

naquela noite, fiquei satisfeito por ter preparado algumas brilhantes frases de impacto para a minha inquirição cruzada.

No dia seguinte, a audiência foi iniciada e eu comecei meu *cross-examination*. Esforcei-me muito para ficar calmo e ser educado, evitando a todo custo a aparência do “norte-americano arrogante”. E tudo parecia estar acontecendo conforme planejado, ou assim eu pensei: a testemunha, ciente ou não disso, estava admitindo pontos importantes para o meu cliente respondendo apenas “sim” às minhas perguntas fechadas, fato esse que deixou o advogado adversário um tanto quanto consternado. Mas então, após ter completado metade do meu *cross-examination*, o árbitro interrompeu-me, dispensou a testemunha da sala e disse: “Sr. Smit, a sua inquirição dessa testemunha está me deixando muito desconfortável”. Eu comecei a suar. O árbitro continuou: “Estou desconfortável porque, como você deve saber, de onde venho na Alemanha, os representantes de uma parte historicamente nunca foram demandados, esperados ou até mesmo autorizados a testemunhar contra a empresa que eles representam. Porém, para que essa testemunha diga a verdade em resposta a suas perguntas, ela teria que dizer coisas que estão completamente em desacordo com as posições que a parte que ela representa está assumindo nesta arbitragem”. Isso acrescentou confusão ao meu pânico: de fato, o objetivo do meu *cross-examination* era obter precisamente da testemunha o tipo de resposta com a qual o árbitro estava me dizendo que não se sentia à vontade. O que fazer nessa situação?

Acabei propondo que eu estaria disposto a renunciar o que restava da minha inquirição se o árbitro e o advogado da parte contrária concordassem que eu simplesmente submetesse meu roteiro de perguntas ao árbitro. Isso permitiria ao árbitro identificar quais fatos eu pretendia esclarecer com o meu *cross-examination* e determinar quais as perguntas ele poderia querer fazer à testemunha com base no meu roteiro. Fiquei satisfeito e surpreso quando o árbitro e o advogado da parte contrária concordaram com a minha proposta e dei meu roteiro de inquirição cruzada a eles. Após um breve intervalo, o árbitro retomou a audiência e acabou fazendo à testemunha algumas das perguntas fechadas que eu havia incluído em meu roteiro, bem como algumas das perguntas “finais” que eu havia intencionalmente deixado de fora do meu roteiro como necessariamente implícitas ou que valiam a pena reservar para a minha exposição final.

Felizmente, o árbitro proferiu uma sentença em favor do meu cliente, baseando-se substancialmente em trechos do depoimento da testemunha principal da parte contrária que o árbitro havia obtido com base no meu roteiro de *cross-examination*. No final, sem poder afirmar que eu planejei exatamente dessa forma, minhas perguntas tinham cumprido o papel delas, muitas das respostas dessa testemunha foram consideradas irrelevantes e o árbitro de *civil law* havia se envolvido e se engajado na minha inquirição cruzada.

17.

DEPOIMENTO ESCRITO (WITNESS STATEMENT) NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

LEONARDO OHLROGGE

RODRIGO SALTON ROTUNNO SAYDELLES

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de depoimento escrito (*witness statement*). 2. Benefícios da utilização de depoimentos escritos. 3. Admissibilidade dos depoimentos escritos. 4. Submissão dos depoimentos escritos. 5. Preparação depoimentos escritos. 6. Requerimento para comparecimento em audiência. 7. Oitiva da testemunha na audiência. 8. Conclusão.

Introdução

O profundo enraizamento da prova testemunhal no direito anglo-saxão influencia a prática arbitral de modo acentuado.¹ Assim, é possível constatar na produção de prova

1. A produção de provas na arbitragem internacional é fortemente inspirada pela tradição de *common law*. Além da prova testemunhal, isso pode ser percebido em relação a outros meios de prova, como, por exemplo, na utilização de peritos nomeados pelas partes e na produção forçada de documentos. Inclusive, até a necessidade de audiência quando requerida por uma das partes possui influência da *common law* (ver, por exemplo, DIS Rules (2018), Art. 29.1; LCIA Rules (2020), Art. 19.1; ICC Rules (2021), Art. 26(1)). Entretanto, a incorporação de regras encontradas na *common law* não aconteceu sem adaptação conforme a cultura das partes e dos advogados envolvidos nos procedimentos arbitrais. Por exemplo, é muito raro em arbitragens internacionais a utilização de *depositions* em relação à prova testemunhal. Ainda, o procedimento de exibição forçada de documentos é mais limitado do que no sistema de *common law*. Sobre a circulação de modelos em arbitragens: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo Arbitral e “lex mercatoria”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n.º 2, 2015, pp. 863-910. Apontando elementos subjacentes à circulação de modelos: FRADERA, Véra Jacob de. *Réflexions sur l'apport du droit comparé à l'élaboration du droit communautaire*. 343 f. Tese (Doutorado em Direito). Université de Paris II Up II. Prof. Dra. Camille Jauffret-Spinosi. Paris, 2002, pp. 73 e ss.

no processo arbitral um destacado caráter adversarial, em consonância com a tradição de *common law*, conferindo maior protagonismo às partes do que ao julgador.

Isso pode ser observado, por exemplo, pela apresentação da prova testemunhal através de depoimentos escritos (*witness statements*) e com a subsequente inquirição da testemunha durante audiência conduzida pela parte contrária (*cross-examination*).² Essa prática probatória passou a ser largamente adotada em procedimentos arbitrais, inclusive, quando não há partes ou advogados que provêm de países de *common law*.³ Trata-se, portanto, de tema de bastante relevância e este artigo busca estudar os seus principais aspectos teóricos e práticos.

1. Conceito de depoimento escrito (*witness statement*)

A prova testemunhal, diferente de outros meios de prova, está associada à manifestação do conhecimento de quem tem informações sobre fatos relevantes à disputa. Tradicionalmente, esse tipo de prova esteve associado com o depoimento oral perante o juízo realizado por terceiro, estranho à relação processual.⁴ No entanto, em sede de arbitragens

internacionais, por conta da influência da tradição de *common law*⁵, passou a ser comum a existência de depoimentos realizados de modo escrito como método de prova.

Em termos conceituais, é possível definir *witness statement* como o depoimento escrito “assinado pela testemunha contendo as declarações que a testemunha prestaria oralmente”.⁶ Construção semelhante é adotada pelas Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional⁷, as quais trazem a seguinte definição: uma “declaração escrita de testemunho por uma testemunha de fato”.⁸

Nesse sentido, o *witness statement* pode ser considerado como o documento formal que contém o relato de uma testemunha sobre fatos pertinentes às questões debatidas no procedimento.⁹ Por mais que a prova testemunhal, na visão de *civil law*, esteja, invariavelmente, vinculada à produção de modo oral, observa-se que o primeiro contato entre o tribunal arbitral e a testemunha irá ocorrer por escrito, quando o depoimento for submetido. O contato pessoal somente acontece em um segundo momento, com a oitiva em audiência.

