jurídica deve se dar conforme a Constituição Federal, a inclusão do artigo no texto da lei é relevante na medida em que ressalta o reconhecimento do legislador acerca da essencialidade dos princípios constitucionais. Aliás, opina Fredie Didier Junior.:

Do ponto de vista normativo, o enunciado reproduz uma obviedade: qualquer norma jurídica brasileira somente pode ser construída e interpretada de acordo com a Constituição Federal. A ausência de dispositivo semelhante no CPC não significaria, obviamente, que o CPC pudesse ser interpretado em desconformidade com a Constituição.

Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional.

Ele é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição.

E isso não é pouca coisa (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 55).

O princípio da inércia da jurisdição está presente no art. 2º¹⁹, de maneira que o processo civil "será instaurado por ato volitivo do autor, devendo o magistrado, a partir de então, cuidar para que a demanda avance até a sua solução final, impulsionando-a com observância dos demais ditames processuais (e princípios constitucionais – art. 1º)" (ALVIM; ASSIS; ALVIM; LEITE, 2017, p. 57).

Já o princípio da inafastabilidade da jurisdição pode ser visto no art. 3º²⁰, ressaltando-se a possibilidade de se valer da arbitragem para resolução de conflitos e dando-se prioridade, quando possível, à resolução consensual dos litígios. Inclusive,

¹⁸Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 1996).

¹⁹Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei (BRASIL, 2015).

²⁰Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

o incentivo para que as partes entrem em comum acordo em relação à lide, sem imposição de um terceiro, também é expressamente mencionado na lei que rege a arbitragem²¹.

Ainda, o art. 4º²² dispõe que é direito das partes a obtenção, em prazo razoável, da solução integral do mérito do processo. Esclarece-se, porém, que o direito à duração razoável do processo não é sinônimo de processo rápido ou célere. Em verdade, o que se determina é "a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar" (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 16). Interessante acrescentar que, para além disso, a Lei 9.307/96 possibilita às partes a estipulação de prazo para que seja proferida a sentença²³.

O princípio da boa-fé é disposto no art. 5º²⁴, ressaltando-se a necessidade de que todos os participantes do processo, isto é, partes, advogados, membro do Ministério Público, da Defensoria Pública, juiz e todos os que participarem, mesmo que episodicamente, dos autos, respeitem a boa-fé. Assim, entende-se que "comporta-se com boa-fé aquele que não abusa de suas posições jurídicas" (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p.17). Tendo em vista a amplitude de tal conceito, a doutrina exemplifica:

Dentro dessas balizas, têm-se, em acepção dogmática, algumas situações atreladas à boa-fé objetiva, quais sejam: a impossibilidade de se praticar atos reputados como contraditórios (*nemo potest venire contra factum proprium*); eventual direito controvertido, acaso não exigido em momento oportuno (circunstância, diga-se, abarcada também pelo instituto da preclusão) ou não alegado ao longo de tempo demasiado, não poderá mais ser contraposto aos interesses da parte *ex adversa*, por gerar legítima convicção (ou justa expectativa) de renúncia em relação ao exercício desse direito (*supressio*); quando um sujeito do processo, ao adotar determinada atitude, faz, pela

²¹Art. 7º (...) § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

Art. 21 (...) § 4º Competirá a árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei (BRASIL, 1996).

²²As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (BRASIL, 2015).

²³ Lei 9.307/96, Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

²⁴Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé (BRASIL, 2015).

pertinência com o objeto do litígio, ressurgir para o outro polo determinado direito, antes sufragado no processo (*surrectio*); ou, ainda, nas hipóteses em que a quebra da confiança, por conduta processual inesperada ou inadequada, repercute nos contornos do litígio (*tu quoque*) (ALVIM; ASSIS; ALVIM; LEITE, 2017, p.62).

De igual maneira, o princípio da cooperação está no art. 6º²⁵, cujas raízes se pautam no princípio da boa-fé dos participantes do processo, exige-lhes postura voltada a “possibilitar a adequada e célere solução da causa, mas sem negar, evidentemente, a dialeticidade que permeia as relações litigiosas, porquanto essa obrigação de cooperar não retira o caráter antagônico dos interesses das partes (...)” (ALVIM; ASSIS; ALVIM; LEITE, 2017, p.63).

O princípio da igualdade e da paridade de armas se encontra no art. 7º²⁶. Afinal, “a igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*”(BRASIL, 1998). Assim, depreende-se que a igualdade processual buscada no processo é real, substancial, de maneira que é elementar a adoção de procedimentos que possam equilibrar a participação efetiva das partes no curso processual. Em outras palavras “o Juiz deve, em concreto, proceder de modo a que ambas as partes, no exercício de seus direitos e faculdades processuais, bem como ao cumprirem ônus e deveres, tenham reais condições de exercerem a participação efetiva no deslinde do feito (...)” (ALVIM; ASSIS; ALVIM; LEITE, 2017, p.63).

O art. 8º²⁷ reitera a importância do resguardo e da promoção da dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, publicidade e eficiência, fundamentos expressos na Constituição Federal²⁸. Ainda, o legislador

²⁵Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (BRASIL, 2015).

²⁶Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (BRASIL, 2015).

²⁷Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2015).

²⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

reiterou o que ensina a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro²⁹ acerca da aplicação da lei pelo juiz a fim de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. Desse modo, em suma:

Para o art. 8º do CPC/2015, a aplicação do ordenamento jurídico, para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, deverá resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). E ocorrendo conflito entre os elementos importantes para a configuração dos fins sociais e das exigências do bem comum, deverão ser observados, para a respectiva superação, os critérios hermenêuticos da proporcionalidade e da razoabilidade (THEODORO JUNIOR, 2021, p.9).

O princípio do contraditório é defendido no art. 9º³⁰ que, por sua vez, estipula que, salvo poucas exceções, a parte atingida pela decisão deve ser previamente ouvida, garantindo-se o contraditório, o direito à influência e à não surpresa. Ou seja, as decisões judiciais não podem surpreender a parte que suportará suas consequências, “porque o contraditório moderno assegura o direito dos sujeitos do processo de não só participar da preparação do provimento judicial como de influir na sua formulação” (THEODORO JUNIOR, 2021, p.10). Mesmo as exceções não significam o afastamento do contraditório, mas sim a sua postergação pelas necessidades e conveniências do caso. “Uma vez, porém, ultimada a medida excepcional, abrir-se-á a oportunidade de discussão da matéria e defesa da parte afetada, podendo o juiz então, se for o caso, confirmar, modificar ou revogar o provimento emergencial” (THEODORO JUNIOR, 2021, p.10).

Outrossim, o princípio da não surpresa é prestigiado no art. 10³¹. Tal regra está em que “todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p.33).

²⁹Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 1942).

³⁰Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;

III - à decisão prevista no art. 701 (BRASIL, 2015).

³¹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

Decorrente disso, “resta consagrada a imposição legal do contraditório efetivo, para interditar as “decisões de surpresa” (THEODORO JUNIOR, 2021, p.10).

Os princípios da publicidade e da fundamentação são homenageados no art. 11³² que os asseguram, conforme a Lei Maior³³, excetuando-se da publicidade os processos protegidos segredo de justiça. Afinal, a fim de garantir o processo justo, “o princípio da publicidade deverá ser observado com rigor, até para que o jurisdicionado possa exercer controle sobre a atividade jurisdicional. A transparência das decisões implica maior segurança jurídica” (ALVIM; ASSIS; ALVIM; LEITE, 2017, p.68). Além disso, a fundamentação das decisões judiciais é inerente ao Estado Constitucional, sendo um verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes. Em verdade, “sem motivação a decisão judicial perde duas características centrais: a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade desorientação de condutas sociais. Perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p.33).

Por fim, os princípios da razoável duração do processo³⁴ e da impessoalidade estão no art. 12³⁵, que estabelece, preferencialmente, a ordem cronológica de conclusão para que seja proferida a decisão. O dispositivo visa “impedir que ocorra escolha aleatória dos processos a serem julgados, dando preferência injustificável a um ou outro feito, independentemente do momento em que a conclusão para julgamento tenha se dado” (THEODORO JUNIOR, 2021, p.12).

Diante do exposto, compreende-se a imprescindibilidade de que o procedimento arbitral respeite os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e igualdade. Nos dizeres da doutrina:

A Constituição Federal brasileira, de 05.10.1988, traz no art. 5.º, incisos LIV, LV e LVI, garantias que se relacionam com o direito à produção de provas.

³²Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público (BRASIL, 2015).

³³Art. 93 (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

³⁴Art. 5º (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

³⁵Art. 12 Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (...) (BRASIL, 2015).

O inciso LIV trata do devido processo legal, o LV trata da preservação do contraditório e da ampla defesa em processos judiciais e administrativos, não há dúvida que também aplicável à arbitragem e, por fim, o LVI trata da proibição da prova ilegalmente obtida.

(...)

Tanto o *due process of law* quanto o princípio do contraditório e ampla defesa fornecem proteção para que as partes numa arbitragem possam requerer a produção das provas necessárias, úteis e admitidas legalmente para suportar suas alegações.

(...)

Provavelmente outros princípios e garantias constitucionais poderiam ser trazidos aqui como relacionados à produção de provas em arbitragem, como, por exemplo, o princípio da igualdade. No caso específico das provas, o julgador deve dar tratamento e oportunidades iguais para que as partes possam apresentar e contestar as provas produzidas no curso do processo. O processo arbitral no Brasil está formalmente vinculado a tais princípios e o desrespeito a qualquer deles acarretará necessariamente a nulidade da sentença arbitral (CARMONA; LEMES; BATISTA, 2017, p.287).

Contudo, destaca-se que “(...) o respeito ao princípio do contraditório não retira do árbitro o direito de indeferir provas inúteis, em nome da eficiência do procedimento” (PINHO; MAZZOLA, 2021, p. 348).

Além disso, justificando-se os artigos do Código de Processo Civil analisados no item “2.1”, entende-se que a sua utilização no procedimento arbitral, justamente em razão do respeito ao devido processo legal. Veja-se:

(...)

Também o princípio da amplitude quanto aos meios de prova encontra-se estampado no texto do art. 369 do Código de Processo Civil e por sua vez também permeia a arbitragem.

O art. 370 também inculpe o princípio de que a prova é destinada ao julgador e a ele cabe determinar quais evidências são relevantes para o julgamento de mérito. Entretanto, a decisão sobre as provas, em especial, eventual recusa, deverá ser devidamente fundamentada e somente terá vez quando o requerimento se referir a provas inúteis ou meramente protelatórias.

Outra regra que poderá ter aplicação prática na arbitragem é o da prova emprestada, mencionada no art. 372.

A questão do ônus da prova, mencionada no art. 373 do Código de Processo Civil, tem aplicação subsidiária e entendo existir maior flexibilidade nas arbitragens com relação a eventual transferência do ônus probatório.

Também são plenamente utilizáveis em arbitragem as presunções e a desnecessidade de prova mencionados no art. 374 do Código de Processo Civil. Assim, os fatos notórios, aqueles afirmados por uma parte e confessados pela outra, admitidos no curso do processo como incontroversos ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Neste mesmo diapasão também se persegue na arbitragem o atendimento aos princípios da atuação de boa-fé e a obrigação de atuar de forma leal e cooperativa estampados nos arts. 378, 379 do Código de Processo Civil.

Quanto à questão da produção antecipada de prova, os balizamentos do Código de Processo Civil, em especial do art. 381 também poderão ser úteis quando um Tribunal Arbitral tiver que decidir questões que comportem este tipo de produção de prova.

(...) (CARMONA; LEMES; BATISTA, 2017 , p. 291)

Ademais, apesar de não ser a intenção do presente trabalho exaurir a questão da instrução na arbitragem, vez que há diversas Câmaras de Arbitragem e arbitragens *ad hoc* no País, faz-se importante analisar como dispõem os regulamentos Câmaras brasileiras de arbitragem, selecionadas por Selma Lemes (2020) em sua análise, acerca da produção de provas.

De maneira geral, pode-se observar que os regulamentos não impõem um grande número de regras acerca da instrução em procedimento arbitral, facultando aos árbitros a possibilidade de determinar a produção probatória do que entender cabível e necessário em cada caso. Isso porque “via de regra o regulamento de um órgão arbitral não é um pacote hermeticamente fechado, no qual ou se aceita tudo ou não se aceita nada” (MONTORO, 2010, p.111) e “embora alguns regulamentos de arbitragem possam ter regras específicas e detalhadas sobre o procedimento que o processo arbitral terá até o proferimento da sentença, a maioria dos regulamentos prevê regras mais genéricas” (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2021, p.298).

Veja-se o que afirma o regulamento do Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (AMCHAM, 2020) sobre o tema:

14.5. O Tribunal Arbitral tem discricão para conduzir o procedimento da maneira que entender mais adequada, respeitando-se sempre os princípios do contraditório, igualdade e ampla defesa das Partes, bem como o prazo para prolação da sentença arbitral, conforme Artigo 17.4. Em particular, o Tribunal Arbitral poderá decidir, após consultar as Partes, não permitir requerimentos de produção documental e, também, limitar o número, a extensão e o escopo de manifestações escritas.

(...)

15.1. O Tribunal Arbitral procederá à instrução da causa com brevidade, cabendo a ele decidir sobre a admissibilidade, relevância e materialidade das provas solicitadas pelas Partes. O Tribunal Arbitral determinará a produção das provas que entender cabíveis.

O regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC, 2016) também reforça a aplicação dos princípios da ampla defesa, contraditório e igualdade de tratamento na arbitragem:

7.4. No prazo de 10 (dez) dias do recebimento das supra referidas manifestações, o Tribunal Arbitral avaliará o estado do processo determinando, se julgar necessária, a produção de provas.

7.4.1. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir e estabelecer as provas que considerar úteis, necessárias e adequadas, segundo a forma e a ordem que entender convenientes ao caso concreto.

(...)

7.8. O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e convenientes para o correto desenvolvimento do procedimento, observados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade de tratamento das partes.

Da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo-CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP, 2013):

10.2. No Termo de Arbitragem, as partes e os árbitros poderão convencionar os prazos para apresentar suas peças processuais e documentos, bem como estabelecer calendário provisório sobre os eventos. Não havendo consenso, o Tribunal Arbitral estabelecerá os prazos, os cronogramas, a ordem e a forma da produção das provas.
(...)

10.4. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas que considerar úteis, necessárias e pertinentes, bem como a forma de sua produção.

Da Câmara de Arbitragem do Mercado – B3 (Bolsa de valores, mercadorias e futuros, 2011):

4.6 Produção de Provas. Todas as provas serão produzidas perante o Tribunal Arbitral, que determinará a produção das provas que sejam úteis e necessárias para a solução da controvérsia, fixando o procedimento e a ordem de realização de cada uma delas.

Em relação à Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV):

Art. 33 - Esgotado o prazo para a apresentação das razões pelas partes, o tribunal arbitral, nos 20 (vinte) dias subsequentes, se entender desnecessárias a produção de provas e a realização de audiência, decidirá de plano a questão.

Art. 34 - Entendendo necessária a produção de provas, o tribunal arbitral definirá as pertinentes e determinará o modo pelo qual devam ser produzidas e assinará prazo de 10 (dez) dias para a sua produção. Parágrafo único - Às partes é assegurado o direito de acompanhar a produção das provas, inclusive inquirindo testemunhas e, em caso de perícia, o de apresentar assistente técnico e formular quesitos (FGV, 2016).

