

*Separata da Obra*  
"IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa  
(Centro de Arbitragem Comercial)"  
ALMEDINA – COIMBRA 2011

## A PROVA NO PROCESSO ARBITRAL

MANUEL PEREIRA BARROCAS

## A PROVA NO PROCESSO ARBITRAL

MANUEL PEREIRA BARROCAS\*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Poder do Árbitro e o Poder do Juiz em Matéria Probatória. *a. Auctoritas vs. Potestas*. b. Modo de Resolução Judicial de Litígios. c. *O Compromisso Essencial* na Arbitragem. 3. A Arbitragem e o Código de Processo Civil. 4. A Influência da Cultura Jurídica no Exercício da Função Arbitral. 5. Generalidades Sobre a Prova em Arbitragem. a. Direito Substantivo Probatório e Direito Processual Probatório. b. Meios de Prova Utilizáveis. c. Prova em Poder de uma das Partes. d. Prova em Poder de Terceiro. e. Presunções Legais. f. As Presunções Arbitrais e o Artigo 351º CC. g. Onus da Prova. 6. O Árbitro e a Prova. a. Poderes das Partes. b. Poderes do Árbitro. (i) Para Aceitar e Recusar Prova. (ii) Para Inverter o Onus da Prova. (iii) Na Obtenção e Avaliação da Prova. (iv) Métodos de Obtenção de Prova. (v) Critérios de Avaliação da Prova. (vi) Sentença Salomónica. (vii) Em Geral. c. Deveres do Árbitro. d. Auxílio do Tribunal Judicial. 7. Medidas Cautelares em Matéria de Prova. 8. Inexistência de Obrigação do Árbitro de Considerar Provado um Facto Alegado por Uma Parte e Não Impugnado Especificadamente pela Outra Parte. 9. Inexistência de Obrigação do Árbitro de Considerar Provado um Facto ou Confessado o Pedido em Caso de Revelia. 10. A Questão do Facto Público e Notório em Arbitragem. 11. A Prova do Direito Consuetudinário, Local e Estrangeiro. 12. A Prova por Depoimento de Parte em Arbitragem.

13. A Questão da Prova pelo Conhecimento Pessoal do Árbitro. 14. A Questão da Conferência pelos Advogados com Testemunhas. 15. A Admissibilidade de Depoimento Testemunhal Escrito em Arbitragem. 16. O Registo da Prova em Arbitragem. 17. A Confidencialidade dos Documentos. 18. Poder do Árbitro para Receber Juramento ou Compromisso de Verdade de Testemunhas ou de Partes. 19. Prova Electrónica. 20. Prova Pericial. 21. Parecer de Especialista e Audição Subsequente. 22. O Efeito da Equidade na Admissão e Avaliação da Prova. 23. A Prova na Arbitragem Internacional. a. A Questão da Cultura Jurídica dos Árbitros de Diferentes Nacionalidades e Sistemas Jurídicos. b. Lei Aplicável Não Escolhida Pelas Partes e o seu Efeito na Prova. c. A Lei-Modelo UNCITRAL e as Notas UNCITRAL Sobre a Organização de Processos Arbitrais. d. As Regras de Prova da IBA.

## **1. Introdução**

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

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

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

Muito embora o árbitro não disponha dos meios coercivos de que o juiz dispõe para fazer cumprir as suas decisões interlocutórias, o certo é que este aspecto não prejudica significativamente a eficácia do processo, pois o árbitro dispõe de outros meios que suprem aquela insuficiência. Conclui-se assim que, quer quanto à espécie dos meios de prova, quer quanto à sua utilização, quer ainda quanto ao regime estabelecido na lei substantiva (artigos 341º a 396º do Código Civil e outras disposições como os artigos 786º e 787º do mesmo diploma) é de aplicar, tanto no processo judicial como no processo arbitral, o mesmo regime legal. Saliente-se, contudo, que o Código do Processo Civil se mantém à margem deste regime, pois nem a enumeração dos meios legais de prova, nem o seu regime jurídico são definidos por este diploma legal, mas sim pelo Código Civil.

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

### a. *Auctoritas vs. Potestas*

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

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

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

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

### b. *Modo de Resolução Judicial de Litígios*

O Estado antevê a possibilidade de todos os litígios entre as partes que pleiteiem em tribunal judicial atingir os limites do seu estado mais

agudo. Na verdade, a parte demandada é geralmente conduzida a tribunal contra a sua vontade e só intervém no processo com receio das consequências. O tribunal judicial é, assim, o lugar de eleição da litigância, designadamente dada a falta de predisposição, em geral, de uma ou mais das partes para o litígio ou, ao menos, no mesmo grau de *animus litigandi*.

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

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

### **c. O Compromisso Essencial na Arbitragem**

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

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

Serve-se, fundamentalmente, de dois instrumentos:

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

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

2º Em segundo lugar, por efeito do *Compromisso Essencial*, o árbitro tem o direito de retirar as conclusões que melhor entender, em termos probatórios, da atuação negativa de uma parte. Isso constitui para esta uma cominação, atípica embora, mas eficaz. O árbitro tem, por isso, o poder, de estabelecer no regulamento de arbitragem do tribunal arbitral esta cominação, como o têm igualmente as instituições de arbitragem no regulamento arbitral próprio.

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

### 3. A Arbitragem e o Código de Processo Civil

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

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

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

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

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

procedam no processo arbitral as razões justificativas da regulamentação estabelecida no CPC.

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

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

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

Aparentemente, pela sua leitura, parece claro o carácter taxativo das causas legais de nulidade. E, muito embora não concordemos com esta aparente taxatividade,<sup>1</sup> o certo é que também entre os fundamentos atípicos da nulidade da sentença arbitral não figuram os que se baseiam no CPC para ferir de nulidade uma sentença judicial.

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

---

<sup>1</sup> Ver, a propósito, Manual de Arbitragem, Manuel Pereira Barrocas, Almedina, 2010, §§541 a 557, pág. 512 a 527.

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

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

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

#### 5. Generalidades Sobre a Prova em Arbitragem

##### *a. Direito Substantivo Probatório e Direito Processual Probatório*

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

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

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

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

Não é, porém, essa a nossa opinião.

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

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

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

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

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

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

Não só porque o seu regime legal também interessa à arbitragem, e não apenas aos tribunais judiciais, mas também o facto de a lei condi-

cionar a sua admissão aos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal regulada pelo Código Civil, motivo que justifica a sua inserção no domínio do Direito Substantivo Probatório.

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

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

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

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

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

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

No estudo da matéria em direito comparado, vejamos o regime da admissão e avaliação da prova pelo árbitro. Sem excepção, na lei dos