O conceito de testemunha na arbitragem internacional é bastante amplo e diverso do existente em alguns países.¹⁰ Em procedimentos arbitrais, passou a ser amplamente aceito que a própria parte, seus representantes ou empregados atuem como testemunhas.¹¹

2. Sobre a prática internacional, conforme Ingeborg Schwenzer e Lina Ali: “Corresponding to the different roles of the judge in civil litigation the manner of the taking of evidence diverges significantly in civil law and common law countries. In civil law litigation systems the judge is in control of the examination of witnesses. [...] International arbitration practice, in turn, has picked up elements from both legal systems. Primarily it has to be highlighted that, as is the case in common law, both parties as well as their advocates can act as witnesses. The oral examination in the proceedings conducted by the party calling the witness is often replaced by written witness statements; cross-examination and re-direct examination are common practice. Unlike common law practice, however, the arbitrator is allowed to interfere with the parties’ examinations at any time in order to direct his or her own questions at the witness”. (SCHWENZER, Ingeborg; ALI, Lina. *The emergence of global standards in private law. The Vindobona Journal of International Commercial and Arbitration*. (2014) 18(1), pp. 93-94).
3. POUDET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. 2^a ed. Zurique: Sweet & Maxwell, 2007, para. 657; KHODYKIN, Roman; MULCAHY, Carol. *A guide to the IBA rules on the taking of evidence in international arbitration*. Oxford: Oxford University Express, 2019, para. 7.4. Conforme pesquisa realizada em 2012 pela Universidade Queen Mary de Londres sobre prática arbitral, depoimentos escritos eram utilizados à época em 87% das arbitragens (2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process). Não seria surpresa se nova pesquisa revelasse hoje número ainda maior, tendo em vista o aumento de familiaridade com o procedimento arbitral em diversos países desde então, como é o caso do Brasil. Sobre a inquirição de testemunhas antes dos procedimentos escritos se tornarem padrão, ver SCHWARTZ, Eric; DIGÓN, Rocio. *Witness statements: use and abuse*. In: Lawrence Newman; Richard Hill (Coords.). *The leading arbitrators' guide to international arbitration*. 3^a ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2014, pp. 755-756.
4. MENKE, Fabiano. Arts. 189 a 232. In: NANNI, Giovani Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 351.

5. WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and evidence in international arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2012, p. 898.
6. Inglaterra e Gales, Civil Procedure Rules (CPR), Art. 32.4(1): “A witness statement is a written statement signed by a person which contains the evidence which that person would be allowed to give orally”.
7. IBA rules on the taking of evidence in international arbitration (2020).
8. IBA rules on the taking of evidence in international arbitration (2020), Definitions: “*Witness Statement* means a written statement of testimony by a witness of fact”.
9. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 321.
10. Exemplos de limitações são encontrados, e.g., no Brasil (art. 447, § 2º, inciso I, do Código de Processo Civil) e na Suíça (art. 169 Code of Civil Procedure – ZPO) onde a parte não pode ser qualificada como testemunha. Conforme Yves Derains: “The very concept of witness is at the origin of serious misunderstandings between civil lawyers and common lawyers. In the civil law tradition, in commercial and civil cases, a witness must be independent from the parties and cannot be under their control. For instance, the employee of a company cannot be heard as a witness when that company is one of the parties. Under some civil law system, the representatives of the parties may be heard and reply to questions of the judge and, exceptionally from counsel, with special leave of the judge, but they are not considered as witnesses. This restricted view of the concept of witness explains the limited role of witness evidence in civil law proceedings. It also explains that counsel are not allowed to prepare witnesses. Since the basic characteristic of the witness is his or her independence from the parties, he or she should not have any contact with them before giving testimony”. (DERAINS, Yves. *The conduct of an arbitral procedure: the civil law approach*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 3, 2004, set./dez. 2004, DTR n.º 2004/529, pp. 47-52).
11. Por exemplo, UNCITRAL Arbitration Rules (2021), Art. 27(2); IBA Rules on the Taking of evidence in international arbitration (2020), Art. 4(2); LCIA Rules (2020), art. 20.7.

Essa possibilidade é verificada também em países de *common law*.¹² Assim, no contexto de procedimentos arbitrais, há maior flexibilidade acerca de quem pode ser testemunha, uma vez que a influência cultural é diversa daquela dominante em vários países de *civil law*, os quais estabeleceram regras processuais para limitar quem pode ser testemunha, inspirados na regra romana “*nullus idoneus testis in re sua intelligitur*” (“ninguém é idôneo para testemunhar em seu próprio interesse”).¹³ Todavia, é fato que o tribunal poderá valorar de modo diverso o depoimento prestado por esses sujeitos¹⁴, em razão da sua discricionariedade para valorar a prova testemunhal.¹⁵

2. Benefícios da utilização de depoimentos escritos

Depoimentos escritos se tornaram prática comum em procedimentos arbitrais internacionais em razão das diversas vantagens auferidas com a sua utilização.

Primeiro, os depoimentos escritos contribuem para a efetividade do procedimento arbitral. Com a apresentação destes previamente à audiência, o tribunal arbitral e a parte contrária já tomam conhecimento do conteúdo do depoimento da testemunha. Desta forma, as partes já poderão se manifestar sobre as declarações das testemunhas nas suas petições. Por consequência, depoimentos escritos contribuem para um melhor delineamento dos limites da controvérsia, que restam mais claros após a troca dos depoimentos escritos, revelando quais são, em princípio, os fatos controvertidos.¹⁶

Segundo, depoimentos escritos proporcionam economia processual.¹⁷ Com a apresentação destes, é possível delimitar a necessidade e o escopo da oitiva da testemunha em audiência.¹⁸ Por exemplo, pode não haver necessidade de ouvir a testemunha em audiência

quando os fatos relatados se mostrarem incontrovertidos ou irrelevantes durante o curso do procedimento. Ainda, o depoimento escrito é capaz de substituir, total ou parcialmente, a inquirição oral da testemunha. A oitiva de testemunhas sem prévio depoimento escrito pode tornar as audiências significativamente mais morosas em arbitragens envolvendo matérias complexas. Desta forma, a sua utilização contribui para a redução do tempo de audiência, permitindo que o foco do depoimento oral seja o exame da testemunha pela parte contrária.

Terceiro, os depoimentos escritos permitem melhor preparação do tribunal arbitral e da parte contrária para a audiência.¹⁹ A formulação das perguntas a serem realizadas na audiência e a verificação dos fatos narrados serão facilitadas ao ter em mãos as declarações da testemunha.²⁰ Desta forma, mitigam-se as assimetrias informativas, trazendo maior qualidade para a produção probatória durante o depoimento oral. Ademais, essa sistemática resguarda o princípio do contraditório ao auxiliar na preparação e na identificação dos principais pontos a serem contraditados.

No entanto, em que pesem essas vantagens, é possível identificar algumas críticas que são comumente feitas à adoção dos depoimentos escritos. Especialmente, quanto à ausência de controle sobre a sua produção. O fato de o tribunal, pela simples leitura da peça, ser incapaz de identificar a extensão da interferência sobre a testemunha pode suscitar questões acerca da credibilidade da declaração.²¹ Dessa sorte, é comum que se aponte a necessidade de conjugar o depoimento escrito com algum outro meio de prova.²²

Em síntese, é possível perceber que os depoimentos escritos representam incorporação bem-sucedida da prática de *common law* nos procedimentos arbitrais. A sua utilização traz consideráveis vantagens, sob diferentes perspectivas, justificando a sua ampla adoção em procedimentos arbitrais. Não por outra razão, os depoimentos escritos são, atualmente, considerados componentes fundamentais da produção probatória na arbitragem internacional.²³

12. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan, *Comparative international commercial arbitration*, Haia: Wolters Kluwer, 2003, para. 22-65; KHODYKIN, Roman; MULCAHY, Carol. *A guide to the IBA rules on the taking of evidence in international arbitration*. Oxford: Oxford University Express, 2019, para. 7.19.
13. Digesto, Pomponius, libro I. ad Sabinum. Digesto, Livro XXII, Título V, 10.
14. KHODYKIN, Roman; MULCAHY, Carol. *A guide to the IBA rules on the taking of evidence in international arbitration*. Oxford: Oxford University Express, 2019, para. 7.25.
15. IBA rules on the taking of evidence in international arbitration (2020), Art. 9(1): “The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence”.
16. Conforme colocado por Jeffrey Waincymer: “By providing witness statements at an early point in time, the other party can determine whether there is a need to cross-examine or whether it is possible to agree on certain facts. In this way the written statements, together with the written submissions themselves, will help narrow the points at issue that must ultimately be resolved by the tribunal”. (WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and evidence in international arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2012, p. 898).
17. GEISINGER, Elliott; DUCRET, Pierre. The arbitral procedure. In: Elliot Geisinger; Nathalie Voser (Coords.). *International arbitration in Switzerland – A handbook for practitioners*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Arbitration, 2013, p. 95.
18. Nas palavras de Ragnar Harbst: “At the beginning of an arbitration, the exact boundaries of the disputes and the contentious issues may yet be unclear. After the exchange of written

submissions and witness statements, the fog has usually lifted. Maybe one party, having read the other party's witness statements, will clarify that the facts as detailed in the statement are not disputed; or a party may consider the facts that certain witnesses testify on as circumstantial and will therefore forgo the chance to cross-examine these witnesses during the hearing” (HARBST, Ragnar. *A counsel's guide to examining and preparing witnesses in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 67-68).