De maneira concisa, dispõe o regulamento de arbitragem do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA, 2013):

11.1. Em qualquer fase do procedimento, o Tribunal Arbitral poderá determinar às partes que produzam as provas que julgue necessárias ou apropriadas.

Por fim, a Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB, 2017) estabelece:

8.4 Encerrado o prazo para impugnação, salvo se estabelecido momento diverso no Termo de Arbitragem, o Tribunal Arbitral deliberará sobre a produção de provas, incluindo prova pericial ou técnica, diligências fora do local da arbitragem e o adiantamento dos respectivos custos pelas partes.

Portanto, apesar de parecer contraditório a autonomia dada ao procedimento arbitral, pela lei e pelos regulamentos das Câmaras, se comparada com a necessidade de assegurar o exercício de princípios constitucionais, "(...) a aplicação de princípios jurídicos na arbitragem é saudável e não representa "publicização" da arbitragem, mas apenas significa o enquadramento da disciplina arbitral nas mais contemporâneas visões evolutivas do Direito" (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p.114).

3 INFERÊNCIA NEGATIVA (*ADVERSE INFERENCE*)³⁶

Finalizada a exposição sobre os aspectos importantes da instrução tanto no processo civil brasileiro quanto na arbitragem, cumpre analisar a técnica estudada, a fim de que, posteriormente, seja possível o estudo conjunto dos capítulos para que se possa concluir pela possibilidade de extração de inferência negativa no direito pátrio.

Assim, nesse momento, faz-se relevante o estudo acerca (i) dos aspectos conceituais referente à inferência negativa; (ii) da ampla recepção da técnica nos regramentos internacionais; e (iii) da obra de Jeremy K. Sharpe e da cautela relacionada à extração de inferência nos procedimentos arbitrais.

3.1 ASPECTOS CONCEITURAIS

A relevância das pesquisas acerca das provas na arbitragem é inquestionável, afinal “estudos sobre arbitragem internacional apontam que de 60 a 70% dos casos são decididos com base na prova e não em controvérsias sobre a interpretação de normas jurídicas” (AMARAL, 2017).

Assim, debruçando-se sobre o tema, observa-se que há diversos autores que procuraram definir a técnica da *adverse inference*. Pode-se dizer que ela “é a inferência de que a prova que não é produzida por uma parte, apesar de estar em seu poder, é adversa aos interesses dessa parte” (VAN HOUTTE, 2009, p.195, tradução nossa)³⁷. Ou, de maneira semelhante, é possível afirmar que “significa que o tribunal está fazendo a inferência de que a prova solicitada é adversa ou negativa para o caso dessa parte, se injustificadamente não cumprir com o pedido de produção de prova presumivelmente dentro de seu controle” (SOLIS, 2008, p.79, tradução nossa).³⁸

Ainda, Joel Figueira Junior. entende a técnica a partir de uma visão da valoração da prova. Defende o autor:

³⁶ No presente trabalho, serão utilizados os termos “inferência negativa” e “adverse inference” com o mesmo significado, indistintamente, ao longo do texto.

³⁷ Texto original: “It is the inference that the evidence that is not produced by a party, despite being in its possession, is adverse to the interests of that party”

³⁸ Texto original: “A tribunal’s drawing of an adverse inference against a party signifies that the tribunal is making the “inference” that the evidence sought is ‘adverse’ or negative to that party’s case if it unjustifiably does not comply with the request to produce the evidence presumably within its control”

Em síntese, a inferência inversa (também conhecida por inferência adversa ou inferência negativa) é nada mais do que uma espécie de técnica de valoração da prova, ou melhor, da ausência de prova sobre determinado fato que se afigura relevante para o deslinde da causa, fundada em presunção. (...)

Assim, por exemplo, quando o árbitro ou tribunal arbitral determina a exibição de documentos em poder de uma das partes cabe a ela apresentá-los ou, fundamentadamente, justificar a impossibilidade de atender à determinação dos julgadores. Poderá, ainda, simplesmente desatender à determinação e, portanto, deixar de cooperar com o painel arbitral, seja mediante a não apresentação dos documentos sem qualquer alegação, ou, por motivos desarrazoados.

Nesses casos, cabe ao árbitro ou tribunal arbitral fazer inferências adversas em face da parte que se nega a cooperar, ou, inverter a carga probatória com base no que os documentos em questão poderiam comprovar ou deixar de provar. A primeira prática é mais comum em arbitragens internacionais, enquanto a segunda, também praticada em arbitragens nacionais, fica na dependência do regulamento normativo acerca da matéria (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 280).

Acresce-se que uma maneira mais simplificada para definir a técnica a partir de seu efeito é afirmar que ela se dá quando o tribunal infere, de maneira a atingir a parte que deixou de apresentar injustificadamente a prova que lhe pertence, que o conteúdo de tal prova é desfavorável à mencionada parte ou confirma os fatos alegados pela contraparte. Nesse sentido, leciona Guilherme Rizzo Amaral:

Uma maneira simples de descrever uma inferência negativa é afirmar que, ao extraí-la, o tribunal arbitral conclui que o conteúdo da prova seria desfavorável à parte renitente ou, em outra perspectiva, confirmaria a versão dos fatos da parte que requereu a produção da prova, contanto que os fatos estejam diretamente relacionados à prova. Tal descrição, contudo, diz com o resultado final da inferência, e não com o fenômeno propriamente dito. Este é apresentado de forma distinta na doutrina arbitral (AMARAL, 2017).

Para que o conceito seja melhor assimilado, exemplifica André de Albuquerque Calvacanti Abbud:

Pense-se, por exemplo, na hipótese de o autor afirmar ter um crédito contra o réu reconhecido em determinada reunião societária, mostrar que essa reunião de fato ocorreu e que, apesar de ter sido lavrada uma ata, esta está em poder do réu, controlador da sociedade. Caso o tribunal ordene a produção dessa ata e o réu se negue a fazê-lo, pode ser possível inferir que ela de fato reconheça um direito de crédito do autor. De modo similar, se a única pessoa que presenciou o ato de demissão de determinado funcionário é o diretor da sociedade ré, mas esta deixa injustificadamente de trazê-lo para depor em audiência, apesar de chamada a tal pelos árbitros, pode-se induzir que as razões daquela demissão sejam as afirmadas pelo autor (ABBUD; CARMONA, 2014, p. 152).

Ou seja, o não cumprimento injustificado de uma ordem do tribunal para produzir provas e, por conseguinte, a violação dos deveres de boa-fé e cooperação, podem levar à aplicação da técnica (SOLIS, 2018, p.152, tradução nossa)³⁹.

A importância disso se dá porque os árbitros não possuem poder de império, isto é, não conseguem obrigar a parte a produzir as provas que se recusa a juntar. Afinal, na prática, os poderes do tribunal arbitral para a obtenção de provas são limitados por diversos fatores. Primeiramente, se uma parte não cumprir uma ordem probatória, o tribunal arbitral não terá o poder de impor sanções por desacato contra essa parte da mesma forma que um tribunal estatal pode. Em verdade, a arbitragem estará restrita a sanções como inferências negativas e ordens de custas adversas. Segundamente, os tribunais arbitrais não podem ordenar a produção de documentos em posse de terceiros, isto é, na ausência de uma convenção de arbitragem os vinculando, os tribunais arbitrais geralmente não têm jurisdição para fazê-lo. Outrossim, eles não podem obrigar a presença de testemunhas na audiência. Em terceiro lugar, um tribunal arbitral costumeiramente só é capaz de agir após ter sido constituído. No entanto, pode haver circunstâncias em que as partes não podem esperar pela constituição do tribunal para buscar reparação em questões probatórias ou a reparação, por exemplo, para a preservação de provas documentais (MOLFA; GRANT; KLEIST; WEI, 2019, p. 316, tradução nossa)⁴⁰.

Diante dessa situação, pode o tribunal arbitral se valer dos órgãos do Poder Judiciário para tal fim. Contudo, nem sempre essa solução se mostra a mais eficiente no processo. Isso porque “o cumprimento forçado (pela via judicial) de uma determinação para produção de provas é moroso e ineficiente, se comparado com outras alternativas à recusa da parte em acatar a determinação de produção

³⁹Texto original: “Unjustified non-compliance with a tribunal order to produce information, and hence the party’s duty to cooperate in good faith, may cause that party to suffer an adverse inference”.

⁴⁰Texto original: “First, if a party fails to comply with an evidentiary order, the arbitral tribunal lacks the power to impose sanctions for contempt against that party in the same way that a state court can. When dealing with a party that fails to produce evidence, the arbitral tribunal will be limited to sanctions such as adverse inferences and adverse cost orders. Second, arbitral tribunals are not able to order the production of documents in the possession of third parties; in the absence of an arbitration agreement binding such parties, arbitral tribunals generally lack the jurisdiction to do so. Similarly, arbitral tribunals cannot compel the attendance of witnesses at the hearing. An arbitral tribunal will generally expect each party to the arbitration to proffer its own witnesses of fact in order to prove its case. Third, an arbitral tribunal is generally only capable of acting on an inter partes basis after it has been constituted. However, there may be circumstances where the parties cannot wait for the constitution of the tribunal to seek relief in evidentiary matters and/or relief is required on an ex parte basis (e.g. for the preservation of documentary evidence)”.

probatória” (KAUFMANN-KOHLER; BARTSCH, 2004, p.21, tradução nossa).⁴¹ Ainda, pode o tribunal arbitral impor sanções econômicas à parte renitente ou distribuir desigualmente as custas do procedimento arbitral quando da prolação da sentença. (AMARAL, 2017). Contudo, a extração de inferência negativa constitui uma técnica válida e eficaz para pressionar a parte desinteressada na apresentação da prova para que a forneça mesmo assim, contribuindo para a correta instrução do procedimento sem a necessidade de auxílio judicial ou de sanções monetárias. Esclarece-se:

É comum que certas fontes de prova, como documentos ou pessoas, estejam sob a esfera de controle da parte não interessada em usá-la na arbitragem - porque contrárias à posição por elas defendida. Uma vez que o tribunal determine a produção dessa prova, é importante que existam meios para tornar essa ordem eficaz, contribuindo para a adequada instrução do processo.

Como já se viu, os árbitros não têm poder de *imperium* e, portanto, não podem obter *manu militari* a produção de prova que a parte se recusa a trazer. Normalmente, poderão se valer dos órgãos do Poder Judiciário para esse fim, mas o uso das vias judiciais pode mostrar-se por vezes demorado, custoso e ineficiente

Por essa razão, a prática da arbitragem acabou adotando a técnica das inferências adversas (adverse inferences), de uso conhecido na esfera forense. Trata-se de poderoso instrumento de pressão para que a parte desinteressada na apresentação de determinado documento ou testemunho o forneça mesmo assim. Basicamente, caso a parte se recuse sem justo motivo a produzir a prova que está em seu poder, o tribunal infere que esta prova seria contrária aos interesses desse litigante na arbitragem, atribuindo a isso as consequências que julgar apropriadas na formação de seu convencimento (ABBUD; CARMONA, 2014, p. 153).

De mais a mais, a inferência ocorre porque se entende que "se a parte chamada pelo tribunal a trazer ao processo certo documento ou testemunho recusa-se sem motivo justo a fazê-lo, provavelmente é porque tem algo a esconder"(ABBUD; CARMONA, 2014, p. 153). Ou seja, em outras palavras, as inferências nada mais são do que a “dedução de consequências lógicas de fatos conhecidos” (ALI; SAINATI, 2016, p. 295, tradução nossa)⁴².

Internacionalmente, aliás, a inferência negativa é tida como uma boa saída a fim de garantir que requerente e requerido estejam no mesmo patamar, evitando que a parte desinteressada na apresentação da prova que lhe prejudica possa ser beneficiada da sua própria torpeza. Veja-se a tradução livre:

⁴¹Texto original: “Although the remedy [enforcement by state court of the arbitral tribunal’s document production order] does exist, neither parties nor tribunals in reality use to resort to it. It is apparently thought to be cumbersome and ineffective compared to the other alternatives.”

⁴²Texto original: “An inference is made by deducing the logical consequences of known facts”.

Retida a prova direta, uma inferência adversa busca colocar as partes na posição em que estariam se a parte recalcitrante realmente tivesse produzido a prova retida, desfazendo, assim, qualquer vantagem que a parte recalcitrante pudesse ter obtido da retenção. Por esta razão, tribunais e acadêmicos consideram as inferências adversas a melhor ferramenta disponível para o árbitro para incentivar as partes a cumprir suas ordens de produção. Determinar se esta ferramenta é eficaz na prática é, portanto, crítico para determinar se um tribunal será capaz de obter todas as evidências diretas relevantes em uma arbitragem (BEDROSYAN, 2016, p.251, tradução nossa).⁴³.

De modo similar, a doutrina nacional vislumbra na técnica a possibilidade de, além de gerar incentivos para que a parte apresente as provas necessárias de maneira voluntária, fornecer aos árbitros o poder de julgar a causa de igual modo caso tivessem sido produzidos os documentos e testemunhos, por exemplo, relevantes para a instrução. *In verbis*:

A bem se ver, o mecanismo da inferência adversa tem dupla função ou utilidade. Em um primeiro momento, a possibilidade de que ocorra gera incentivos para que a parte que detém a prova a cumpra voluntariamente - ainda que não espontaneamente - a ordem de produzi-la. Em um segundo momento, caso ainda assim a prova não seja trazida ao processo, abre-se caminho para que os árbitros atinjam o mesmo resultado que a vinda da prova produziria, reunindo elementos para a tomada de decisão (ABBUD; CARMONA, 2014, p. 153).

Além disso, impende destacar que há discussão doutrinária se a inferência negativa constitui uma inversão do ônus da prova⁴⁴ ou se a questão diz respeito ao *standard* probatório⁴⁵ para admitir uma evidência indireta (SCHARF; DAY, 2012; POLKINGHORNE; RODENBERG, 2015).

⁴³Texto original: "Withheld direct proof, an adverse inference seeks to put the parties in the position they would have been in had the recalcitrant party actually produced the withheld evidence, thereby undoing any advantage the recalcitrant party may have gotten from withhold- ing. For this reason, tribunals and scholars consider adverse inferences to be the arbitrator's best available tool in incentivizing parties to comply with its production orders. Determining wheth- er this tool is effective in practice is therefore critical to determining whether a tribunal will be able to obtain all relevant direct evi- dence in an arbitration."

⁴⁴ Texto original "For example, applying the approach of international arbitration tribunals, the ICJ could "infer" that the nonproduced evidence "would be adverse to the interests" of the non-producing party. This approach constitutes, in essence, a reversal of the burden of proof on the factual issue in question." (SCHARF; DAY, 2012)

⁴⁵ Texto original: "In making an adverse inference, the tribunal presumes that if the document or witness had been produced, it would have been in the other party's favour. Properly applied, the adverse inference does not, according to modern parlance, shift a party's burden of proof but rather alleviates the standard (or quantum) of proof by allowing the party to discharge its burden of proof using indirect or circumstantial evidence rather than direct or primary evidence. The adverse inference thus acts as a deterrent to non-compliance with a tribunal's order and contributes to the administration of justice by not preventing a party from fully presenting its case when evidence is withheld by the other party." (POLKINGHORNE; RODENBERG, 2015).

Entretanto, há uma terceira posição para a qual a inferência negativa não se trata de inversão do ônus da prova, tampouco de *standard* probatório. A terceira via entende que, na realidade, diante do vácuo existente nas provas apresentadas no intuito de comprovar a versão de determinado acontecimento, a técnica é utilizada para preencher o vazio com um conjunto de provas indiretas ou circunstanciais. Ou seja, o que acontece, na prática, é o convencimento do tribunal arbitral por outro meio: não por provas diretas, mas sim indiretas. Nessa toada, Guilherme Rizzo Amaral defende:

Alguns sustentam que, ao extrair a inferência negativa, o tribunal arbitral inverte o ônus da prova. Outros afirmam que o tribunal arbitral, em verdade, reduz o *standard* probatório para admitir prova circunstancial no lugar da prova direta.

Tais descrições, contudo, não parecem refletir a realidade. O que se passa, em verdade, é que um vazio existente no conjunto das provas necessárias para provar a versão de determinado fato é preenchido por um conjunto complexo consistente nas provas indiretas ou circunstanciais já produzidas por quem detêm o ônus probatório e pela inferência negativa. Esse conjunto complexo assume o lugar da prova direta cuja produção não se obteve a despeito da ordem do tribunal arbitral. Ou seja, o ônus da prova não migra para a parte contrária, tampouco se reduz o *standard* probatório; apenas o convencimento do tribunal arbitral se forma por meio de um conjunto complexo (prova indireta ou circunstancial + inferência) e não por prova direta (AMARAL, 2017).

É importante salientar que também há quem veja a técnica como uma sanção para a parte que deixou de produzir injustificadamente a prova. Contudo, adotando o entendimento da inferência negativa como uma forma diferenciada para convencer o árbitro, não há falar que seja uma punição. Na realidade, “inferências adversas não podem ser classificadas estritamente como sanções ou penalidades, mas, em vez disso, são uma forma de prova indireta” (KANKKUNEN, 2014)⁴⁶. Em outras palavras:

Na opinião dos autores, o extração de uma inferência adversa não deve ser descrita como uma sanção ou punição por não produção, embora alguns doutrinadores o descrevam como tal. Não é uma sanção de forma alguma (como uma ordem de pagamento que pode se dar em certas circunstâncias), mas sim uma regra probatória que, se os elementos forem descobertos, cria uma prova indireta de evidência que precisa ser valorada em conjunto com todas as outras evidências. Assim, uma inferência adversa é um tipo de prova como prova documental, testemunhal e especializada.(...) é por isso que, quando o tribunal arbitral achar que pode precisar se basear em uma inferência adversa relativa à falta de produção de um documento solicitado e ordenado, ele deve informar as partes com antecedência e garantir que elas tenham a oportunidade adequada de apresentar argumentos sobre aquela peça de prova, ou seja, se o tribunal arbitral deve tirar uma inferência adversa

⁴⁶ Texto original: “However, adverse inferences cannot be classified strictly as sanctions or penalties, but instead are a form of indirect evidence”.

e como essa inferência pode se encaixar com o resto das provas (GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, 2011, p.48, tradução nossa)⁴⁷.

Sobre essa questão, a Lei 9.307/96, inclusive, exemplifica o que deve ser considerado uma sanção quando, no art. 27⁴⁸, dispõe sobre verba decorrente de litigância de má-fé.

Cumpra-se destacar a existência do que a doutrina chama de "inferência negativa imprópria", que ocorre nas situações em que o caso da parte é consistente e conclusivo com base nas provas apresentadas e, na falta de defesa da contraparte, aquela deve ganhar o caso. Ou seja, não há lacuna a ser preenchida. Confira-se:

Provavelmente, o tipo mais comum de inferência adversa extraída nos casos revisados do ICC é o que será referido pelos autores como inferência adversa "imprópria". Isso não diminui sua importância. Ela é, na verdade, um ferramenta essencial para avaliar evidências e, provavelmente, é a inferência adversa mais amplamente utilizada. Neste cenário, o caso do reclamante é consistente e conclusivo com base nas evidências apresentadas para isso. Na ausência de qualquer defesa, o reclamante deve ganhar o caso (GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, 2011, p.45, tradução nossa)⁴⁹.

Pode-se depreender, então, que há discussão doutrinária sobre se a inferência negativa se trata de inversão do ônus da prova, do standard probatório ou então de uma forma pela qual o árbitro se convence por provas indiretas e circunstanciais ao invés de diretas. De todo modo, a consequência prática é a mesma: o tribunal infere negativamente à parte que deixou de apresentar uma prova que possui o condão de lhe prejudicar.

⁴⁷ Texto original: In the authors' view, the drawing of an adverse inference should not be described as a 'sanction' or punishment for non-production, even though some commentators describe it as such.⁹ It is not a sanction at all (as a costs order can be in certain circumstances), but rather a rule of evidence which, if the elements are made out, creates an indirect¹⁰ piece of evidence that needs to be weighed together with all the rest of the evidence. Thus an adverse inference is a type of evidence like documentary evidence, testimonial evidence and expert evidence. (...), this is why, where the arbitral tribunal feels that it might need to rely on an adverse inference relating to the failure to produce a requested and ordered document, it should inform the parties in advance and ensure that they have a proper opportunity to present submissions on that piece of evidence, i.e. on whether the arbitral tribunal should draw an adverse inference and how that inference could fit in with the rest of the evidence.

⁴⁸Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver. (BRASIL, 1996)

⁴⁹ Texto original: "inference drawn in the reviewed ICC awards is what will be referred to by the authors as 'improper' adverse inferences. This is not meant to diminish their importance. They are, in fact, an essential tool for assessing evidence and probably the most widely used adverse inference. In this scenario, the claimant's case is consistent and conclusive based on the evidence presented by it. In the absence of any defence, the claimant should win the case".

3.2 RECEPÇÃO DA TÉCNICA DA INFERÊNCIA NEGATIVA NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS INTERNACIONAIS

É amplamente aceito na comunidade arbitral internacional que os tribunais arbitrais podem extrair inferências adversas da falha de uma parte em produzir um documento solicitado no processo (SILVA, 2019, p. 1, tradução nossa)⁵⁰.

Porém, salienta-se que é um desafio expor sobre regras probatórias em arbitragem internacional. Afinal, muitos a entendem como um processo livre de regramentos. Ocorre que, em verdade, a arbitragem internacional adota, na produção de provas, uma série de princípios extraídos da jurisprudência dos tribunais. Esclarece-se:

(...) a arbitragem se presta a regras de procedimento probatório, e que tais regras são mais do que meras soluções ad hoc adotadas por capricho de vários árbitros. Na verdade, o que se torna evidente a partir de um estudo das regras de prova em arbitragem internacional é que muitos dos princípios invocados hoje foram incluídos na jurisprudência de tribunais internacionais remontando a mais de cem anos. Na prática moderna, esses princípios são utilizados por árbitros com uma ampla variedade de experiências jurídicas, com o resultado um tanto surpreendente, mas satisfatório, de serem aplicados com consistência geral (O'MALLEY, 2012, p. 1-2, tradução nossa)⁵¹.

Ainda, as *IBA Rules* sobre a produção de provas em arbitragem internacional são a melhor fonte de tais regras (O'MALLEY, 2012, p. 1-2, tradução nossa)⁵².

Explica-se que a *Internacional Bar Association (IBA)* constitui a associação internacional de advogados, criada com o ideal de que uma organização constituída por advogados ao redor do mundo poderia contribuir com a estabilidade mundial. Veja-se a explicação que consta no seu *site* oficial:

⁵⁰Texto original: "It is widely accepted in the international arbitration community that arbitral tribunals may draw adverse inferences from a party's failure to produce a document requested in the proceedings"

⁵¹Texto original: "arbitration does lend itself to rules of evidentiary procedure, and that such rules are more than merely the ad hoc solutions adopted at the whim of various arbitrators. In fact, what becomes evident from a study of the rules of evidence in international arbitration is that many of the principles invoked today have featured in the jurisprudence of international tribunals stretching back more than a hundred years. 2 In modern practice, these principles are utilised by arbitrators with a wide variety of legal backgrounds, with the somewhat surprising yet satisfying result that they are applied with general consistency"

⁵²Texto original: "The 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010) is the greatest source of such rules, and thus this book contains a wide consideration of that body of rules save for articles 1 and 2, which are discussed only as they relate to the more substantive portions of the IBA Rules found in articles 3–9"

A principal organização para profissionais do direito internacional, ordens de advogados e sociedades de advogados. Fundado em 1947, logo após a criação das Nações Unidas, o IBA nasceu da convicção de que uma organização formada pelas ordens de advogados do mundo poderia contribuir para a estabilidade global e a paz por meio da administração da justiça. Nos 70 anos que se seguiram desde a sua criação, a organização evoluiu de uma associação composta exclusivamente por ordens de advogados e sociedades de advogados, para uma que reúne advogados internacionais individuais e escritórios de advocacia inteiros. O quadro de membros atual é composto por mais de 80.000 advogados internacionais individuais da maioria dos principais escritórios de advocacia do mundo e cerca de 190 ordens de advogados e sociedades de advogados em mais de 170 países.

O IBA tem experiência considerável na prestação de assistência à comunidade jurídica global e, por meio de sua associação global, influencia o desenvolvimento da reforma do direito internacional e molda o futuro da profissão jurídica em todo o mundo (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2021a, tradução nossa)⁵³.

Dentro do escopo de trabalho da associação, houve a elaboração das chamadas *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, isto é, de regras sobre a obtenção de provas em arbitragem internacional. Esse conjunto de regramentos constitui, na verdade, *soft law*, ou seja, não é, a priori, aplicável de maneira impositiva. Desse modo, não sendo vinculante, representa, na verdade, recomendações e diretrizes para o bom andamento da instrução do procedimento arbitral. Esclarece-se:

Nos últimos dez ou quinze anos, uma particular forma de disciplina do processo arbitral internacional ganhou corpo e difundiu-se. Trata-se de instrumentos escritos não obrigatórios, como diretrizes, recomendações, protocolos, guias e códigos de conduta, elaborados por comissões e organismos não estatais, cuja aplicação ao processo arbitral é condicionada à vontade das partes ou à iniciativa dos árbitros. Essas ferramentas não vinculantes, integrantes da chamada "soft law", visam a orientar a prática de atos processuais no espaço deixado por leis nacionais, tratados internacionais e regulamentos de arbitragem, isto é, normas jurídicas aplicáveis por imposição da lei ou do contrato ("hard law") (ABBUD, CARMONA, 2014, p.1).

⁵³ Texto original: "The foremost organisation for international legal practitioners, bar associations and law societies. Established in 1947, shortly after the creation of the United Nations, the IBA was born out of the conviction that an organisation made up of the world's bar associations could contribute to global stability and peace through the administration of justice. In the ensuing 70 years since its creation, the organisation has evolved, from an association comprised exclusively of bar associations and law societies, to one that incorporates individual international lawyers and entire law firms. The present membership is comprised of more than 80,000 individual international lawyers from most of the world's leading law firms and some 190 bar associations and law societies spanning more than 170 countries. The IBA has considerable expertise in providing assistance to the global legal community, and through its global membership it influences the development of international law reform and shapes the future of the legal profession throughout the world."

Ademais, tais regras são frequentemente utilizadas em procedimentos arbitrais e, havendo concordância das partes, o seu cumprimento pode se tornar obrigatório. Confira-se:

O instrumento de soft law mais utilizado em arbitragens com partes brasileiras são as Regras de Produção de Provas em Arbitragem Internacional da IBA (“International Bar Association”), editadas em 1999 e revisadas em 2010 (...)

As Regras constituem um documento extenso que pode ser utilizado como regra cogente, caso haja convenção entre as partes numa arbitragem. Não é incomum que a adoção destas regras ocorra no momento da assinatura do Termo de Arbitragem por solicitação do Tribunal e/ou acordo das Partes.

As regras da IBA para produção de provas englobam desde o seu escopo de aplicação, a necessária consulta prévia entre as Partes, a troca de documentos e suas variadas formas, a tomada de depoimentos de testemunhas de fato, o trabalho de peritos ou experts designados pelas Partes ou pelo Tribunal, a inspeção, as audiências de produção de provas e a análise de admissibilidade e acessibilidade às provas (CARMONA; LEMES; BATISTA, 2017, p. 296).

Esse renomado regramento prevê expressamente nos artigos 9.6 e 9.7 da sua versão mais atualizada - escrita no ano de 2020 - a possibilidade de extração de inferência negativa nos casos de não apresentação injustificada da prova, seja ela documental seja de qualquer outra natureza:

9.6 Se uma Parte falhar em não apresentar, sem explicação satisfatória, qualquer Documento solicitado sem ter contestado no tempo devido ou não apresentar qualquer Documento que o Tribunal Arbitral ordenou a apresentação, este poderá inferir que tal documento seria ser adverso aos interesses dessa Parte.

9.7 Se uma parte falhar sem explicação satisfatória em disponibilizar qualquer outra prova, incluindo testemunho, sem objeções no prazo, ou falhar em disponibilizar qualquer prova, incluindo testemunho, requisitado pelo Tribunal Arbitral a ser produzida, o Tribunal Arbitral pode interferir para que tal evidência seja adversa aos interesses da parte (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2020, tradução nossa)⁵⁴.

⁵⁴ Texto original: “If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.”

“If a Party fails without satisfactory explanation to make available any other relevant evidence, including testimony, sought by one Party to which the Party to whom the request was addressed has not objected in due time or fails to make available any evidence, including testimony, ordered by the Arbitral Tribunal to be produced, the Arbitral Tribunal may infer that such evidence would be adverse to the interests of that Party.”

Os comentários oficiais explicam os arts. citados e acrescentam que, quando uma parte requer a extração de inferência negativa de outra, tal pedido deve ser fundamentado e a inferência desejada precisa ser especificada:

Finalmente, conforme observado acima na discussão do Artigo 3, os Artigos 9.6 e 9.7 permitem inferências quando uma parte não apresentou um documento ou disponibilizou outras provas exigidas pelo tribunal arbitral. O tribunal arbitral pode então concluir que tal documento ou prova seria adverso aos interesses dessa parte. Quando tal inferência é solicitada por uma parte, pode-se esperar que a parte articule de forma clara e específica as razões para a inferência e a inferência particular a ser tirada.(...) (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2021b, tradução nossa)⁵⁵

Acresce-se que, apesar da versão mais recente das mencionadas regras ser do ano de 2020, a possibilidade de aplicação da técnica já estava presente desde a versão das *IBA Rules* do ano de 1999. Novamente, dos comentários oficiais:

Artigo 9. 6 (antigo Artigo 9.4 no texto de 1999 e 9.5 no texto de 2010) do Regulamento das IBA indicam que, se uma parte não cumprir uma ordem processual de um tribunal arbitral quanto à produção de documentos, o tribunal arbitral pode inferir deste descumprimento que o conteúdo do documento seria adverso aos interesses dessa parte. Esta inferência também se aplica quando uma parte não faz uma objeção adequada a um pedido de produção dentro prazo estabelecido pelo tribunal arbitral, mas não apresenta os documentos solicitados. (...) (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2021b, tradução nossa)⁵⁶

A frequência na utilização das *IBA Rules* pode ser explicada em razão de sua contribuição para evitar surpresas durante o procedimento arbitral. Ainda, no que tange à técnica estudada, a adoção das regras serve para que as partes, por saberem previamente da possibilidade de extração de inferência negativa, sejam estimuladas à apresentação das provas que possuem e, por outro lado, havendo recusa

⁵⁵ Texto original: “Finally, as noted above in the discussion of Article 3, Articles 9.6 and 9.7 permit inferences where a party has failed to produce a document or make available other evidence required by the arbitral tribunal. The arbitral tribunal may then conclude that such document or evidence would be adverse to the interests of that party. Where such an inference is requested by a party, it may be expected that the party will clearly and specifically articulate reasons for the inference and the particular inference to draw. (...)” .