19. VERÇOSA, Fabiane. A produção de provas. In: Daniel Levy; Guilherme Setoguti J. Pereira (Coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 242.
20. WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and evidence in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2012, p. 898.
21. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 321.
22. MIRANDA, Daniel Chacur de. *Cross-examination no processo civil e na arbitragem – Um diálogo entre processo arbitral e estadual*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 150; HARBST, Ragnar. *A counsel's guide to examining and preparing witnesses in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 68-69.
23. Nesse sentido, conforme Gary Born: “It is clear to almost all experienced practitioners and arbitrators that written witness statements are fundamental to an efficient arbitral process

3. Admissibilidade dos depoimentos escritos

A flexibilidade com a qual os procedimentos arbitrais são adaptáveis ao caso concreto é uma das principais vantagens da arbitragem em relação à jurisdição estatal.²⁴ Via de regra, nem as leis de arbitragem nem as regras institucionais estabelecem um processo rígido a ser observado em relação à produção de prova, sob pena de comprometer a maleabilidade do procedimento arbitral. Assim, regras específicas podem ser estabelecidas à luz do caso concreto.

Quanto aos depoimentos escritos, as regras de arbitragem da UNCITRAL e das principais câmaras internacionais de arbitragem reconhecem, expressa ou implicitamente, a possibilidade de a testemunha apresentar o seu depoimento escrito.²⁵ Entretanto, na sua grande maioria, não há previsão de regras mais específicas.²⁶ Contudo, eventual omissão não constitui, por si só, óbice à sua utilização. Os depoimentos escritos são admitidos mesmo na ausência de previsão específica nas regras aplicáveis diante do direito das partes de produzirem provas e da amplitude dos poderes dos árbitros para conduzir a produção probatória, fase essencial para a adequada prestação jurisdicional e cumprimento da missão na qual foram investidos.²⁷

Teoricamente, as partes podem acordar quanto à possibilidade de apresentação de depoimentos escritos, seja por meio de previsão expressa na convenção de arbitragem,

(with the alternative of live, direct examination necessarily increasing the amount of required hearing time by multiples of at least three or four-fold, while simultaneously detracting significantly from the efficacy of pre-hearing written submissions, which aim to provide a comprehensive presentation of each party's case on both factual and legal issues). At the same time, it is unlikely that current critics of written witness statements would react materially more favorably to oral testimony by witnesses who have been prepared for live examination with the same care as for preparing a written witness statement" (BORN, Gary. *International commercial arbitration*. 3a ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021, p. 2425).

24. Em levantamento realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) em conjunto com o Instituto de Pesquisas Ipsos em 2021 "Arbitragem no Brasil", a flexibilidade aparece em quinto lugar como o maior benefício concreto da via arbitral elencado pelos entrevistados (Slide 21). Ver também, ANDREWS, Neil. Global perspectives on commercial arbitration. *Revista de Processo*. Vol. 202, DTR n.º 2011/5072, pp. 293-337.
25. UNCITRAL Arbitration Rules (2013), Art. 27(2); Stockholm Chamber of Commerce's Rules (2017), Art. 33(2); Swiss Arbitration Centre's Rules (2021), Art. 27(4); Belgian Centre for Arbitration and Mediation's Rules (2020), Art. 29(3); Permanent Court of Arbitration's Rules (2012), Art. 27(2); London Court of Arbitration's Rules (2020), Art. 20; International Centre for Dispute Resolution's Rules (2021), Art. 26(4); International Chamber of Commerce's Rules (2021), Appendix IV: Case Management Techniques, (e) e Appendix VI: Expedited Procedure Rules, Art. 3(4); German Arbitration Institute (2018), Annex 3: Measures for Increasing Procedural Efficiency, (a).
26. São exceções a essa regra geral o regulamento da LCIA (2020) e o da AAA-ICDR (2021).
27. LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 96-98.

ou por incorporação de *soft law* que traga previsão nesse sentido.²⁸ Entretanto, raramente o fazem. Na prática internacional, disposições acerca de depoimentos escritos são incluídas nas regras específicas a serem aplicadas à arbitragem elaboradas pelo tribunal arbitral após consulta às partes e formalizadas através de ordem processual. Tais regras são fortemente influenciadas pelas Regras da IBA sobre Produção de Provas de Arbitragem Internacional.²⁹

As Regras da IBA constituem uma bem-sucedida ponte entre sistemas de *civil law* e *common law* e são o principal documento na arbitragem internacional no que tange à prova, produção de testemunhal, inclusive em relação aos depoimentos escritos. Considerando a sua ampla aceitação e utilização, é possível tomar as suas disposições como ilustração da prática vigente.³⁰ As ordens processuais normalmente incorporam as disposições da IBA copiando-as *verbatim* ou as utilizando como base para formulação de regras semelhantes.

Depoimentos escritos são utilizados na maior parte dos procedimentos arbitrais internacionais, ainda que ambas as partes e seus representantes estejam localizados em

28. O termo *soft law* é utilizado para se referir a regras e princípios elaborados por entidades não governamentais, não possuindo, assim, força vinculante, uma vez que emanados sem força de lei. Entretanto, podem ser adotados em casos concretos, de tal modo que acabam adquirindo certo "status legal". Sobre *soft law*: HODGES, Paula. The arbitrator and the arbitration procedure, the proliferation of "soft laws" in international arbitration: time to draw the line? *Austrian Yearbook on international arbitration*, 2015, pp. 205-229; GREINEDER, Daniel; MEDVEDSKAYA, Anastasia. Beyond high hopes and dark fears – Towards a deflationary view of soft law in international arbitration. *ASA Bulletin*, 2020, 38(2), pp. 414-435; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft law in international arbitration: Codification and normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 283-299; PARK, William. The procedural soft law of international arbitration – Non-governmental instruments. In: Loukas Mistelis; Julian Lew (Coords.). *Pervasive problems in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, pp. 141-154.
29. IBA rules on the taking of evidence in international arbitration. Tais regras foram emitidas primeiramente em 1999, substituindo as IBA Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration de 1983. As Regras da IBA de 1999 foram revisadas, posteriormente, em 2010 e em 2020. Em 2020, as regras sofreram alterações mínimas principalmente para refletir a prática que vem sendo adotada majoritariamente em procedimentos internacionais. A ausência de grandes reformulações demonstra a ampla aceitação das Regras da IBA.
30. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. *International arbitration – Law and practice in Switzerland*. Oxford: Oxford University Press, 2015, para. 6.70: "The IBA rules are a prominent example of globalization, standardization, and codification of arbitral proceedings. Drafted by arbitration specialists from different legal backgrounds, they primarily restate and generalize practices that were already in use in international arbitration. In doing so, they bridge the differences among procedural traditions merging them into generally acceptable norms". Ver também MIRANDA, Daniel Chacur de. *Cross-examination no processo civil e na arbitragem – Um diálogo entre processo arbitral e estadual*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 148.

países de *civil law*.³¹ Inclusive, pode-se dizer que há, na prática, presunção de que as partes apresentarão o depoimento escrito antes de ouvir a testemunha em audiência.³² Quando da elaboração de regras específicas no início de procedimentos arbitrais internacionais, a minuta destas enviadas pelo tribunal arbitral normalmente já prevê depoimentos escritos, e, muito raramente, discute-se eventual não utilização.