⁵⁶ Texto original: “Article 9. 6 (formerly Article 9.4 in the 1999 text and 9.5 in the 2010 text) of the IBA Rules of Evidence provides that if a party fails to comply with a procedural order of an arbitral tribunal concerning the production of documents, the arbitral tribunal may infer from this failure to comply that the content of the document would be adverse to the interests of that party. This inference also applies when an opposing party does not make a proper objection to a request to produce within the time-limit set by the arbitral tribunal, but nevertheless fails to produce requested documents. (...)” .

injustificada da apresentação, tenham ciência prévia sobre a consequência de seu ato. Entende a doutrina:

Se os árbitros ou as partes resolvem adotar disposições como as da IBA como diretrizes (ou mesmo como verdadeiras normas jurídicas) previamente à instrução, por exemplo em ordem processual ou no termo de arbitragem, eles contribuem para evitar surpresas às partes e aumentar a eficácia do próprio mecanismo de inferências adversas, bem como do procedimento geral (...). De fato, a se pensar na dupla função da técnica, de um lado a ciência prévia de que o tribunal poderá fazer induções negativas dá incentivo à parte para que cumpra a ordem de produção da prova, aumentando a qualidade do conjunto probatório. De outro lado. Caso a parte ainda assim se recuse a obedecer à ordem, essa mesma ciência torna mais justa a presunção contrária aos interesses dessa parte. O resultado é que a própria garantia do due process sai fortalecida da referência expressa e antecipada a disposições como as dos arts. 9.5 e 9.6 das Regras da IBA. As partes precisam conhecer claramente as potenciais consequências de seus atos e omissões na arbitragem para que possam ser responsabilizadas por eles. (...) Em razão disso, mesmo que a aplicação das Regras da IBA como diretrizes tenha sido definida no início do processo, é altamente recomendável que o tribunal alerte a parte, em cada situação específica, de que sua recusa em produzir determinada prova poderá ter como consequência a extração de conclusões contrárias a suas alegações. (...) (ABBUD; CARMONA, 2014, p. 154)

Além da recepção da inferência negativa pelas *IBA Rules*, a técnica é recepcionada por outras normativas internacionais, porquanto “jurisdições em todo o mundo reconhecem os princípios da inferência adversa” (SOLIS, 2018, p. 6, tradução nossa)⁵⁷. Guilherme Rizzo Amaral resume:

A possibilidade de tribunais arbitrais extraírem inferências negativas é amplamente reconhecida na arbitragem, muito embora seu tratamento legislativo e institucional não seja uniforme, como se pode notar, por exemplo, da análise das leis de arbitragem inglesa (Seção 41[7]) e francesa (artigo 1467), da Lei Modelo da UNCITRAL (artigo 25, c), das leis de arbitragem alemã (Seção 1048.3) e japonesa (artigo 33.3), das regras da ICC (artigo 25.5), da HKIAC (artigo 22.3), da SIAC (artigo 27), do ICSID (artigo 34) e, em especial, da American Arbitration Association – AAA (regra 23) (AMARAL, 2017).

Assim, diante da ampla aceitação demonstrada, apesar de não ser tão frequente a extração de inferência negativa, não há grandes questionamentos sobre a possibilidade de o tribunal arbitral ter a prerrogativa de aplicar a técnica. Afinal, se não houver a aplicação quando necessário, poderá o árbitro incorrer em falta de imparcialidade, prejudicando injustamente uma das partes:

⁵⁷ Texto original: “Moreover, Jurisdictions around the world recognize principles of adverse inferences”.

Independentemente das discrepâncias encontradas nas leis domésticas ou nas regras institucionais, há poucas dúvidas de que os árbitros têm poderes para fazer inferências adversas, a menos que as partes tenham acordado de outra forma. Tais poderes se originam da liberdade de julgamento dos árbitros ou poder discricionário para avaliar o valor probatório de documentos e provas, um princípio amplamente reconhecido na arbitragem nacional e internacional. Por se tratar de competência arbitral, também resta pouca dúvida de que a matéria é regulada pela *lex arbitri* e não pela lei aplicável ao mérito.

Além disso, embora as inferências adversas sejam bastante raras, a recusa do tribunal em fazer tais inferências pode convidar a reclamações de falta de imparcialidade se colocar um fardo muito pesado sobre a parte requerente (AMARAL, 2018, p. 11, tradução nossa)⁵⁸.

Ante o exposto, é possível concluir que, apesar da não imposição das *IBA Rules*, a recepção internacional da técnica é expressiva, vez que tende a evitar surpresas e a contribuir com a correta e completa instrução no procedimento arbitral, estimulando a apresentação das provas acessíveis às partes e garantindo a igualdade nos casos em que uma delas, sem justificativa plausível, deixa de trazer aos autos prova que vai de encontro aos seus interesses.

3.3 OBRA DE JEREMY K. SHARPE E A CAUTELA NA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA INFERÊNCIA NEGATIVA NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

Apesar do reconhecimento internacional da técnica da inferência negativa, é importante frisar a seriedade e gravidade da sua aplicação bem como a necessidade de que seja utilizada com cautela (OLSSON, 2007, p.37, tradução nossa)⁵⁹. Nesse sentido, ao discorrer sobre as raízes filosóficas da inferência negativa, tem-se que “as inferências podem ser perigosas; se não estiverem intimamente ligadas a fatos conhecidos, elas podem resultar em conclusões falsas e mal-entendidos sobre o mundo” (ALI; SAINATI, 2016, p. 295, tradução nossa)⁶⁰. Não à toa, os tribunais

⁵⁸ Texto original: “Regardless of the discrepancies found in domestic laws or in institutional rules, there is little doubt that arbitrators are empowered to draw adverse inferences, unless the parties have agreed otherwise. Such powers originate from the arbitrators’ freedom of judgement or discretionary power to appraise the probative value of documents and evidence, a widely recognized principle in domestic and international arbitration. Given that it is within the realm of arbitral powers, there is also little doubt that the matter is regulated by the *lex arbitri* rather than by the law applicable to the merits. Furthermore, even though adverse inferences are quite rare, the tribunal’s refusal to make such inferences may invite lack of impartiality claims if it places too heavy a burden on the requesting party.”

⁵⁹ Texto original: “Adverse inferences must be applied with care”.

⁶⁰ Texto original: “Philosophers have long resorted to inferences in searching for wisdom and perceiving new truths, but have been careful to circumscribe the use of inferences in ways that seek to maximize

arbitrais são geralmente bem relutantes em aplicá-las (KANKKUNEN, 2014, p.64, tradução nossa)⁶¹. O receio pode ser comprovado por meio do estudo empírico publicado no ano de 2011 pela Câmara de Comércio Internacional, em que Simon Greenberg e Felix Lautenschlager analisaram 33 sentenças e chegaram à conclusão de que, em quase 60% dos casos, os tribunais arbitrais se recusaram a extrair inferências negativas, contornando a situação por outros meios, a fim de evitar preocupações acerca da violação ao devido processo legal. Ainda, segundo a pesquisa, para a não utilização da técnica, entendeu o tribunal arbitral a sua desnecessidade para a formação do convencimento ou a sua redundância no caso concreto (GREENBERG; LAUTENSCHLAGER, 2011, p.49, tradução nossa)⁶².

Assim, importa dizer que a utilização da técnica deve ser “muito bem e criteriosamente aplicada, assim como previamente avaliada pelos árbitros a conveniência de sua prática, pois, dependendo da forma e do teor da valoração a ela conferidos, poderá, em tese, dar azo à anulação da sentença arbitral” (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p.281”).

Diante desse cenário, Jeremy K. Sharpe⁶³, que é um “árbitro independente e advogado de direito público internacional⁶⁴”, escreveu a obra intitulada “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence”. Nesta, a partir da análise do histórico de mais de duas décadas e 36 volumes de decisões do *Iran-United States*

the reliability of the inference drawn. As a general proposition, in philosophy, inferences are tools of reason, mechanisms for discerning new truths on the basis of existing knowledge. Such inferential reasoning is pervasive—a fundamental aspect of the human condition and a basic method for understanding and relating to the world. But philosophical traditions also generally acknowledge that inferences can be dangerous; if not closely tethered to known facts, they can result in false conclusions and misapprehensions about the world.”

⁶¹Texto original: “(...) While this is certainly possible, it would seem that arbitrators are generally reluctant to draw adverse inferences, even when a party refuses to cooperate.”

⁶² Texto original: “As mentioned above, in reviewing draft ICC arbitral awards, the authors sensed that arbitral tribunals were reluctant to draw adverse inferences. They sometimes skirt around the issue and decide the case by other means, presumably in an effort to avoid creating due process concerns.

This feeling seems to have been confirmed by studying the ICC awards. In fact, in 20 of the 36 instances examined (58%) the arbitral tribunal stated that it was not necessary to draw an adverse inference to reach its conclusion. Amongst those 20 instances were three where the arbitral tribunal said that it could draw adverse inferences but that doing so would be redundant. In 12 of the 36 instances the arbitral tribunal actually drew an adverse inference and in only seven instances was the drawing of an inference decisive for the outcome of the case. (...)”

⁶³ A obra de Jeremy K. Sharpe é, certamente, a mais lembrada pelos demais autores estudados neste trabalho quando se trata de requisitos a serem preenchidos para a aplicação da técnica. Outros estudiosos, como Gary Born no livro *International commercial arbitration*. Kluwer Law International, 2014, apenas resumem a lógica de Sharpe.

⁶⁴Texto original: “Jeremy K. Sharpe is an independent arbitrator and public international law practitioner.” (SHARPE, 2021, tradução nossa).

Claims Tribunal, o autor elaborou uma série de critérios que ficaram conhecidos como “Teste de Sharpe”. Atualmente, apesar de não haver obrigatoriedade no preenchimento dos requisitos, há, de acordo com os advogados Milo Molfa, Adam Grant, Paul Kleist e Amy Wen (2019, p.320, tradução nossa), um consenso razoável de que essas condições devem ser satisfeitas para que inferências adversas sejam aplicadas⁶⁵, porque o cumprimento cumulativo desses pontos para a extração de inferência negativa pelo tribunal “evita as *fishing expeditions*”⁶⁶ e a surpresa das partes com a prolação de sentenças arbitrais fundadas em inferências negativas”(FERRAZ, 2018, p.187).

Analisando-se com mais detalhes cada um dos cinco requisitos, na ordem apresentada pelo advogado, tem-se que o primeiro diz respeito à necessidade de “a parte que busca a inferência adversa deve produzir todas as provas disponíveis, corroborando com a inferência buscada” (SHARPE, 2006, p. 551, tradução nossa)⁶⁷. Em suma, podem os tribunais arbitrais se recusarem a aplicar a inferência negativa se a parte que a solicita provavelmente tem acesso a provas que corroboram a inferência buscada, mas falhou em produzi-las ou explicar adequadamente a sua não produção. Para melhor ilustrar essa questão, o autor traz o Caso Hilt, em que o requerente buscou indenização decorrente de um contrato de trabalho rescindido. Contudo, ele tinha acesso às informações contidas em seus registros que poderiam ter resolvido o problema, mas o autor não produziu a prova, tampouco apresentou justificativa quanto a isso, de modo que o tribunal arbitral se negou a utilizar a técnica (SHARPE, 2006, p. 555, tradução nossa)⁶⁸.

⁶⁵ Texto original: “Atualmente, há um consenso razoável’ de que essas condições ‘devem ser satisfeitas para que inferências adversas sejam feitasThere is currently a reasonable consensus’ that these conditions ‘must be satisfied in order for adverse inferences to be drawn”.

⁶⁶ “o fishing expedition (quando a parte postula várias modalidades de prova para tentar, aleatoriamente, encontrar algo que lhe seja útil).” (CARMONA; LEMES; BATISTA, 2017, p. 496).

⁶⁷ Texto original: “the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought”.

⁶⁸ Texto original: “The Hilt case at the Iran-United States Claims Tribunal illustrates the point. There, the claimant sought damages arising from a terminated employment contract, including damages for a 25 per cent salary increase to which she claimed entitlement. The respondent (which by then controlled the claimant's former employer) had 'access to information within its records' that could have settled the disputed issue, but failed to produce that evidence. Despite the respondent's non-production of the critical evidence, however, the Tribunal declined to draw adverse inferences, noting that the claimant herself 'had access to corroborating evidence but failed to present it or offer any explanation as to its absence”.

O segundo critério afirma que “a prova solicitada deve ser acessível ao oponente da inferência” (SHARPE, 2006, p. 551, tradução nossa)⁶⁹. Afinal, para que o tribunal possa aplicar a inferência solicitada, a parte solicitante deve demonstrar que a contraparte tem, ou deveria ter, acesso às provas solicitadas. Porém, pode o tribunal entender que o documento é acessível à parte se ele estiver, por exemplo, nas mãos de uma matriz, subsidiária ou empresa relacionada. Ainda, pode haver a aplicação da técnica dependendo das circunstâncias da destruição de provas, mesmo que em razão disso elas não sejam acessíveis (SHARPE, 2006, p. 558, tradução nossa)⁷⁰.

O terceiro, por sua vez, defende que “a inferência pleiteada deve ser razoável, consistente com os fatos demonstrados e logicamente relacionada à natureza provável das evidências retidas” (SHARPE, 2006, p. 551, tradução nossa)⁷¹. Ou seja, as inferências negativas devem condizer com os fatos e provas presentes no caso, não podendo os árbitros traçá-las de modo que sejam contrárias ao que já foi suficientemente provado nos autos. Extraí-se de estudo sobre o tema:

Em suma, as inferências adversas devem sempre ser consistentes com os fatos e evidências gerais presentes no caso em questão. Os tribunais certamente não devem fazer inferências que vão contra o que já foi suficientemente provado por outras evidências, mesmo que o não cumprimento da parte solicitada seja claramente intencional e injustificado. Assim, a inferência adversa tem apenas aplicabilidade limitada como uma sanção ou punição medida, e deve, antes de mais nada, ser considerada uma forma de prova indireta (KANKKUNEN, 2014, p. 66, tradução nossa)⁷².

⁶⁹ Texto original: “the requested evidence must be accessible to the inference opponent”.

⁷⁰ Texto original: Occasionally, however, a party’s purported inability to produce evidence is pretextual, as the evidence sought might well be in the hands of a parent, subsidiary or related company. In such cases, the arbitral tribunal may determine that the requested documents are in fact accessible to the requested party, and may draw appropriate inferences from their non-production. Likewise, a tribunal may conclude that a party’s lack of access to evidence arises from destruction of that evidence. A tribunal may, as circumstances require, draw appropriate adverse inferences from non-production of such evidence..

⁷¹ Texto original: “inference Sought Must be Reasonable, Consistent with Facts in the Record and Logically Related to the Probable Nature of the Evidence Withheld”.

⁷² Texto original: “This is because a tribunal can only draw inferences the requested documents would have shown to be true. This also means that the drawn adverse inferences cannot be drawn about minor details, but only about the general contents of the documents. For example, a tribunal might infer that the requested document would prove an existence of a debt between the parties, but without further proof of the details the tribunal cannot draw inferences of the amount of the debt. All in all, adverse inferences should always be consistent with the facts and overall evidence present in the case at hand. Tribunals should certainly not draw inference that goes against what has already been sufficiently proven by other evidence, even if the non-compliance of the requested party is clearly intentional and unjustified. Thus, adverse inference has only limited applicability as a sanction or a punitive measure, and should first and foremost be considered a form of indirect evidence.”.

A quarta premissa disciplina que “a parte que busca a inferência adversa deve produzir provas *prima facie*” (SHARPE, 2006, p. 551, tradução nossa)⁷³. Estas são “insuficientes para provar um fato, porém, fornecem uma dica sobre a direção certa” (AMARAL, 2018, p,24, tradução nossa)⁷⁴. Ilustrativamente, traz-se o caso em que uma empresa privada alegou que a República Tcheca havia conspirado contra ela. O tribunal arbitral, porém, se negou a extrair inferência negativa sobre a alegada omissão de um ministro tcheco em comparecer para testemunhar na audiência, porque entendeu que a empresa não trouxe provas *prima facie* que corroborassem com a alegada conspiração (AMARAL, 2018, p,24, tradução nossa)⁷⁵. Assim, “na prática, os tribunais arbitrais não farão inferências adversas se a parte solicitante não apresentar provas que sejam, nas circunstâncias, razoavelmente consistentes, completas e detalhadas” (SHARPE, 2006, p. 564, tradução nossa)⁷⁶.

O quinto e último critério afirma que “o tribunal deve permitir à parte solicitada oportunidade suficiente para produzir provas antes de extrair inferências adversas contra ela” (SHARPE, 2006, p. 568, tradução nossa)⁷⁷. Isso porque, para garantir o devido processo legal e evitar surpresas, os árbitros devem informar as partes sobre suas obrigações, inclusive em questões probatórias, durante o procedimento arbitral. Assim, se uma parte não cumprir uma ordem do tribunal para produzir documentos, ele deve, na medida do possível, emitir uma ordem informando essa parte das consequências do não cumprimento, incluindo o fato de que inferências adversas podem ser tiradas contra ela” (SHARPE, 2006, p. 564, tradução nossa)⁷⁸.

⁷³ Texto original: “the party seeking the adverse inference must produce prima facie evidence”.

⁷⁴ Texto original: “In turn, ‘prima facie evidence in the sense of proper adverse inferences is insufficient to establish a fact, even if it provides a hint into the right direction”

⁷⁵ Texto original: “In another case, in which a private company alleged that the Czech Republic had conspired against it, an arbitral tribunal under the Permanent Court of Arbitration refused to draw an adverse inference from a Czech minister’s failure to appear and give evidence at the hearing. The tribunal stated that the claimant ‘[had] not produced even prima facie evidence supporting the alleged conspiracy’ and that, as a result, ‘the Tribunal [did] not think that an adverse inference, standing alone and unsupported by other evidence, [could] carry the day’.”

⁷⁶ Texto original: “In practice, arbitral tribunals will not draw adverse inferences if the requesting party has failed to introduce evidence that is, under the circumstances, reasonably (i) consistent, (ii) complete and (iii) detailed.”

⁷⁷ Texto original: “Tribunal Should Afford Requested Party Sufficient Opportunity to Produce Evidence Prior to Drawing Adverse Inferences Against it”. p. 568.

⁷⁸ Texto original: “Arbitrators strive not only to provide fair proceedings, free from bias or favouritism, but also a process that appears fair to the parties. As such, arbitrators are well advised to inform parties of their obligations, including their evidential obligations, during the arbitration proceedings. Thus, if a party fails to comply with a tribunal directive to produce documents, the tribunal should, as far as possible, issue an order informing that party of the consequences of noncompliance, including the fact

Em síntese, pode-se entender da mencionada obra:

Jeremy Sharpe extraiu do vasto corpo de julgados do Tribunal de Disputas EUA-Irã (Iran-US Claims Tribunal) a seguinte síntese de requisitos a que condicionados na prática juízos de mérito baseados em presunções negativas: primeiro, a parte à qual a indução interessa deve produzir todas as provas disponíveis que a corroborem; segundo, a prova requerida deve estar em poder ou à disposição da parte que deve produzi-la; terceiro, a inferência deve ser razoável, consistente com os fatos e demais provas do processo e relacionada logicamente com o provável teor da prova retida; quarto, a parte interessada na presunção deve produzir prova *prima facie* de suas próprias alegações; finalmente, a parte que retém a prova deve saber, ou ter motivo para saber, que sua recalcitrância poderá gerar a inferência adversa, bem como ter oportunidade para contrapô-la com outras provas (ABBUD; CARMONA, 2014, p. 155).

Ademais, é importante repisar que, conforme anteriormente exposto, a inferência negativa representa uma prova indireta, de acordo com Guilherme Rizzo Amaral, e será avaliada dentro de um contexto com outras provas. Assim, se a parte não conseguiu provar suficientemente suas alegações, a técnica pode não ser o bastante para que o tribunal entenda em seu favor. Outrossim, tendo em vista que a inferência é uma prova indireta, ela não pode, por si só, ser o fator decisivo de um caso. Isso porque ela deve ser pesada com todas as demais provas da lide (KANKKUNEN, 2014, p.64, tradução nossa)⁷⁹.

Nesse sentido, a inferência, além de geralmente não ser conclusiva, podendo ser refutada com outras provas do caso⁸⁰, constitui prova indireta, possuindo um valor probatório menor do que as evidências diretas de um procedimento, como um documento, por exemplo. Isto é, por mais que seja admitida nos autos, a técnica é utilizada com cautela e possui um valor probatório próprio (PIETROWSKI, 2006, p. 380, tradução nossa). Nesse sentido, explica a doutrina:

that adverse inferences may be drawn against it. This should help avoid surprise and ensure due process. .

⁷⁹ Texto original: “As adverse inferences are considered a part of the overall evidence produced in the dispute at hand, it then follows that if the party who has the burden of proof has not sufficiently proven its claims, the adverse inferences drawn from the opposing party’s refusal to produce evidence might not be enough to conclude the issue in favour of the claimant. Conversely, if a party has sufficiently proven its claims, it might not be necessary to draw adverse inferences if the opposing party refuses to produce evidence. As adverse inference is classified as indirect evidence, it alone cannot be the deciding factor in a case. Instead, adverse inference must be weighed against all the other evidence present in the dispute.”

⁸⁰ Texto original: “Inferences and presumptions generally are not conclusive and may be rebutted by relevant evidence”. (PIETROWSKI, 2006, p. 384)

Com relação às provas documentais e testemunhais, os tribunais internacionais distinguem entre evidências 'diretas' ou 'primárias' e evidências 'indiretas', 'secundárias' ou 'circunstanciais'. A evidência direta de um documento é o próprio documento. Uma cópia do documento ou testemunho quanto ao conteúdo do documento por uma pessoa que o leu é uma evidência indireta. Prova testemunhal direta é o depoimento de uma testemunha que observou pessoalmente um fato ou evento. A declaração de tal testemunha, bem como o depoimento de uma testemunha cujo conhecimento é derivado de uma terceira pessoa em vez de observação pessoal (ou seja, depoimento 'boato'), são evidências indiretas. Na arbitragem internacional, a distinção entre evidência direta ou primária e indireta ou secundária envolve o peso da evidência, não sua admissibilidade. A evidência direta é preferida e geralmente terá mais peso do que a evidência indireta. No entanto, a evidência indireta é geralmente aceita pelos tribunais internacionais e, se a evidência direta não estiver disponível, a evidência indireta é o único método de prova. Da mesma forma, se a evidência direta for contestada, a evidência indireta pode ser decisiva.

Ao determinar o peso a ser dado à evidência indireta, um tribunal considerará se há uma razão aceitável para a não produção de evidência direta (PIETROWSKI, 2006, p. 380, tradução nossa)⁸¹.

Em outras palavras, há maior confiança nas evidências diretas, nas provas concretas que já estão no procedimento e, por óbvio, se elas forem o suficiente no processo, o tribunal não precisará se valer da técnica (SOLIS, 2018, p. 20, tradução nossa)⁸². Afinal, por serem meras presunções, as inferências adversas não podem ser categorizadas como provas diretas. Assim, devem ser interpretadas e ponderadas no contexto do caso e com as demais provas produzidas no processo (SILVA, 2019, p.1, tradução nossa)⁸³.

⁸¹ Texto original: "With respect to both documentary evidence and testimonial evidence, international tribunals distinguish between 'direct' or 'primary' evidence and 'indirect', 'secondary' or 'circumstantial' evidence. The direct evidence of a document is the document itself.²³ A copy of the document or testimony as to the content of the document by a person who has read it is indirect evidence. Direct testimonial evidence is the testimony of a witness who has personally observed a fact or event. The affidavit of such a witness, as well as testimony of a witness whose knowledge is derived from a third person rather than personal observation (i.e., 'hearsay' testimony), are indirect evidence. In international arbitration, the distinction between direct or primary evidence and indirect or secondary evidence involves the weight of the evidence, not its admissibility. Direct evidence is preferred and will generally be given more weight than indirect evidence. Nevertheless, indirect evidence is generally accepted by international tribunals, and if direct evidence is not available, indirect evidence is the only method of proof. Similarly, if direct evidence is impeached, indirect evidence may be decisive. In determining the weight to be given indirect evidence, a tribunal will consider whether there is an acceptable reason for the non-production of direct evidence".

⁸² Texto original: "In international arbitration, reliance on adverse inferences is also undermined by the preference for direct evidence in the record. Inferences lack indicia of reliability relative to direct evidence, so the tribunal will need to consider the utility of relying on an adverse inference against the risk of logical error. Considering the tribunal's broad discretion in handling the evidentiary procedure and its role as the trier-of-fact, the tribunal need not resort to adverse inferences in the face of more accurate direct evidence".

⁸³ Texto original: Because they are mere presumptions, adverse inferences do not categorize as direct evidence. Thus, they should be interpreted and weighted in the broader context of their consistency with the remainder evidence produced in the proceedings.

Nesse sentido, acresce-se que as inferências nunca devem substituir as provas disponíveis do caso e, sempre que possível, os tribunais devem alertar as partes sobre a possibilidade de serem aplicadas inferências adversas contra elas devido ao não cumprimento das obrigações probatórias (SHARPE, 2006, p.570, tradução nossa)⁸⁴.

Portanto, conclui-se que, diante da gravidade da aplicação da técnica em um caso concreto, os tribunais, no intuito de assegurar o devido processo legal e, ao mesmo tempo, garantir a igualdade das partes na instrução, devem utilizar os requisitos do Teste de Sharpe e analisar as inferências como evidências indiretas, que possuem valor probatório próprio e dentro de um contexto de outras provas diretas.

⁸⁴ Texto original: “Nevertheless, because inferences should never substitute for available evidence, and because even the threat of adverse inferences can impel parties to produce important evidence, whenever possible tribunals should endeavour to inform parties that adverse inferences may be drawn against them from their failure to comply with disclosure obligations.”

4 A RECEPÇÃO DA INFERÊNCIA NEGATIVA PELO DIREITO BRASILEIRO

Como já ressaltado, a técnica da inferência negativa é recepcionada por diversos regramentos internacionais. Porém, ainda resta analisar se a técnica está de acordo com o direito brasileiro.

Dessa maneira, o presente capítulo possui o objetivo de averiguar questões que poderiam ser impasses para a aplicação da técnica no direito pátrio e analisar se a legislação tupiniquim, de certo modo, já prevê a possibilidade da extração da *adverse inference*.

Para isso, serão analisados (i) as diferenças entre as tradições jurídicas *Civil Law* e *Common Law*, tendo esta o mecanismo do *Discovery* ou *Disclosure* para produção probatória; (ii) o princípio *nemo tenetur se detegere*, isto é, de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo; e (iii) os comandos normativos análogos à inferência negativa no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 CIVIL LAW X COMMON LAW: DISCOVERY OU DISCLOSURE

Consoante demonstrado no último capítulo, diversos regramentos ao redor do mundo dispõem sobre a possibilidade de extração de inferência negativa. Contudo, faz-se necessário analisar o sistema probatório advindo do *Common Law* e a possibilidade de que um país que segue a tradição jurídica da *Civil Law* - também conhecida como romano-germânica - se valer da técnica.

Em síntese, o sistema jurídico do *Common Law*, também chamado de direito das decisões, é um sistema adotado primordialmente por países de língua inglesa e possui como características marcantes a grande importância da jurisprudência e a menor importância atribuída às leis escritas. A tradição da *Civil Law*, por sua vez, se estrutura com base na lei escrita, que possui um peso maior sobre outras regras, como costumes locais. Confira-se estudo sobre o tema:

Hoje, o sistema da civil law ou romano-germânico é adotado pela maioria dos países Europeus, na América Latina e em muitas partes da Ásia e África, além de existir em algumas partes em países de tradição do common law, como a província do Québec, no Canadá e no Estado da Louisiana nos Estados Unidos.

É possível verificar, assim, que as duas tradições legais – civil law e common law – tiveram contextos históricos diferentes, podendo-se destacar a codificação no civil law e o judge-made-law como as principais diferenças que

influenciaram no desenvolvimento histórico dos mesmos. Enquanto no sistema de tradição romano-germânica a codificação buscou assegurar a completude do direito e a segurança jurídica limitando-se o papel Poder Judiciário, nos países que adotaram a tradição do common law o direito desenvolveu-se junto com as decisões judiciais, os limites ao juiz se deram, assim, não pela existência de um código, mas pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes, no qual eles ficavam obrigados a respeitar as decisões anteriores (BARBOZA, 2018, p. 1418).

Como se pode observar da codificação e da força da lei escrita que acontece no direito brasileiro, por exemplo, é possível afirmar que o País sofreu primordialmente as influências do sistema jurídico do *Civil Law*. Explica-se:

Na civil law, que é o nosso sistema jurídico, a jurisdição como função estatal, tem sido estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo, e por isso a administração da justiça adota o que Damaska denominou de modelo hierárquico, centralizador. Nesse sistema, os juízes são considerados a boca da lei, expressão usada por Montesquieu para justificar a ideia de que os poderes dos juízes decorrem da lei e à lei devem estar sempre subordinados. (...) Já no modelo de administração da justiça dos países da common law, a função da justiça é, primordialmente, a de pacificação dos litigantes. A paz social na civil law é um objetivo remoto. Já na common law, a paz entre os litigantes, a rearmonização e a reconciliação são os seus objetivos diretos, imediatos. Na common law, pouco importa se a pacificação dos litigantes vai dar-se à luz da lei ou de outro critério qualquer que seja mais adequado ao caso concreto. O importante é harmonizar os litigantes. Isso porque a justiça da common law tem um profundo enraizamento na vida da comunidade e tem por função primordial preservar a coesão e a solidariedade entre os seus membros, interdependentes entre si (GRECO, 2015, p.2).

Além disso, o *Common Law* costuma se valer do *Discovery* americano ou do *Disclosure* inglês que, em suma, permitem que uma parte obtenha da outra todos os documentos em sua posse que tenham relação com a disputa, salvo proteção pelo sigilo. Tal procedimento não é tão comum no *Civil Law*. Veja-se:

Por exemplo, o procedimento de discovery antes do julgamento usado na Inglaterra e nos Estados Unidos é, sem dúvida, uma das características dos procedimentos de common law que os advogados do civil law consideram mais difícil de aceitar. Ele permite que uma parte obtenha de seu oponente a divulgação de todos os documentos em sua posse que sejam relevantes para a disputa e não cobertos pelo sigilo. A extensão das obrigações de discovery varia de um sistema jurídico para outro: por exemplo, geralmente há mais discovery nos Estados Unidos do que na Inglaterra. Os sistemas de civil law estão familiarizados com o princípio da divulgação obrigatória de documentos, mas o implementam de uma forma muito mais limitada (FOUCHARD; GAILLARD; SAVAGE, 1999, item 1258, tradução nossa)⁸⁵.