4. Submissão dos depoimentos escritos

Por conta da autonomia privada das partes, é possível haver modulação dos requisitos do momento de submissão dos depoimentos escritos. Contudo, a partir das Regras da IBA e da prática arbitral, é possível identificar alguns elementos gerais que guiam a sua produção.

Em relação à iniciativa da utilização do depoimento escrito, essa pode vir tanto das partes quanto do tribunal arbitral. Por ser de interesse das partes o reconhecimento da sua versão da verdade dos fatos, a juntada de testemunhos escritos é manifestação do seu direito de produzir prova e de apresentar plenamente o caso perante o tribunal arbitral. Em relação aos árbitros, é notável que os diplomas acerca da arbitragem conferem ao tribunal papel de acentuada relevância acerca da produção probatória, o que permite que convidem a apresentação de depoimentos testemunhais escritos.³³

Quanto ao momento de produção³⁴, percebe-se que, em regra, os depoimentos escritos são apresentados juntamente com as petições das partes conforme estabelecido no

31. Na nossa experiência, em apenas uma arbitragem internacional, houve debate acerca da apresentação ou não de depoimentos escritos. Tratou-se de arbitragem expedita sob os auspícios das regras do Swiss Arbitration Centre de valor muito baixo na qual as partes foram representadas por advogados sem experiência em arbitragem e não familiarizados com depoimentos escritos. No entanto, a árbitra insistiu na apresentação de declarações escritas e ambas as partes concordaram.

32. Destaca-se que as regras da AAA-ICDR (2021) preveem que o testemunho deve ser apresentado por escrito, salvo se as partes acordarem em sentido contrário ou se diversamente estipular o tribunal arbitral. Conforme Art. 26(4): “Unless otherwise agreed by the parties or directed by the tribunal, evidence of witnesses should be presented in the form of written statements signed by them”.

33. Disposição nesse sentido pode ser encontrada no Art. 4.4. das Regras da IBA: “The Arbitral Tribunal may order each Party to submit within a specified time to the Arbitral Tribunal and to the other Parties Witness Statements by each witness on whose testimony it intends to rely, except for those witnesses whose testimony is sought pursuant to Articles 4.9 or 4.10. If Evidentiary Hearings are organised into separate issues or phases (such as jurisdiction, preliminary determinations, liability or damages), the Arbitral Tribunal or the Parties by agreement may schedule the submission of Witness Statements separately for each issue or phase”. Ainda, Art. 5.5. das Prague Rules (2018): “The arbitral tribunal may also, if it deems it appropriate, itself invite a party to submit a written witness statement of a particular witness before the hearing”.

34. O’MALLEY, Nathan. *Rules of evidence in international arbitration – An annotated guide*. Nova Iorque: Informa Law, 2013, p. 118.

calendário procedural.³⁵ Contudo, há situações nas quais o tribunal arbitral solicita a submissão dos depoimentos escritos em outros momentos, a depender das peculiaridades do caso concreto.³⁶

Os tribunais arbitrais utilizam, normalmente, os requisitos do Art. 4.5 das Regras da IBA para regular os elementos necessários que devem constar no depoimento escrito: (a) uma declaração sobre seu relacionamento atual e passado (se houver) com qualquer uma das partes, e uma descrição de seus antecedentes, qualificações, formação e experiência, se tal descrição puder ser relevante para a disputa ou para o conteúdo da declaração; (b) uma descrição completa e detalhada dos fatos e a fonte das informações da testemunha quanto a esses fatos; (c) uma declaração sobre o idioma em que o depoimento escrito foi originalmente preparado e o idioma no qual a testemunha possa prestar depoimento na audiência; (d) uma afirmação da veracidade das declarações prestadas.³⁷ Os tribunais arbitrais podem exigir requisitos diversos, como, por exemplo, fotografia e currículo. Se a testemunha se referir a documentos, estes deverão ser também apresentados, seguindo, geralmente, a mesma numeração dos demais documentos submetidos.³⁸

Por mais que possa haver variações nos requisitos de admissibilidade dos depoimentos escritos, essas são marginais, sendo possível tomar essa previsão das Regras da IBA como parâmetro da prática arbitral internacional. Assim, em termos de conteúdo, o depoimento escrito é composto por, basicamente, três partes³⁹: (i) parte introdutória, com nome, qualificação, relação com as partes e outras informações adicionais; (ii) parte principal, com os fatos sobre os quais a testemunha se manifesta; e (iii) parte final, com a declaração de veracidade e a assinatura.⁴⁰

As partes podem apresentar mais de um depoimento escrito de determinada testemunha ao longo do procedimento arbitral. Por exemplo, um depoimento submetido juntamente com as alegações iniciais e outro depoimento apresentado com a réplica, uma vez que a resposta às alegações iniciais pode trazer outra versão em relação a fatos ou discorrer sobre elementos não abordados inicialmente pela testemunha ou que necessitem de mais esclarecimentos.⁴¹

35. BORN, Gary. *International commercial arbitration*. 3^a ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021, p. 2423.

36. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 570.

37. IBA rules on the taking of evidence in international arbitration (2020), Art. 4.5.

38. Por exemplo, C-1, C-2, C-3..., no caso da parte autora (*Claimant*); ou R-1, R-2, R-3..., no caso da parte ré (*Respondent*).

39. HARBST, Ragnar. *A counsel’s guide to examining and preparing witnesses in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 69.

40. WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and evidence in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2012, p. 903.

41. Quanto à possibilidade de produção de depoimentos adicionais, as Regras da IBA dispõem que esses podem ser apresentados desde que respondam à nova alegação da parte contrária ou versem sobre novo fato que não pudesse ser tratado no primeiro depoimento (IBA rules on the taking of evidence in international arbitration (2020), Art. 4.6).

Certamente, não existe direito subjetivo à submissão de testemunhos escritos a qualquer tempo. Esses devem ser apresentados conforme previsto no regulamento aplicável, como ajustado em cronograma processual. Assim, o elemento tempestividade há de ser considerado quando da análise da admissibilidade dos depoimentos escritos em um procedimento arbitral. Por essa razão, a apresentação de depoimentos escritos em outro momento que não o da submissão de petições só será admitida em casos excepcionais.⁴²

5. Preparação depoimentos escritos

Na arbitragem internacional, não existe uma regra impondo limitações de contato entre advogados e testemunhas, diferentemente de diversos sistemas jurídicos. Pelo contrário, é amplamente aceito que advogados preparem os depoimentos escritos com as testemunhas e tenham reuniões com estas antes da audiência para as preparar para depoimento oral.⁴³ Há inclusive previsão neste sentido nas Regras da IBA sobre produção de provas⁴⁴ e, também, nas Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais adotadas em 2013, cujo propósito é de fornecer um padrão de conduta para os representantes das partes, fomentando o agir íntegro e honesto no curso do procedimento, e de desencorajar a adoção de táticas que possam obstruir ou prejudicar a arbitragem.⁴⁵

- 42. Por exemplo, em uma arbitragem de investimento em estágio já avançado, um tribunal arbitral admitiu a apresentação de depoimento escrito por outra testemunha em substituição ao depoimento de outra testemunha que faleceu durante o procedimento arbitral: *Oded Besserglit v. Republic of Mozambique*, ICSID Case nº. ARB (AF)/14/2, Procedural Order nº. 6, para. 30: "The Tribunal notes, however, that the death of Justino Muhlanga is an exceptional circumstance. The Claimant must be allowed to substitute the testimony of the deceased with another credible witness of its choice. The Tribunal, therefore, in exercise of its authority under paragraph 17 of Procedural Order nº.1 admits Hélder Matlaba's witness statement filed on May 1, 2017 in substitution of Justino Muhlanga's witness statement".
- 43. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan, *Comparative international commercial arbitration*, Haia: Wolters Kluwer, 2003, para. 22-73.
- 44. IBA rules on the taking of evidence, Art. 4(3): "It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them". Conforme ressaltado por Peter Ashford, este artigo traz uma importante clarificação em razão das diferenças entre limites éticos aos quais os advogados estão sujeitos. Por exemplo, em alguns países, o advogado sequer pode falar com a testemunha, ao passo que em outros países seria negligente não preparar a testemunha (ASHFORD, Peter. *The IBA rules of the taking of evidence in international arbitration – A guide*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 99). Ver também SCHWARTZ, Eric; DIGÓN, Rocío. *Witness statements: use and abuse*. Lawrence Newman; Richard Hill (Coords.). *The leading arbitrators' guide to international arbitration*. 3a ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2014, p. 762.
- 45. IBA guidelines on party representation in international arbitration⁽²⁰¹³⁾: Diretriz 20: "A Party Representative may assist Witnesses in the preparation of Witness Statements and Experts in the preparation of Expert Reports".

Seguindo a tradição inglesa, os depoimentos escritos são preparados quase que inviavelmente pelos advogados da parte. É natural que se trate de prática comum, uma vez que estes estão no controle da apresentação do caso e em uma melhor posição para definir quais pontos devem ser abordados. Ademais, a preparação de um depoimento escrito pelas próprias testemunhas seria bastante complicada para aquelas que não estão familiarizadas com o instituto. Questões terminológicas e de linguagem, igualmente, podem se tornar obscuras caso não haja participação de um advogado no momento da redação do depoimento escrito.⁴⁶ Igualmente, o auxílio de um advogado é importante para assegurar a completude do depoimento escrito, tornando a contribuição da testemunha mais valiosa para a solução da lide.⁴⁷

Em princípio, não há nenhum problema no fato de a testemunha ser auxiliada por advogado. Este possui ampla liberdade para encontrar e questionar a testemunha durante a preparação do depoimento escrito, desde que observados os limites éticos e legais.⁴⁸ O que deve ser evitado é o abuso por parte do advogado, isto é, o depoimento escrito não pode se tornar uma extensão das alegações das partes, no qual o verdadeiro autor passa a ser o advogado e não mais a testemunha.⁴⁹

Alguns tribunais arbitrais reforçam esses pontos em ordem processual, reiterando que o advogado da parte deve se abster de exercer influência indevida sobre a testemunha, e que o depoimento escrito deve refletir as lembranças da testemunha sobre os fatos em disputa.⁵⁰

- 46. WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and evidence in international arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2012, p. 901.
- 47. Conforme Gary Born: "The failure to provide a sufficiently detailed statement will impact the witness's credibility and may, in extreme cases, lead to the tribunal's exclusion of testimony by the witness. It also serves neither the tribunal, nor the party relying on a witness statement, for the statement to contain speculation, legal (or other) argument and similar matters. It is rare that a witness statement which ignores these principles will be struck from evidence; it is even rarer, however, that such a statement will persuade a tribunal or advance a party's case" (BORN, Gary. *International commercial arbitration*. 3ª ed. Haia: Kluwer Law International, 2021, p. 2424).
- 48. Nesse sentido, LCIA Rules (2020), Art. 20.6: "Subject to the mandatory provisions of any applicable law, rules of law and any order of the Arbitral Tribunal otherwise, it shall not be improper for any party or its authorised representatives to interview any potential witness for the purpose of presenting his or her testimony in written form to the Arbitral Tribunal or producing such person as an oral witness at any hearing".
- 49. Ver HARBST, Ragnar. *A counsel's guide to examining and preparing witnesses in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 68-69.
- 50. Em duas arbitragens internacionais, as ordens processuais possuíam as seguintes redações: (i) "It is not improper for a Party, its officers, employees, Counsel or other representatives to meet or interview its witnesses or potential witnesses to establish the facts and prepare for the examinations including assisting the witness in the drafting of his or her Witness Statement, provided, however, that no undue influence is exercised upon the prospective witness". (ii) "Each Party shall seek to ensure that its witness statements reflect the witnesses' own accounts of relevant facts, events and circumstances. In this respect, it shall not be improper for counsel to meet witnesses and potential witnesses to establish the facts, or to help

Portanto, os advogados devem se abster de induzir memórias ou lembranças na testemunha, manipulando a verdade, ou induzir a testemunha a mentir, devendo adotar as medidas necessárias para evitar a ocorrência dessas situações.⁵¹ Ainda que não haja harmonização internacional entre os códigos de ética aos quais os advogados estão sujeitos, a linha separando o permitido do proibido deve ser traçada onde começa o falso testemunho.⁵² Porém, de outra banda, é possível perceber que, na prática, é pouco provável que a interferência indevida do advogado na elaboração do depoimento escrito não seja detectada pelo tribunal arbitral.⁵³ As habilidades de interrogatório do advogado da contraparte e a experiência dos árbitros são fatores importantes a serem levados em consideração. Em verdade, além de ser potencialmente perceptível, a constatação de manipulação do depoimento escrito irá ser prejudicial à parte, levando a completo descrédito a testemunha e a versão dos fatos que se pretendia sustentar.⁵⁴

prepare the witness statements and examinations". Aqui um exemplo de como disposições em soft law são incorporadas em ordens processuais, uma vez que este texto possui como base a diretriz 21 das IBA guidelines on party representation in international arbitration: "A party representative should seek to ensure that a witness statement reflects the witness's own account of relevant facts, events and circumstances".

51. Nesse sentido, dispõe a diretriz 11 das IBA guidelines on party representation in international arbitration: "11. A Party Representative should not submit Witness or Expert evidence that he or she knows to be false. If a Witness or Expert intends to present or presents evidence that a Party Representative knows or later discovers to be false, such Party Representative should promptly advise the Party whom he or she represents of the necessity of taking remedial measures and of the consequences of failing to do so. Depending upon the circumstances, and subject to countervailing considerations of confidentiality and privilege, the Party Representative should promptly take remedial measures, which may include one or more of the following: (a) advise the Witness or Expert to testify truthfully; (b) take reasonable steps to deter the Witness or Expert from submitting false evidence; (c) urge the Witness or Expert to correct or withdraw the false evidence; (d) correct or withdraw the false evidence; (e) withdraw as Party Representative if the circumstances so warrant".
52. Ver KOJOVIĆ, Tijana, Witness preparation in international arbitration in the countries of the former Yugoslavia. *Austrian Yearbook on International Arbitration*, p. 199.
53. MIRANDA, Daniel Chacur de. *Cross-examination no processo civil e na arbitragem – Um diálogo entre processo arbitral e estadual*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 150. Nas palavras de V. V. Veeder: "The practice of taking factual witness statements requires urgent reform. Increasingly, many international arbitrators pay little credence to written witness statements on any contentious issue, unless independently corroborated by other reliable evidence. It is perhaps surprising that many sophisticated practitioners have not yet understood that their massive efforts at re-shaping the testimony of their client's factual witnesses is not only ineffective but often counter-productive. Most arbitrators have been or remain practitioners; and they can usually detect the 'wood-shedding' of a witness". (VEEDER, V. V. The 2001 Goff Lecture: The lawyer's duty to arbitrate in good faith. *Arbitration international*, Vol. 18, Issue 4, 2002, p. 444).
54. ZUBERBÜHLER, Tobias; HOFMANN, Dieter et al. *IBA rules of evidence: commentary on the IBA rules on the taking of evidence in international arbitration*. 2a ed. Zurique: Schulthess Juristische Medien, 2022, pp. 117-118.