⁸⁵ Texto original: "For example, the pre-trial discovery procedure used in England and the United States is undoubtedly one of the features of common law proceedings that continental lawyers find most difficult to accept. It enables a party to obtain from its opponent the disclosure of all the documents in its

Diante das diferenças apresentadas, há a possibilidade de que partes advindas de diferentes tradições jurídicas possuam diferentes expectativas com relação à produção de provas em um procedimento arbitral, afinal "as jurisdições de *Civil Law* não conhecem algo como *Discovery*. Baseiam-se no conceito de que cada parte produz os documentos nos quais se baseia para fundamentar a sua tese" (KAUFMANN-JOHLER; BÄRTSCH, 2004, p. 16, tradução nossa)⁸⁶.

Em razão disso, há estudos que entendem que as diferentes tradições jurídicas trazem consigo a necessidade de que os árbitros, durante a instrução, levem tais distinções em consideração, inclusive no que tange à aplicação de inferência negativa. Confira-se:

A par disso, não se pode deixar de levar em conta as eventuais diferenças culturais existentes entre as partes da arbitragem. É preciso lembrar que pessoas originárias de países de common law estão habituadas à obrigação de produzir documentos e outras provas contrárias aos próprios interesses e, portanto, homens de negócios costumam registrar e conversar com cuidado todo tipo de conversa e documento. Essa prática é bem menos comum nos países de civil law, onde tradicionalmente se espera que cada parte traga as provas que sustentam suas próprias pretensões (supra n. 5.1). Ao considerar essa possibilidade de extrair inferências adversas da não apresentação de certa prova documental, o tribunal deve ponderar essas diferentes práticas quanto à elaboração e guarda de documentos (ABBUD; CARMONA, 2014, p.155).

Ademais, apesar do fato de que alguns países do Civil Law preveem, em seus códigos, o cumprimento de ordens de *Discovery*, a diferença da nacionalidade dos árbitros pode ter um peso grande na questão probatória. É que muitos países de *Civil Law* não disciplinam ou o fazem de maneira limitada a possibilidade de se valer do *Discovery* em litígios. Desse modo, entende-se que é menos provável que um árbitro de país da tradição da *Civil Law* aplique a inferência negativa.

Embora os países de civil law geralmente sejam considerados mais relutantes em fazer cumprir as ordens de discovery, a lei nacional nos locais de arbitragem internacionais dos países de common law geralmente preveem tal cumprimento.
(...)

possession that are relevant to the dispute and not covered by privilege. The extent of discovery obligations varies from one legal system to the next: for example, more discovery is generally in the United States than in England. Continental systems are familiar with the principle of compulsory disclosure of documents, but they implement it in a far more limited way."

⁸⁶ Texto original: "Civil law jurisdictions know no such thing as discovery. They are based on the concept that each party produces the documents on which it relies to support its case".

A nacionalidade dos árbitros pode fazer uma diferença importante nessas questões. Muitos países de civil law não preveem nenhuma ou preveem de maneira muito limitada a discovery em litígios. Árbitros de jurisdições de civil law normalmente se recusam a fazer cumprir solicitações de amplas categorias de documentos ou depoimentos de testemunhas antes da audiência. No caso que envolve advogado e um presidente de uma jurisdição de civil law, as chances são razoavelmente boas de que a discovery extensiva não será feita, nem as inferências adversas serão necessariamente feitas contra a parte para resistir à Discovery (HANESSIAN, 2005, p.439, tradução nossa).⁸⁷

Contudo, o entendimento de que os diferentes sistemas jurídicos devem ser avaliados e ponderados para a aplicação da técnica não significa a impossibilidade de aplicá-la em países, como o Brasil, que seguem primordialmente o sistema do *Civil Law*.

Afinal, apesar das diferenças das tradições jurídicas, elas não são completamente opostas e incompatíveis. Em verdade, houve uma aproximação dos sistemas, especialmente pela adoção de constituições escritas e a necessidade de que seja feito um controle de constitucionalidade. Veja-se:

Não obstante contextos históricos tão diferentes, é certo que a partir da segunda metade do século XX, os sistemas começam a se aproximar, especialmente pela adoção de Cartas de Direitos Fundamentais em Constituições escritas e a presença de controle de Constitucionalidade, enquanto a Inglaterra passa a adotar um judicial review com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, num primeiro momento pela adoção do Human Rights Act em 1998 e num segundo momento pela edição do Constitutional Act em 2005, com a criação, inclusive de uma Suprema Corte do Reino Unido (BARBOZA, 2018, p.1481).

Outrossim, a perda de credibilidade da sociedade no que tange aos juízes e à justiça, faz com que um sistema jurídico busque no outro soluções para os seus próprios problemas:

Cabe observar desde logo que a crise decorrente da crescente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na sua justiça e nos seus juízes, o que poderíamos também chamar de crise de legitimidade do poder jurisdicional, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do judiciário, está

⁸⁷ Texto original: “Although civil law countries generally considered more reluctant to enforce discovery orders, national law in the most common international arbitration venues generally provides for such enforcement. (...) The nationality of the arbitrators can make an important difference in these matters. Many civil law countries do not provide for any, or for very limited, discovery in litigation. Arbitrators from civil law jurisdictions typically decline to enforce requests for broad categories of documents or pre-hearing witness depositions. In the case involves counsel and a chairperson from a civil law jurisdiction, chances are reasonably good that extensive discovery will not be forthcoming, nor will adverse inferences necessarily be drawn against the party resisting discovery”.

levando a que a doutrina e os ordenamentos jurídicos dos países da civil law voltem os olhos para os da common law, procurando lá encontrar soluções para problemas comuns por meio de institutos que não existem ou que são pouco desenvolvidos na civil law. O mesmo acontece, por sua vez, nos países da common law, que, para solucionar problemas não resolvidos através das suas técnicas, vêm também em alguns casos buscar soluções no nosso sistema (GRECO, 2015, p. 2).

Inclusive, por mais que não seja comum, é possível que as partes oriundas do *Civil Law*, em um procedimento arbitral, optem por se valer do *Discovery*:

É certo, porém, que o árbitro não estará vinculado aos critérios do Código de Processo Civil, que impõe procedimentos excessivamente formalistas (questionamento indireto de partes e testemunhas, apresentação de laudo escrito pelo perito). Quer isto dizer que poderão as partes adotar mecanismos probatórios desconhecidos pelo legislador pátrio, encampando, por exemplo, procedimentos típicos da common law, como o discovery, através do qual (grosso modo) estão os contendentes obrigados a permitir a verificação pelo adversário de todos ou de alguns dos documentos relativos a um dado negócio jurídico (CARMONA, 2009, p. 314).

Aliás, a prática da arbitragem internacional busca equilibrar ambas as tradições jurídicas, trazendo consigo uma combinação de características derivadas tanto do *Civil* quanto do *Common Law*. Por exemplo, a preferência por provas documentais adveio da *Civil Law*, enquanto a possibilidade de o advogado arguir as testemunhas é oriunda do *Common Law*. Confira-se:

Esses procedimentos e práticas representam uma combinação de características extraídas do common law e do civil law. Por exemplo, a liberdade de regras técnicas e restritivas de prova é derivada da civil law. As regras da common law de admissibilidade relativas à competência, relevância e materialidade se desenvolveram amplamente no contexto dos julgamentos com júri e, portanto, não têm lugar na arbitragem internacional. A prioridade dada às provas documentais no processo internacional também deriva do civil law, que historicamente desconfia das provas orais. No sistema de common law, os fatos são geralmente provados por provas testemunhais e mesmo as provas documentais são geralmente apresentadas por meio de depoimentos orais. Outras características da prática internacional são derivadas do common law, como a prática de permitir que as testemunhas sejam interrogadas por um advogado e cruzadas por um advogado da oposição sob a direção do tribunal. Nos sistemas de direito civil, o interrogatório das testemunhas é conduzido pelo tribunal ((PIETROWSKI, 2006, p. 375, tradução nossa)⁸⁸.

⁸⁸ Texto original: "These procedures and practices represent a combination of features drawn from the common law and the civil law. For example, the freedom from technical, restrictive rules of evidence is derived from the civil law. The common law rules of admissibility concerning competence, relevance and materiality have developed largely in the context of jury trials and thus have no place in international arbitration. The priority given to documentary evidence in international procedure is also derived from the civil law, which has historically been distrustful of oral evidence. In the common law system, facts are generally proved by testimonial evidence and even documentary evidence is usually introduced by

Ou seja, apesar da possibilidade de expectativas distintas referente à produção de provas no procedimento arbitral em razão das diferentes tradições jurídicas, "felizmente, ao longo dos anos, a arbitragem internacional conseguiu um equilíbrio entre as duas tradições diferentes, fundindo elementos de ambas em padrões transnacionais uniformes" (KAUFMANN-JOHLER; BÄRTSCH, 2004, p. 14, tradução nossa)⁸⁹.

Tanto é que o Preâmbulo das já mencionadas das IBA *Rules* - que expressamente dispõem sobre a possibilidade de extração de inferência negativa -, ressalta que a intenção de tais regras é de promover um processo eficiente, econômico e rápido para a produção de provas em arbitragens internacionais, "particularmente nos processos que envolvem partes de diferentes tradições jurídicas" (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2021a, tradução nossa)⁹⁰.

Isso porque, como já relatado, há um evidente choque de culturas acerca da produção probatória, o que poderia ser um problema prático em arbitragens internacionais, vez que os países de *Civil Law* não estão tão familiarizados com a exibição compulsória de documentos inclusive desfavoráveis para a parte. Nesse cenário, as Regras da IBA buscaram implementar regras universais que se parecem com um *Discovery*, mas se impõe uma série de limitações. Nesse sentido, historicamente se observa que:

Há uma grande diferença na forma como as provas são produzidas e administradas nos países da common law e da civil law, principalmente tendo em vista o procedimento da Discovery utilizado nos países de cultura anglo-saxã. Assim, verifica-se um evidente choque de culturas no que tange à colheita de provas, o que se torna um problema prático nas arbitragens internacionais. De fato, os países da civil law não são familiarizados, ou ao menos não possuem muita experiência, com a exibição compulsória dos documentos tanto favoráveis quanto desfavoráveis às partes. Diante desse contexto a International Bar Association elaborou um conjunto de regras com

oral testimony. Other features of international practice are derived from the common law, such as the practice of allowing witnesses to be examined by counsel and cross-examined by opposing counsel under the direction of the tribunal. In civil law systems, the examination of witnesses is conducted by the tribunal".

⁸⁹ Texto original: "Opponents with different legal traditions may thus face the arbitral process with conflicting expectations, which will make document discovery a truly contentious matter. Fortunately enough, over the years international arbitration has achieved a balance between the two different traditions, merging elements from both into uniform transnational standards"..

⁹⁰ Texto original: "These IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are intended to provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitrations, particularly those between Parties from different legal traditions. They are designed to supplement the legal provisions and the institutional, ad hoc or other rules that apply to the conduct of the arbitration.".

o intuito de uniformizar o sistema de produção de provas de forma que pudesse ser utilizado tanto pelos países da common law como da civil law. Em 1983 foram editadas as Supplementary Rules Governing Commercial Arbitration, as quais foram muito bem aceitas no contexto internacional. Com o desenvolvimento da prática da arbitragem internacional, estas regras foram revisadas, com a ajuda de 16 membros de países tanto de cultura de common law como de cultura civil law, e em 1999 foram editadas as regras revisadas sob o nome de Rules on the taking of Evidence in International Arbitration. Em 2010, estas regras passaram por um novo processo de revisão, iniciado no ano de 2008.

A tentativa de compatibilização dos sistemas evidencia-se principalmente na implementação de um sistema que em muito se parece com a Discovery, mas no qual se impõem uma série de limitações com relação aos documentos requeridos pelas partes, ou mesmo a produção de outras provas (FARIA, 2012).

Acresce-se que, na prática da arbitragem internacional, apesar de o *Discovery* ser uma realidade, observa-se que, em homenagem à celeridade, o mecanismo costuma ser limitado, evitando-se o chamado *fishing expedition*, por meio do qual uma parte solicita à outra todos os documentos possíveis sem nenhum critério:

Inicialmente, a possibilidade de realização da Discovery e a forma através da qual esta será realizada dependerá da convenção de arbitragem, que vincula as partes e os árbitros durante o procedimento arbitral, bem como das regras aplicáveis ao procedimento (lex arbitri). A doutrina americana reconhece que a Discovery continua a ser um veículo efetivo para a solução de litígios, mas que no procedimento arbitral esta deverá ser bastante limitada.

(...)

Além de não se compatibilizar com a celeridade atribuída ao procedimento arbitral, outra ideia que corrobora a necessidade de limitação da Discovery na arbitragem é a de se evitar o chamado *fishing expedition*, através do qual a parte solicita todos os documentos da parte adversa, sem qualquer finalidade específica, na busca de um potencial litígio, ou seja, tentando buscar dentre os documentos em posse da parte contrária alguma prova que lhe possa trazer alguma vantagem em uma demanda judicial. Daí a preocupação em não permitir que na arbitragem a Discovery seja tão ampla, permitindo que as partes possam ter acesso a qualquer documento da parte adversária (FARIA, 2012, p.469).

Assim, diante das diferenças apontadas, conclui-se que as *IBA Rules* possuem "o intuito de apaziguar tais conflitos, as regras da IBA sobre produção de provas tentam estabelecer um meio termo entre os dois tipos de culturas, possibilitando que tal método de produção de provas possa ser incorporado na sistemática processual internacional" (RAVAGNANI, 2008).

Inclusive, entende-se que a utilização das *IBA Rules* não encontra óbice no direito brasileiro, porquanto estão de acordo com os preceitos constitucionais, foram elaboradas com base em análise das boas práticas arbitrais internacionais e são de

grande valia para que a instrução probatória no procedimento arbitral seja a mais eficiente possível:

A adesão ou a utilização das regras da IBA sobre produção de provas não encontra óbice em nenhum dos elementos limitadores acima pontuados, posto que suas disposições: respeitam os bons costumes, uma vez que foram elaboradas com base nas boas práticas arbitrais ao redor de todo o mundo no que se refere à produção de provas na arbitragem internacional; estão em consonância com a ordem pública, vez que seu conteúdo não extrapola nenhum limite de interesse público; contribuem para a defesa do contraditório, através da prevalência da igualdade das partes e da imparcialidade dos árbitros, os quais, após a produção de todas as provas, exercerão seu livre convencimento; respeitam todos os princípios cogentes da Lei de Arbitragem e estão em consonância, conforme se verá a seguir, com os artigos 20, 21 e 22 da Lei de Arbitragem; têm estrita observância aos princípios processuais constitucionais; e sua utilização tem uma finalidade útil claríssima, que é a de criar um cenário ótimo para que o processo arbitral e sua instrução probatória sejam o mais eficiente possível (RAVAGNANI, 2008, p. 5-6).

Sem contar que, “os regulamentos das principais Câmaras arbitrais brasileiras também dão espaço para a utilização das regras da IBA sobre produção de provas” (RAVAGNANI, 2008, p. 12).

Desse modo, percebe-se a compatibilidade do direito brasileiro no que tange às *IBA Rules* - que, repisa-se, expressamente possibilitam a extração de inferência negativa - com relação a regras processuais, constitucionais e regulamentos de câmaras:

Ao longo do presente trabalho, demonstrou-se que as regras da IBA sobre produção de provas são perfeitamente compatíveis com as normas processuais brasileiras (princípios processuais constitucionais, Código de Processo Civil de 1973, Código de Processo Civil de 2015, Lei de Arbitragem brasileira e regulamentos das principais câmaras arbitrais brasileiras). A compatibilidade dos institutos estatuídos pelas regras da IBA sobre produção de provas se fundamenta, sobretudo, na teoria da flexibilização do procedimento arbitral, muito bem pautada pelos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Arbitragem Brasileira, bem como, reforçada com o teor dos artigos 190 e 191 do novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) Brasileiro, o qual possibilita os negócios jurídicos processuais a respeito de procedimentos para os casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Tamanha é a compatibilidade das regras da IBA sobre produção de provas que estas, inclusive, podem ser aplicadas no âmbito do processo civil estatal brasileiro (RAVAGNANI, 2008, p. 13).

Ante o exposto, constata-se que, apesar das diferenças das tradições jurídicas, não há óbice para que a utilização da técnica estudada em países oriundos da Civil Law, mesmo que possa ser menos comum, porquanto os sistemas jurídicos

não são opostos e as regras da arbitragem internacional procuram equilibrá-los. Nesse sentido, as IBA Rules, que dispõem expressamente sobre a inferência negativa, buscam a ponderação das tradições e são plenamente compatíveis com o direito brasileiro.

4.2 PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O princípio *nemo tenetur se detegere*, isto é, de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, consagrado no País, é tido como um direito de primeira geração, porquanto diz respeito a um direito individual de caráter negativo, por exigir diretamente uma abstenção estatal. O princípio, ainda, vai além, vez que não é apenas um direito individual, já que há interesse público pelo adequado exercício da jurisdição. Esclarece Maria Elizabeth Queijo:

Deve-se salientar, porém, que, embora o *nemo tenetur se detegere* esteja encartado entre os direitos de primeira geração, nos quais a ênfase é o resguardo do indivíduo diante do Estado, não se pode deixar de ressaltar a ótica do interesse público em sua tutela. Isto porque, como adiante se observará, o *nemo tenetur se detegere* se insere no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal. Por via de consequência, repercute na própria legitimação da jurisdição. Nesse sentido, não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição. Além de direito, o *nemo tenetur se detegere* é também garantia. Trata-se de garantia da liberdade, em especial da liberdade de autodeterminação do acusado (QUEIJO, 2012, p. 78).

Cumprido destacar que o princípio não está restrito ao direito penal. Em verdade, “no direito brasileiro, foi na esfera do processo civil que, primeiro, se questionou a sujeição obrigatória do réu às provas determinadas pelo juízo, especialmente aquelas que implicam intervenções corporais” (QUEIJO, 2012, p. 307). Afinal, embora o princípio esteja mais focado no direito penal, ainda assim há aplicação do processo civil, tanto é que se entende relevante “a sua inserção no CPC/2015, não só em razão do status legal que adquire, como também para trazer a aplicação dessa garantia ao processo civil e não apenas ao processo penal” (DONIZETTI, 2018, p.343).

Confira-se o que diz a doutrina:

Normalmente, o direito à não autoincriminação envolve o direito de permanecer em silêncio, o direito de não produzir elementos de prova contra

si próprio, o direito de não ser compelido a apresentar provas que lhe comprometam, bem como não ser constrangido a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que potencialmente afetem sua esfera jurídica. Embora tais mais focados para o âmbito processual penal, os mesmos se aplicam ao processo civil, principalmente quando não exista disciplina específica em contrário (DELLORE, GAJARDONI, ROQUE, OLIVEIRA JUNIOR, 2021, p. 590).

Assim, especialmente em razão da adoção de tal princípio, como já foi salientado, não se vislumbra a adoção cultural da *Discovery* norte-americana ou da *Disclosure* inglesa no que tange à produção probatória no Brasil, podendo trazer a maior dificuldade para que uma parte seja obrigada a exhibir documento contrário aos seus interesses para a eventual extração de inferência negativa:

No Brasil, não existe procedimento probatório idêntico à *discovery* norte-americana - e nem mesmo à *disclosure* inglesa -, especialmente em razão da adoção na cultura processual brasileira do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. O que há de mais próximo no ordenamento brasileiro é a chamada de exibição de documentos, mas mesmo assim essa imposição somente ocorre quando o documento for comum às partes, quando houver sido mencionado pela própria parte no curso do processo ou quando essa parte tiver o dever legal de exibi-lo. Nesse sentido, o art. 358 do diploma processual civil brasileiro estatui que Art. 399. O juiz não admitirá a recusa [em exhibir o documento] se: I - o requerido tiver obrigação legal de exhibir; II - o requerido tiver aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; III - o documento, por seu conteúdo, for comum às partes (FICHTNER, MANNHERIMER, MONTEIRO, 2014, p.184).

Contudo, apesar da importância de se seguir o princípio, ainda assim ele não é um impedimento para a extração de inferência negativa no procedimento arbitral.

Afinal, princípios não são regras, podendo ser satisfeitos em graus variados, vez que não são irrestritos e onipotentes. Explica Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 87-91).

Ainda, mesmo que seja visto como um direito fundamental, “os direitos fundamentais não são absolutos, ilimitados”, isto é, podem ceder em determinadas situações (QUEIJO, 2018, p. 75).

Além disso, apesar de que o Código de Processo Civil, em seu art. 379⁹¹ dispõe explicitamente sobre o direito de não produzir prova contra si mesmo, ele também impõe deveres às partes para a produção probatória. Nesse sentido, a doutrina ressalta que a regra geral é o dever de colaboração⁹², que abrange as partes e terceiros, de modo que, fora raras exceções, não há direito à não produção de prova, mesmo que possa ir de encontro aos seus interesses:

Direito de não produzir prova contra si. A referência ao direito de não produzir prova contra si deve ser compreendido no contexto de todo o código. Não existe no âmbito civil um “direito geral de não produzir prova contra si”, semelhante ao direito contra a autoincriminação criminal. Isso seria, aliás, absolutamente incompatível com os deveres gerais impostos às partes (art. 77, I, II e III, CPC), com as regras que combatem a litigância temerária (art. 80, II, III, IV e V, CPC), e com todas as outras regras em matéria probatória inseridas no código, a exemplo das regras sobre confissão, sobre a exibição de documento ou sobre a inspeção judicial nas partes. A regra geral é o dever de colaboração, que é amplo e abrange tanto as partes, como terceiros. A exceção fica por conta das regras específicas que estabelecem regras de exclusão (v. g., arts. 388, 404 e 448, CPC), que são as hipóteses a que se refere a parte inicial do art. 379, CPC. Fora desses casos expressos, não há direito da parte a não produção de prova, mesmo que ela possa implicar prejuízo para sua situação jurídica (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2021, p. 347).

De mais a mais, o princípio analisado não é exclusividade brasileira. Na realidade, dada a sua importância, ele foi reproduzido em diversos diplomas, inclusive internacionais. Historicamente, pontua-se:

Por se tratar de direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* foi reproduzido em diplomas que versam sobre direitos humanos. Assim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, referiu-se expressamente ao princípio em questão, dispondo, em seu art. 14, n. 3, alínea g, que toda pessoa acusada de um crime tem direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi reconhecido o princípio *nemo tenetur se detegere* entre as garantias mínimas a serem observadas em relação às pessoas acusadas de um delito.

⁹¹ Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
III - praticar o ato que lhe for determinado (BRASIL, 2015).

⁹² Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (BRASIL, 2015).

No art. 8, parágrafo 2o, alínea g, estabelece-se o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Anteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, ainda que se tenha referido à presunção de inocência e estabelecido a não utilização da tortura, não mencionou expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, igualmente, embora não se tenha referido expressamente ao *nemo tenetur se detegere*, acolheu, no art. 6o, a presunção de inocência e as regras do *fair hearing* (QUEIJO, 2018, p.79-80).

Dessarte não se nega a importância e a validade do princípio *nemo tenetur se detegere*, tampouco a sua aplicação do direito processual civil. Contudo, ainda assim, não se vislumbra o impedimento da aplicação da técnica, afinal, a regra geral do direito pátrio continua sendo a de colaboração, sendo plenamente possível que a parte seja compelida a apresentar prova contrária a seus interesses.

4.3 OS COMANDOS NORMATIVOS ANÁLOGOS À INFERÊNCIA NEGATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei 9.307/96, que rege a arbitragem brasileira, não faz nenhuma menção expressa à inferência negativa, tampouco o faz o Código de Processo Civil ou os principais regulamentos de Câmaras Arbitrais do País.

Contudo, isso também não obsta a aplicação da técnica em terras tupiniquins. Em verdade, por mais que não se fale expressamente em “inferência negativa” no ordenamento jurídico pátrio, há determinações que muito se assemelham a isso.

Explica-se.

A Lei 9.307/96, por exemplo, em seu art. 22, § 2º⁹³, estipula que, em caso de desatendimento sem justificativa plausível da convocação para prestar depoimento pessoal, o tribunal arbitral levará em consideração a conduta da parte faltosa. Para explicar a disposição, a doutrina também não se refere à “inferência negativa”, mas assim à “ficção de confissão”. Observa-se a explicação de Carlos Alberto Carmona:

⁹³Art. 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.
§ 2º 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, 1996).

Caberá ao árbitro avaliar o comportamento do depoente: as respostas evasivas ou a pura e simples falta de comparecimento são elementos que serão somados aos demais colhidos durante a instrução processual para determinar o resultado do julgamento. (...) O fato é que a ausência da parte (e a conseqüente ficção de confissão) pode ter peso reduzidíssimo no resultado do julgamento se as demais provas produzidas demonstrarem fatos diferentes daqueles fictamente confessados. A Lei usou, portanto, técnica semelhante àquela predisposta no art. 116 do Codice di Procedura Civile italiano, que permite ao juiz, ao avaliar as provas, levar em consideração o comportamento das partes no processo (CARMONA, 2009, p.315)..

Todavia, a falta de menção na legislação brasileira se refere à técnica legislativa utilizada e não à impossibilidade de aplicação da inferência negativa. Afinal, a grosso modo, a possibilidade de o tribunal arbitral levar em consideração a conduta da parte que, sem justificativa, deixa de colaborar na produção probatória, não deixa de ser uma inferência negativa. Da dissertação de mestrado sobre o tema:

Dessa maneira, ainda que a lei não utilize a expressão “inferências negativas”, valendo-se o legislador do instituto da confissão ficta, a premissa de que o árbitro, na formação de sua convicção, poderá levar em consideração a conduta das partes, está disposta expressamente no texto legal, sendo perfeitamente possível na prática. Vale dizer, o conceito está expressamente previsto em lei (“o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença”). A forma na qual o texto foi redigido se trata apenas de técnica legislativa, uma vez que traz a mesma consequência para a parte renitente na arbitragem (VERÁS, 2020, p. 90-91).

A título de curiosidade, ressalta-se que, de modo geral, nesse aspecto, as leis sobre arbitragem ao redor do mundo em muito se assemelham à brasileira, porém as legislações do Reino Unido e de Hong Kong fazem referência expressa às *adverse inferences* em seus textos legais. Confira-se:

Ao redor do mundo, a maioria das legislações pesquisadas são bem parecidas com a brasileira. A começar pela italiana, que o próprio legislador informou ser a fonte de inspiração para o texto do art. 22 da LA, e que afirma que o juiz pode deduzir evidências das respostas que as partes lhe deram, bem como da recusa injustificada em permitir as inspeções que ordenou e, em geral, do comportamento das próprias partes no julgamento. A legislação da França, assim como a brasileira, dispõe que o tribunal arbitral poderá determinar a produção das provas que entender necessárias. No entanto, o texto francês vai adiante, afirmando que o tribunal arbitral poderá aplicar penalidades à parte que não cumprir tais determinações. As legislações da Alemanha, do Japão, da Coreia e a Lei Modelo da UNCITRAL também se assemelham à brasileira, todas afirmando que, caso a parte deixe de produzir algum documento solicitado pelo tribunal ou deixe de comparecer para prestar depoimento, o tribunal arbitral pode dar continuidade à instrução do procedimento, proferindo sentença com as evidências colhidas até então. Nesses casos, contudo, o legislador vai além do que foi o brasileiro, constando expressamente a produção de prova documental em suas

previsões.

No outro lado do espectro têm-se as legislações do Reino Unido e de Hong Kong, que fazem referência expressa às adverse inferences em seus respectivos textos legais. Um caso à parte é o da legislação chinesa que, por sua vez, é bem rígida no que tange ao comparecimento das partes às audiências, afirmando que caso o requerente deixe de comparecer sem apresentar justificativa válida para sua ausência, o tribunal arbitral poderá entender que houve a desistência da arbitragem (VERÁS, 2020, p. 90-91).

Outrossim, o Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 400⁹⁴ dispõe que o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se não houver resposta ao pedido ou exibição do documento ou recusa for ilegítima. Ou seja, “se houve alegação de inexistência da obrigação de exhibir, o juiz examinará a procedência ou não dos argumentos e, se julgá-los injustos, aplicará à parte que se escusou a sanção do art. 400, II, isto é, admitirá a veracidade dos fatos a cuja prova se destinava o documento ou coisa” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1056). Ainda, o mencionado artigo possibilita ao juiz a utilização de meios de coerção para apresentação documental. Esclarece-se:

O CPC continua estabelecendo não propriamente o dever da parte de exhibir o documento solicitado, mas o ônus, impondo a sanção de presunção de veracidade (art. 400, caput). Porém, considerando o juiz necessária a exibição do documento, poderá impô-la à parte, valendo-se dos meios de coerção de que a lei dispõe, seja por meio de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (art. 400, parágrafo único). A regra há de ser que a falta de apresentação implique apenas a presunção de veracidade; mas, em caráter excepcional, quando o juiz considerar necessária a exibição, poderá impô-la, valendo-se dos meios de coerção adequados adequados (GONÇALVES, 2020, p.87).

Ora, novamente, de modo análogo à inferência negativa - que não foi expressamente disposta no *códex* - a legislação brasileira permite a presunção de fatos em razão da recusa ilegítima de uma parte na exibição de provas.

Aliás, cabe destacar que a disposição vigente constante no art. 400 do Código de Processo Civil de 2015 é uma reprodução do art. 359 do Código de Processo Civil de 1973. Ou seja, o direito processual brasileiro, há um certo tempo, recepciona institutos bastante semelhantes ao estudado neste trabalho.

⁹⁴ Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398 ;

II - a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido (BRASIL, 2015).

Outro exemplo acerca do tema se refere à Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça⁹⁵ que dispõe que, em ação investigatória, a recusa do suposto pai de se submeter ao exame de DNA, acarreta a presunção relativa de que ele é realmente o genitor.

De igual maneira, a Lei 8.560/1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, em seu art. 2º-A, § 1º⁹⁶ dispõe que a recusa do réu em se submeter ao exame de DNA gera a presunção de paternidade, que deve ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Aliás, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que terceiros também podem ser submetidos ao exame de DNA em ação investigatória. Veja-se excerto da ementa:

Por fim, aplicam-se aos terceiros que possam fornecer material genético para a realização do novo exame de DNA as mesmas diretrizes anteriormente formuladas, pois, a despeito de não serem legitimados passivos para responder à ação investigatória (legitimação ad processum), são eles legitimados para a prática de determinados e específicos atos processuais (legitimação ad actum), observando-se, por analogia, o procedimento em contraditório delineado nos arts. 401 a 404, do CPC/2015, que, inclusive, preveem a possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, subrogatórias ou mandamentais ao terceiro que se encontra na posse de documento ou coisa que deva ser exibida (BRASIL, 2021).