Igualmente, nota-se que a participação de advogado na redação do depoimento escrito não é peculiaridade desse meio de prova. Testemunhos orais também podem receber influência direta, em momento de preparação prévia. Ainda, documentos, como e-mails enviados e outras formas de comunicação entre as partes, frequentemente, são elaborados com o auxílio de advogados. Por esses fatores, não se percebe razão especial para conferir descrédito prévio ao depoimento escrito, cujas vicissitudes são comuns a outros meios de prova amplamente aceitos.

Assim sendo, é compatível com a prática arbitral que o advogado participe da redação do depoimento escrito.⁵⁵ Respeitados os limites éticos, a participação do advogado é, inclusive, importante para o próprio valor probatório do depoimento escrito. No entanto, a versão final e sua revisão devem ser, impreterivelmente, da testemunha, como forma de garantir a acuracidade dos fatos descritos. Os advogados da parte devem se assegurar que a testemunha leu o depoimento escrito antes de o assinar, e que o texto reflete, de fato, as suas recordações.

Durante o depoimento em audiência, a parte contrária pode fazer perguntas à testemunha acerca de como se deu a preparação do depoimento e a interação com o advogado da parte. Entretanto, tais perguntas podem ter pouca utilidade, haja vista que tribunais arbitrais experientes não esperam que a testemunha tenha redigido o depoimento sem o auxílio de advogado.⁵⁶

Por fim, ressalta-se que o depoimento trabalhado excessivamente pelo advogado pode chegar a um nível excelente em termos de formatação e linguagem, mas pode se tornar extremamente artificial.⁵⁷

55. "The better approach therefore is that the lawyer does the first draft. To make it clear one more time, this does not mean that the lawyer should sit in his or her office, write down what the witness might, could, or should say, and then ask the witness to confirm the same. A lawyer who follows this approach has crossed the line between admissibly assisting the witness in preparing the statement and inadmissibly tailoring the statement to the needs of the case. Rather, the following approach is recommended". (HARBST, Ragnar. *A counsel's guide to examining and preparing witnesses in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 74).
56. SCHWARTZ, Eric; DIGÓN, Rocío. Witness Statements: use and abuse. In: Lawrence Newman; Richard Hill (Coords.). *The leading arbitrators' guide to international arbitration*. 3ª ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2014, p. 766.
57. Conforme afirma Anne Véronique Schlaepfer: "[C]ounsel would be well advised to use the witness' own words and expressions, as long as they are understandable. This would make the witness statement more credible (and often more interesting). Moreover, the impact on the arbitral tribunal may be rather negative, if it appears at the evidentiary hearing that the witness does not understand the words used in his own statement". (SCHLAEPFER, Anne Véronique. Witness Statements. In: LÉVY, Laurent; VEEDER, V. V. (Coords.). *Arbitration and oral evidence*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Volume 2. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 67). Ver LANDAU, Toby. Dysfunctional deliberations and effective advocacy. In: Andrea Menaker (Coord.), *International arbitration and the rule of law – Contribution and conformity*. ICCA Congress Series, Volume 19, 2017, p. 291.

6. Requerimento para comparecimento em audiência

As partes têm o direito de confrontar, se desejarem, as informações testemunhadas em depoimento escrito por meio de testemunho oral na audiência.⁵⁸ Como o texto do depoimento escrito é elaborado unilateralmente⁵⁹, este deverá estar sujeito ao contraditório. Assim, a credibilidade do depoente e de suas declarações poderão ser postas à prova em audiência.⁶⁰ Não é recomendável, portanto, a apresentação de depoimento escrito de testemunha que se sabe, de antemão, que não irá comparecer à audiência.

Em data determinada pelo tribunal arbitral ou acordada entre as partes, estas deverão informar quais testemunhas indicadas pela outra parte desejam inquirir durante a audiência (*notice of cross-examination*). A decisão quanto à necessidade de oitiva da testemunha para exame oral cabe, então, primariamente à parte contrária.⁶¹ A regra geral é resguardar o direito das partes de contraditar em audiência as testemunhas que proferiram depoimento escrito.⁶²

-
58. “To admit evidence from a witness without affording the opposing side the opportunity to challenge that testimony at a hearing (or in another appropriate manner) would be tantamount to prejudging the witness’ views to be virtually unassailable. To assign such weight to evidence prior to the closing of the evidentiary phase of the arbitration would in most instances appear to be unjustified” (O’MALLEY, Nathan. *Rules of evidence in international arbitration: an Annotated Guide*. New York: Informa Law, 2013, p. 128).
59. MURIEL, Marcelo A. Produção de provas na arbitragem. In: Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins (Coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 326.
60. SCHLAEPFER, Anne Véronique. Witness Statements. In: LÉVY, Laurent; VEEDER, V. V. (Coords.). *Arbitration and oral evidence*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Volume 2. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 67.
61. WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and evidence in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2012, p. 898.
62. Conforme Nathan O’Malley: “It is widely assumed that a party has a right to confront or otherwise challenge a witness’ testimony during an in-person cross-examination, and for a party to be deprived of such a right may give rise to challenges based on lack of procedural fairness” (O’MALLEY, Nathan. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. New York: Informa Law, 2013, p. 125). Assim se manifestou o tribunal arbitral em sentença proferida no dia 27 de agosto de 2009 no caso Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan (I), ICSID Case No. ARB/03/29, para. 303: “The Tribunal stresses that in assessing this evidence it has taken into account the arguments advanced by the Parties in connection with the evidentiary weight of Mr. Mirza’s testimony as well as the fact that Mr. Mirza was not available to appear at the hearing for cross-examination. Due to the confidential nature of the reasons alleged for Mr. Mirza’s non-appearance, the positions of the Parties cannot be restated in this Award. However, the Tribunal has carefully reviewed all circumstances and concluded that, because the Claimant had no opportunity to cross-examine Mr. Mirza, the latter’s written evidence could only be considered if corroborated by other evidence in the record”.

Entretanto, cumpre ressaltar que se a parte não solicitar o exame oral da testemunha da parte contrária, isto não implica aceitação das suas declarações como verídicas.⁶³ O testemunho pode ser rechaçado por escrito através de petições ou através de prova documental, por exemplo. A parte também pode ter as declarações da testemunha como irrelevantes e decidir focar em outras testemunhas durante a audiência.⁶⁴ O tribunal arbitral poderá concordar com a parte no sentido de que é justificável a dispensa da oitiva da testemunha⁶⁵, a partir de critérios de utilidade e pertinência, em prol da economia processual.⁶⁶

Mesmo que a parte não tenha apresentado pedido para inquirir testemunha adversária, salvo disposição em contrário, a parte que apresentou o seu testemunho poderá requerer a sua oitiva em audiência. O pedido será analisado pelo tribunal arbitral que o irá rejeitar ou aceitar, podendo impor condições, como a limitação de perguntas a determinado ponto.⁶⁷

O tribunal arbitral não está obrigado a ouvir todas as testemunhas, podendo rejeitar a solicitação das partes para que determinada testemunha venha a depor em audiência quando considerar a sua oitiva dispensável.⁶⁸ Ainda, apesar de ser situação mais rara, o tribunal arbitral poderá, por sua própria iniciativa, desejar ouvir a testemunha quando nenhuma das partes solicitar a sua oitiva.⁶⁹