Posteriormente, houve a publicação da Lei 14.138/2021 que acrescentou o § 2º no supramencionado art. da Lei de investigação de paternidade⁹⁷, trazendo a possibilidade de realização do exame do código genético de parentes no caso de inexistir notícias sobre o suposto pai ou houver ele falecido. Assim, admite-se, também, neste caso, a presunção de veracidade em caso de recusa do parente ao exame de DNA:

Agora, com a publicação da Lei nº 14.138/2021, que acrescentou o § 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560/92, a presunção de paternidade ganhou força e poderá ser estendida aos parentes do suposto pai. De acordo com o novo dispositivo, “se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu

⁹⁵ Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.(BRASIL, 2004).

⁹⁶ Art. 2º-A, § 1º. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório (BRASIL, 1992).

⁹⁷ Art. 2º-A, § 2º. Se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório (BRASIL, 1992).

paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”. Como a jurisprudência não admite a condução coercitiva para a realização do exame, para suprimir a eventual desídia dos parentes em colaborar com a justiça, o legislador admitiu a incidência da mesma regra inicialmente prevista na Súmula 301 do STJ. Ou seja, a presunção relativa de paternidade alcançará, do mesmo modo, o réu e seus familiares, caso se recusem a realizar o exame que esclarecerá o direito pleiteado (DONIZETTI, 2021).

Decorrente disso, observa-se, de novo, uma inferência aceita - e recentemente ampliada - no direito brasileiro em razão da recusa na produção de determinada prova.

Dessarte, é possível concluir que, conquanto não haja menção expressa na legislação brasileira e nos regulamentos das principais câmaras arbitrais do país acerca da *adverse inference*, ela é utilizada tanto nas leis quanto na jurisprudência tupiniquins, de modo que não há falar em óbice à utilização da técnica no Brasil, pelo contrário, vez que já é analogicamente utilizada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem é tida como um relevante meio de resolução de conflitos, tanto nacional quanto internacionalmente. Assim, diante da importância das provas para a prolação da sentença dos árbitros, faz-se necessária a análise dos regramentos que o tribunal e as partes devem seguir em uma arbitragem no que tange à instrução.

Nesse contexto, surgiu, principalmente na arbitragem internacional, a dúvida de qual seria a maneira mais razoável e eficiente em circunstâncias em que uma das partes se nega, sem justificativa plausível, a apresentar prova que vai de encontro aos seus interesses.

Assim, diante da falta de poder de império do tribunal arbitral, vislumbra-se na inferência negativa uma solução eficaz para circunstâncias como essa, porquanto não se faz necessária a utilização de sanções monetárias, tampouco do auxílio do judiciário.

Desse modo, em síntese, a técnica consiste em inferir que a prova não apresentada injustificadamente é contrária à demanda da parte renitente.

Por óbvio, não basta a negativa da parte em apresentar a prova para que automaticamente o tribunal possa extrair a inferência. Na verdade, a doutrina estipulou uma série de critérios que, embora não sejam impositivos, se cumulativamente preenchidos no caso concreto, fazem com que os árbitros possam aplicar a *adverse inference* com mais segurança, evitando-se as *fishing expeditions* e contribuindo para a igualdade das partes.

Diante do fato de que se entende que a técnica é bastante eficaz no que se dispõe, ela foi recepcionada por diversos ordenamentos ao redor do mundo e, outrossim, pelas *IBA Rules*, utilizadas em diversas arbitragens.

Sabendo-se disso e tendo em vista que há uma série de preceitos constitucionais do devido processo legal que devem ser respeitados tanto no procedimento arbitral quanto no estatal, surge a dúvida se a inferência negativa está de acordo com o direito brasileiro, podendo ser utilizada, por exemplo, em arbitragens domésticas em que vale o direito pátrio como *lex arbitri*.

A relevância do tema se justifica pela importância dada à técnica pela arbitragem internacional e pela necessidade de, conforme exposto pela Lei 9.307/96, sejam respeitados os "os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da

imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” no procedimento arbitral, sob pena de anulação da sentença⁹⁸.

Para responder o questionamento, como exposto na introdução, o presente trabalho foi dividido em três capítulos:

No primeiro, foram debatidas questões envolvendo a instrução no processo civil brasileiro e na arbitragem. Isso porque, apesar de não haver a aplicação do Código de Processo Civil no procedimento arbitral, diante da sua maior flexibilidade, entender como o direito brasileiro costuma lidar com a questão probatória é essencial para solucionar a problemática trazida no trabalho. Ainda, observou-se que o mencionado *códex*, em seus primeiros artigos, homenageia princípios constitucionais do devido processo legal que também devem ser atendidos pela arbitragem, sob pena de anulação da sentença arbitral. Ainda, foi possível constatar que os regulamentos das principais câmaras arbitrais do País não impõem um grande número de regras acerca da instrução e alguns reiteram a imprescindibilidade do atendimento a preceitos constitucionais, como ampla defesa, contraditório e igualdade de tratamento.

No segundo, foi analisada a técnica estudada. Em suma, entendeu-se que é bastante coerente o conceito da inferência negativa não como uma sanção, inversão do ônus da prova ou alteração no *standard* probatório, mas como uma prova indireta. Assim, ela ocorre quando o tribunal infere, de maneira a atingir a parte que deixou de apresentar injustificadamente a prova que lhe pertence, que o conteúdo de tal prova é desfavorável à mencionada parte ou confirma os fatos alegados pela contraparte. Tendo em vista que a técnica foi vista como uma boa saída para que a parte se sinta compelida a apresentar a prova e para que haja igualdade entre as partes na instrução, foi possível concluir a sua boa receptividade ao redor do mundo. Desse modo, ela foi incluída expressamente em diversos ordenamentos jurídicos e nas *IBA Rules*, utilizadas no Brasil e no mundo, como diretrizes para a produção probatória. Contudo, diante da gravidade da sua utilização, vez que pode ser bastante relevante para a decisão dos árbitros, Jeremy Sharpe estipulou requisitos que, embora não obrigatórios, quando cumulativamente preenchidos trazem maior segurança para a aplicação da inferência negativa. Os critérios podem ser resumidos em: (i) a parte à

⁹⁸ Art. 21 (...) § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se (...) VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei (BRASIL, 1996).

qual a indução interessa deve produzir todas as provas disponíveis que a corroborem; (ii) a prova requerida deve estar em poder ou à disposição da parte que deve produzi-la; (iii) a inferência deve ser razoável, consistente com os fatos e demais provas do processo e relacionada logicamente com o provável teor da prova retida; (iv) a parte interessada na presunção deve produzir prova *prima facie* de suas próprias alegações; e (v) a parte que retém a prova deve saber, ou ter motivo para saber, que sua negativa poderá gerar a inferência adversa. Ainda, é de se destacar que, sendo uma prova indireta, a *adverse inference* possui um valor probatório próprio e não deve ser utilizada, por si só, como fator decisivo de uma sentença, vez que é necessário analisá-la com todas as provas do feito.

No terceiro e último capítulo, apesar de não haver um instituto igual ao *Discovery* ou *Disclosure* em países de *Civil Law*, que estão acostumados a produzirem apenas as provas que lhes sejam favoráveis, isso não impede a aplicação da técnica no País. Afinal, a prática da arbitragem internacional e regramentos como as *IBA Rules* visam à conciliação das diferentes tradições jurídicas, vez que não são incompatíveis e, a fim de garantir a maior celeridade no procedimento, a *Discovery* costuma ser limitada na arbitragem. Outrossim, o princípio de não produzir prova contra si mesmo não obsta a utilização da técnica, afinal, não é um princípio/direito absoluto e não exime as partes de colaborarem com o processo civil. Por fim, por mais que nem a legislação brasileira, tampouco os regulamentos das principais câmaras arbitrais do Brasil estipulem expressamente a possibilidade de inferir negativamente, há institutos muito semelhantes no Código de Processo Civil, na Lei 9.307/96 e na jurisprudência brasileira.

Diante de todo o exposto, faz-se possível concluir que a inferência negativa, quando necessária e aplicada com a devida cautela, é recepcionada pelo direito brasileiro, vez que não viola preceitos constitucionais e não se vislumbra nenhum outro impasse para a sua utilização.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Calvacanti; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). **Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALI, Arif Hyder; SAINATI, Tatiana E. Adverse Inferences: A Proposed Methodology in the Light of Investment Arbitrations Involving Middle Eastern States. **BCDR International Arbitration Review**, v. 3, n. 2, 2016, p. 295.

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart. **Journal of International Arbitration**, v. 35, n. 1, 2018. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/35.1/OIA2018001>. Acesso em 29 set. 2021.

AMARAL, Guilherme Rizzo. O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem. **JOTA**, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-onus-da-prova-e-inferencias-negativas-na-arbitragem-18092017>. Acesso em 13 set. 2021.

AMCHAM – BRASIL. **Regulamento de arbitragem comercial expedita**. 2020. Disponível em: <https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2020/regulamento-arbitragem-expedita-v3.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n.3, 2018.

BEDROSYAN, Alexander Sevan. Adverse Inference In International Arbitration: Toothless ou Terrifying?. **Published by Penn Law: Legal Scholarship Repository**, 2016, p. 251. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol38/iss1/5/>. Acesso em 05 out. 2021.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS (BM&FBOVESPA). **Regulamento de arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado**. 2011. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/regulamento-da-camara-de-arbitragem-do-mercado.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 37521/RJ. Ação anulatória arbitral, sob a tese de ocorrência de cercamento de defesa e julgamento por equidade. Relator. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13 de maio de 2020, **Diário Jurídico Eletrônico**, publicado em 05 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1903359/SP. Ação anulatória arbitral, sob a tese de ocorrência de cercamento de defesa e julgamento por equidade. Relator. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 11 de maio de 2021, **Diário Jurídico Eletrônico**, publicado em 14 maio 2021, p. 14-15

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. **Diário da Justiça**: segunda seção, Brasília, DF, p. 425, 22 nov. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1.753/DF. Relator Ministro Sepúlveda, Julgado em 16 abril de 1998, **Diário Jurídico Eletrônico**, publicado em 12 de junho de 1998, p. 51. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur111153/false>. Acesso em: 29 set. 2021.

CAMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL. (CAMARB). **Regulamento de arbitragem da CAMARB**. 2017. Disponível em: <https://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2018/11/regulamento-arbitragem.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. (CAM-CIESP/FIESP) **Regulamento de arbitragem**. Regulamento aprovado na forma estatutária, em 29 de novembro de 2012, passa a vigorar a partir de 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/Regulamento_de_Arbitragem-ago16.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 34, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei no 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; BATISTA, Pedro Martins. **20 Anos da Lei de Arbitragem** - Homenagem a Petrônio R. Muniz. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIÇÃO E ARBITRAGEM; (CBMA). Regulamento de Arbitragem - válido a partir de 01/02/2013. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/regulamento-da-camara-de-arbitragem-do-mercado.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). **Regulamento de arbitragem**. 2016. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/stateless-ccbc-org-br/2018/09/a1dc1322-rn01-01-regulamento-de-arbitragem.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021

DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Comentários ao Código De Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DONIZETTI, Tatiani. **Lei nº 14.138/2021 – Ações de Investigação de Paternidade**. 2021. Disponível em: <https://www.elpidiodonizetti.com/acoes-de-investigacao-de-paternidade-sob-a-otica-da-lei-no-14-138-2021/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

FARIA, Marcela Kohlbach de. A Produção de Prova no Procedimento Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9, n. 32, p. 207–226, jan./mar., 2012.

FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueiredo. Relato do XVI Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê brasileiro de Arbitragem, Realizado de 24 a 26 de Setembro de 2017 em Gramado/RS. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 15, n. 57, 2018, p. 185-190. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/15.57/RBA2018011>. Acesso em: 14 out. 2021

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FICHTNER, José Antonio; MANNHERIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Novos temas de arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

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

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **International commercial arbitration**. Boston: Kluwer Law International, 1999. item 1258. Disponível em: <https://shortest.link/1rUu>. Acesso em: 27 out. 2021

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Regulamento de arbitragem da câmara FGV**. 2016. Disponível em: <https://camara.fgv.br/artigos/versao-de-2016-vigente>. Acesso em: 10 out. 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: Processo de conhecimento e procedimentos especiais**. v. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse Inferences in International Arbitral Practice. **ICC International Arbitration Bulletin**, v. 22. n 2, 2011.

HANESSIAN, Grant. Discovery in International Arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação* 7/154, out. 2005. *In*: WALD, Arnaldo (org.). **Arbitragem e mediação: processo arbitral**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KANKKUNEN, Juho. **Document Production under the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration**. Theses (Masther) - Faculty of Law. University of Helsinki, Helsinki, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10138/136412>. Acesso em: 07 out. 2021.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; BARTSCH, Philippe. Discovery in International Arbitration: How much is too much? **Schiedz VZ**, 2004, p. 21. Disponível em: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/Discovery-in-international-arbitration-How-much-is-too-much.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021

LEMES, Selma Ferreira Lemes. **Arbitragem em Números e Valores**. Oito Câmaras. 2 anos Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.). Pesquisa de 2020. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOLFA, Milo; GRANT, Adam; KLEIST, Paul; WEI, Amy Wen. Challenges in the Taking of Evidence in Arbitrations Seated in Mainland China. **Journal of International Arbitration**, n. 3, v. 36, 2019, p. 315 -336

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_FINAL_4.pdf. Acesso em: 01 dez. 2021.

OLSSON, Emma. **Enforcing Document Production From Parties to an International Commercial Arbitration**. Thesis (Master) – Faculty of Law, University of Lund, 2007.

O'MALLEY, Nathan D. **Rules of evidence in international arbitration: an annotated guide**. Nova York: Informa Law, 2012.

PIETROWSKI, Robert. Evidence in international arbitration. **Arbitration International**, v. 22, n. 3, 2006, p. 380-384.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

POLKINGHORNE, Michael; RODENBERG, Charles B. The Adverse Inference in ICSID Practice. **ICSID Review**, v. 30, n. 3, 2015, p. 742. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0111.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Regras da iba sobre "taking of evidence": compatibilidade com as normas processuais brasileiras. **Revista de Processo**, v. 283, set. 2008, p. 565-606.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHARF, Michael; DAY, Margaux. The International Court of Justice's treatment of circumstantial evidence and adverse inferences. **Chicago Journal of International Law**. v. 13. n. 1. 2012, p. 127-128. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1500&context=cjil>. Acesso em: 07 out. 2021.

SHARPE, Jeremy K. Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence. **Arbitration International**, Nova Iorque, v. 22, n. 4, 2006, p. 549–572. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.4.549>. Acesso em: 21 set. 2021.

SHARPE, Jeremy. **Public International Law + International Arbitration**. 2021. Disponível em: <https://www.jeremyksharpe.com/>. Acesso em: 12 out. 2021.

SILVA, Maria Almeida e. Hide and seek: when the failure to produce documents results in adverse inferences. **Lisbon Arbitration**, 2019.

SOLIS, Menalco J. Adverse inferences in investor–state arbitration. **Arbitration International**, Nova Iorque, v. 34, n. 1, 2018, p. 79-103. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/arbint/aix029>. Acesso em: 05 out. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, v. 1, 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VAN HOUTTE, Vera. Adverse Inferences in International Arbitration. Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies – Dossiers ICC. **Institute of World Business Law**, 2009, p. 195

VERÁS, Felipe Sebastian Caldas. **A Arbitragem e corrupção**: um estudo sob a perspectiva do direito brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/33483/1/Felipe%20Ve%CC%81ras%20-%20Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20de%20Mestrado.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021

VICTALINO, Ana Carolina. **Processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.