-
63. IBA Rules on the Taking of evidence in international arbitration (2020), Art. 4.8.
64. Mesmo quando a testemunha é ouvida em audiência, o fato dela não ter sido questionado em relação a determinado fato não necessariamente significa que a parte aceita tal declaração como verídica. Em razão do tempo limitado para inquirição, não é sempre possível que a testemunha seja questionada sobre cada fato narrado por escrito. Ver SHORE, Laurence. *Cross-Examination without discovery – Not blind, but with blenders*. Lawrence Newman; Richard Hill (Coords.). *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*. 3a ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2014, p. 65.
65. O’MALLEY, Nathan. *Rules of evidence in international arbitration: an annotated guide*. New York: Informa Law, 2013, p. 127.
66. MURIEL, Marcelo A. Produção de provas na arbitragem. In: Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins (Coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 326; ASHFORD, Peter. *The IBA rules of the taking of evidence in international arbitration – A guide*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 103; SHORE, Laurence. *Cross-Examination without discovery – Not blind, but with blenders*. Lawrence Newman; Richard Hill (Coords.). *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*. 3a ed. Nova York: Juris Publishing, 2014, pp. 58-59.
67. Exemplo retirado de ordem processual de 2018 em uma arbitragem sob as regras da ICC: “A witness for whom no notice of cross-examination has been filed may nevertheless be called to testify upon request by the Party who filed the Witness Statement, subject to the Sole Arbitrator’s permission”.
68. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan, *Comparative international commercial arbitration*, Haia: Wolters Kluwer, 2003, para. 22-62.
69. Exemplo retirado de ordem processual de 2019 em uma arbitragem sob as regras da ICC: “On or before the date provided there in the procedural timetable, each Party shall notify the Arbitral Tribunal of the names of the witnesses of the other Party whom that Party wishes to cross-examine at the witness hearing(s). Failing such notification to cross-examine, the Arbitral Tribunal may, on its own motion or upon reasoned request, grant the other Party

Quando a testemunha cuja inquirição tenha sido requerida não comparecer na audiência sem justificativa válida, o tribunal poderá, inclusive, desconsiderar o seu depoimento escrito.⁷⁰ Esta é a sanção prevista, por exemplo, nas Regras da IBA, as quais dispõem que o tribunal deverá (*shall*) fazê-lo, salvo circunstâncias excepcionais. Alguns tribunais arbitrais preferem disposição similar, mas um pouco mais flexível, segundo a qual eles podem (*may*) adotar as conclusões que julgar apropriadas, inclusive a desconsideração do testemunho.⁷¹

Como as informações trazidas pela testemunha no seu depoimento não terão sido submetidas ao debate processual, é, em princípio, justificável a retirada do depoimento escrito dos autos, tornando-o inapto para ser utilizado como meio de prova.⁷² Por certo, razões de força maior podem justificar a ausência da testemunha, permitindo a valoração do depoimento escrito pelo tribunal arbitral⁷³, que terá auxílio das outras provas produzidas pelas partes.

7. Oitiva da testemunha na audiência

O depoimento escrito substitui a inquirição da testemunha pela parte que a arrolou (*direct examination* ou *examination-in-chief*). Desta forma, não há necessidade de a testemunha repitir oralmente o testemunho já apresentado. Entretanto, é comum que haja introdução limitada a poucas perguntas feitas pela parte que apresentou o depoimento.⁷⁴ Nesta etapa

leave to conduct a direct examination of the relevant witness. If such request is granted, the other Party will be entitled to conduct cross-examination of that witness".

- 70. "If a witness who has submitted a written witness statement refuses to testify at the oral hearing, notwithstanding being designated for cross-examination, the tribunal may, and usually will, disregard the witness statement" (BORN, Gary. *International commercial arbitration*. 3a ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021, p. 2456).
- 71. Exemplo retirado de ordem processual de 2017 em uma arbitragem sob as regras da UNCITRAL: "If a witness or expert who has been called to testify by the Tribunal or the other Party fails to appear to testify at the hearing without justification, the Tribunal may attach such weight as it thinks appropriate in the circumstances to the witness statement or expert report". Em outra arbitragem sob as regras das ICC em 2018: "If a witness whose presence has been required fails to appear at the hearing without a valid reason, the Sole Arbitrator may adopt the conclusions it deems appropriate, including disregarding his/her Witness Statement". Em outra arbitragem ICC de 2021: "Where a witness should ultimately not be able to attend the hearing, the Arbitral Tribunal will determine the weight which should be given to the testimony of said witness, if any, after hearing from the Parties".
- 72. FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 701.
- 73. SEREC, Fernando Eduardo. Provas na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Editora Atlas, 2017, pp. 303-304.
- 74. Conforme disposição em ordem processual em uma arbitragem ICC de 2020: "In case of a hearing, a witness statement shall serve as evidence in chief. Direct examination of a fact witness shall therefore in principle be limited to introducing the witness and confirming,

são vedadas perguntas que conduzam à resposta a qual se deseja (*leading questions*).⁷⁵ Assim, durante o processo de inquirição direta da testemunha (*direct examination*), o advogado não poderá realizar perguntas objetivando a confirmação da suposição levantada na pergunta.

Em termos estratégicos, é possível que o advogado que conduz a inquirição direta opte por questionar pontos específicos, como forma de chamar atenção do tribunal arbitral, agindo como fator de persuasão e de criação de empatia, criando confiabilidade antes da condução da *cross-examination*.⁷⁶

Com o fim da inquirição direta, procede-se à *cross-examination*. A parte contrária passa a conduzir o testemunho oral. Nesse momento, é admissível utilizar *leading questions*. A prática arbitral demonstra que essa etapa pode demorar horas ou, inclusive, mais de um dia. É importante destacar que as perguntas feitas pela parte que não arrolou a testemunha não estão limitadas aos pontos abordados no depoimento escrito, possuindo o advogado liberdade para fazer perguntas relacionadas aos fatos do caso, mesmo que não abordados no depoimento escrito.

Finalizadas as perguntas pela parte contrária, a parte que apresentou a testemunha poderá formular novas indagações, fazendo perguntas adicionais sobre pontos abordados durante a *cross-examination*. Esta oportunidade é denominada de "*re-direct examination*". Ainda que as Regras da IBA sejam silentes nesse sentido, é amplamente admitido na prática

clarifying or correcting the written statements made by the witnesses. The modalities of direct examination of any expert witness will be discussed in due time". Em pesquisa realizada em 2012 pela Universidade Queen Mary de Londres sobre prática arbitral: "In a significant majority of arbitrations (87%), fact witness evidence is offered by exchange of witness statements, together with either direct examination at the hearing (48%) or limited or no direct examination at the hearing (39%). 59% of respondents believe that the use of fact witness statements as a substitute for direct examination at the hearing is generally effective". (2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process). A porcentagem referente ao número de arbitragens na qual o depoimento escrito não substituiu o depoimento escrito nos parece bastante alta hoje, dez anos após a realização da pesquisa. Conforme nossa experiência, o exame direto da testemunha pela parte que o arrolou é muito limitado na quase dos procedimentos arbitrais internacionais. Ainda, conforme as diretrizes das UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016), para. 88: "Where a witness statement is submitted, it is generally accepted that this statement need not be repeated orally at the hearing. Often it is accepted as the witness' full direct testimony and only a short oral statement that confirms (possibly highlighting certain points) or that updates the written statement is required at the hearing".

- 75. IBA rules on the taking of evidence, Art. 8(3): "(...) Questions to a witness during direct and re-direct testimony may not be unreasonably leading". Estados Unidos. United States State Supreme Court of Florida, *Coogler v. Rhodes* (1897), 21 So. 109, 38 Fla. 240: "A question addressed to a witness in examination is not necessarily leading because it can be answered 'Yes' or 'No'. A leading question is one that points out the desired answer, and not merely one that calls for a simple affirmative or negative".
- 76. MIRANDA, Daniel Chacur de. *Cross-examination no processo civil e na arbitragem – Um diálogo entre processo arbitral e estadual*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 149.

o “*re-cross examination*”, obedecendo o mesmo princípio de limitação de perguntas àquelas que tenham conexão com as perguntas feitas durante o *re-direct*.

Nesse contexto, percebe-se que a utilização do depoimento escrito serve de norte para o momento da *cross-examination*. De um lado, a parte que indicou a testemunha tem o depoimento escrito como uma baliza objetiva dos questionamentos. De outro, a parte contrária tem um ponto de partida, podendo planejar o que abordar e como questionar os pontos trazidos. Assim, a produção da prova testemunhal mostra-se mais proveitosa e completa quando há associação entre o depoimento escrito com a inquirição em audiência.

8. Conclusão

Em síntese, pode-se vislumbrar que a produção da prova em sede de arbitragem internacional é fortemente influenciada pela cultura processual dos países de *common law*, que vem provocando uma reconstrução de acepções tradicionais do direito probatório. Trata-se de fenômeno perceptível a partir da ampla aceitação da apresentação de depoimentos escritos (*witness statements*), seguida da inquirição da testemunha pela parte contrária em audiência (*cross-examination*).

Assim, a produção de prova oral vem adquirindo um padrão nas arbitragens internacionais, independentemente da origem das partes e dos advogados. Essa prática internacional é refletida nas Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional, principal documento hoje na arbitragem internacional sobre o tema que, apesar de não vinculante por si só, é adotado, direta ou indiretamente, pela grande maioria dos tribunais arbitrais em procedimentos internacionais.

O reconhecimento da comunidade arbitral dos depoimentos escritos como a mais vantajosa forma de produção de prova testemunhal se dá em razão das diversas vantagens auferidas com a utilização destes. Primeiro, depoimentos escritos tendem a deixar o procedimento arbitral mais efetivo, pois auxiliam na delimitação de pontos controvértidos. Segundo, os depoimentos escritos contribuem para a economia processual, pois normalmente substituem total ou parcialmente o depoimento direto da testemunha, reduzindo assim o tempo de audiência. Terceiro, os depoimentos escritos permitem que a parte contrária e o tribunal arbitral possam se preparar para a inquirição da testemunha, diminuindo a assimetria de informações entre as partes durante a audiência, bem como resguardam o princípio do contraditório. Isto porque a parte contrária poderá conferir a veracidade das informações antes de ouvi-la e, assim, estará em melhor posição para preparar sua inquirição.

No entanto, apesar de suas vantagens, o depoimento escrito não está imune a críticas. O auxílio do advogado na sua elaboração é a principal objeção feita em relação a esta forma de testemunho. Entretanto, é importante ressaltar que o fato de o advogado participar da redação do depoimento escrito não é problemático *per se*. Pelo contrário. Em princípio, o advogado desempenha papel fundamental na apresentação do testemunho escrito.

Destaca-se que partes e advogados de todas as partes do mundo se encontram em procedimentos arbitrais. Esse caráter internacional da arbitragem implica o estabelecimento de padrões diversos para avaliar a produção probatória. Assim sendo, é inadequado fazer essa análise, exclusivamente, a partir da cultura processual de um país de *civil law*. Assim, práticas que podem ser vistas com receio em um país de *civil law*, como a participação do

advogado na redação do depoimento escrito, não são, *a priori*, problemáticas no contexto de uma arbitragem internacional.

Entretanto, existem práticas abusivas, que desvirtuam a finalidade do depoimento escrito. Este pode se tornar mera extensão das alegações da parte, bem como a verdade pode ser dissimulada em razão da interferência de terceiro. Contudo, muitas das situações problemáticas envolvendo a participação de advogados na redação de depoimentos escritos acabam sendo, de plano, perceptíveis para o tribunal arbitral. Ademais, por meio de arguição superveniente, poderá a parte questionar as afirmações feitas no depoimento escrito. No fim, tais atitudes acabarão, ao revés, prejudicando a própria parte que adotou a conduta abusiva, facilitando que a sua versão dos fatos caia em descrédito.

As vantagens e as desvantagens da utilização do depoimento escrito sempre coexistiram e o fato dos depoimentos escritos terem se tornado prática padrão na arbitragem internacional, revela a preponderância dos seus benefícios.

ORGANIZAÇÃO
JOÃO LUIZ LESSA NETO
BRUNO GUANDALINI

PROVAS E ARBITRAGEM

Teoria, Cultura,
Dogmática e Prática

Adriano Camargo Gomes
Alberto Jonathas Maia
Aline Dias
Anna Karoliny Fonseca Cometti
Anna Paula Yazaki Sun
Augusto Tolentino
Barbara Gaudencio Tavares de Sousa
Bernardo Regueira Campos
Bianca Azzai Ferreira
Bruno Barreto de A. Teixeira
Bruno Guandalini
Cláudia Ferraz
Daniel B. Ferreira
Daniela Monteiro Gabbay
Elizaveta A. Gromova
Flávio Spaccaquerche Barbosa
Francisco Ettore Giannico Neto
Gabriel Caetano Visconti
Gabriel F. L. Simões
Giovana Pereite Leites
Giulia Cavallieri Gomides
Graziela de Souza Antunes
Gustavo Favero Vaughn
João Luiz Lessa Neto
João Paulo Trancoso Tannous
João Pedro Gorla Freire
José Marinho Séves Santos
José Victor Palazzi Zakia
Julia Guimarães Rossetto
Júlio César Fernandes
Katherine Spyrides
Leonardo Corrêa
Leonardo Ohlrogge
Lucas Britto Meijias
Lucas Vilela dos Reis da Costa Mendes
Luís Fernando Guerrero
Marcela Tarré Bernini
Mateus Aimoré Carreteiro
Naiane Lopes Soares de Melo
Robert H. Smit
Rodrigo Ramina de Lucca
Rodrigo Salton Rotunno Saydelles
Silvia Rodrigues Pachikoski
Victoria Sbruzzi Messmar
Vitor Szpiz do Nascimento
Yuri Maciel Araujo

Prefácio de
EDUARDO TALAMINI

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Aline Pavanelli, Ana Carolina Francisco e Francisco Prado

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Especialistas Editoriais: Emanuel Silva, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felicio, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patricia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Cristina Lopes Araujo, Rodrigo Araujo e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Michelle Kwan e Thabata Flausino de Almeida

Capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Provas e Arbitragem : teoria, cultura, dogmática e prática / organização
João Luiz Lessa Neto, Bruno Guandalini. --São Paulo : Thomson Reuters Brasil,
2023.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-260-0190-5

1. Arbitragem (Direito) - Brasil 2. Direito processual civil - Brasil 3. Ónus
da prova - Brasil 4. Presunção (Direito) 5. Prova (Direito) - Brasil I. Lessa Neto,
João Luiz. II. Guandalini, Bruno.

23-150104

CDU-347.918 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Arbitragem : Direito processual civil 347.918 (81)
Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

**PROVAS E ARBITRAGEM:
Teoria, Cultura, Dogmática e Prática**

JOÃO LUIZ LESSA NETO E BRUNO GUANDALINI
Organização

© desta edição [2023]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Os autores gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [05-2023]

Profissional

Fechamento desta edição [17.03.23]



ISBN 978-65-260-0190-5

SOBRE OS AUTORES

Adriano Camargo Gomes

Mestre em Direito pela Universidade de Oxford, Doutor em Direito Processual pela USP, Pós-doutorando em Direito Processual Civil pela UFPR. Advogado em Curitiba e São Paulo.

Alberto Jonathas Maia

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Arbitragem da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Membro da Lista de árbitros da Câmara de Arbitragem Especializada CAMES. Fundador do Grupo Marco Maciel de Mediação e Arbitragem (GMMA) da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CJA – CBMA). Advogado.

Aline Dias

Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Representante da América Latina no *ICC Young Arbitration and ADR Forum* para o mandato de 2021 a 2024. Advogada.

Anna Karoliny Fonseca Cometti

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Monitora de Direito Internacional Privado. Estagiária de Direito na CAMARB. Coordenadora do Observatório de Decisões Arbitrais Internacionais do LABCODEX. Assistente de pesquisa em Direito Internacional Privado e Arbitragem Comercial Internacional. Editora no CAM-CCBC New Gen News.

Anna Paula Yazaki Sun

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

Augusto Tolentino

Advogado.

Barbara Gaudencio Tavares de Sousa

Cursa especialização em Direito Societário no INSPER. Especialista em Direito Contratual pela PUC-MG. Bacharela pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada.