

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO -----	2
II. ENQUADRAMENTO DA ORGANIZAÇÃO DA PROVA NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL -----	5
II.1. A prática internacional-----	5
II.2. As Regras IBA-----	9
II.3. Portugal: LAV e processo civil-----	11
III. DETERMINAÇÃO E FORMALIZAÇÃO DAS REGRAS APLICÁVEIS À PROVA POR TESTEMUNHAS -----	13
IV. APRESENTAÇÃO E PREPARAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL -----	14
IV.1. Oferecimento das testemunhas-----	14
IV.2. Quem pode ser ouvido como testemunha-----	15
III.2.a. Partes, representantes das partes e trabalhadores das partes-----	15
III.2.b. Testemunhas de facto e testemunhas-peritos-----	22
IV.3. Contactos entre as partes ou os advogados e as testemunhas-----	23
V. PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL -----	28
V.1. Os poderes do tribunal arbitral-----	28
IV.1.a. Condução da produção da prova-----	28
IV.1.b. Apreciação da prova-----	32
V.2. Métodos de produção de prova-----	33
IV.2.a. Flexibilidade-----	33
IV.2.b. Depoimentos escritos-----	33
IV.2.c. Depoimentos orais-----	38
VI. CONCLUSÕES -----	44
VII. BIBLIOGRAFIA -----	46

I. INTRODUÇÃO

A apresentação, preparação e produção de prova são reconhecidamente etapas fundamentais na resolução de litígios submetidos à apreciação de tribunais, sejam eles judiciais ou arbitrais¹.

As questões relativas à prova assumem, a nosso ver, particular interesse na arbitragem voluntária internacional, atenta a posição que esta tem vindo a consolidar como meio jurisdicional de resolução de litígios concorrential com a Justiça do Estado, sobretudo em matérias relativas ao comércio das empresas. A arbitragem internacional oferece informalidade, celeridade, confidencialidade, flexibilidade e autonomia às partes, o que constitui muitas das vezes, no mundo globalizado de hoje, a resposta mais adequada do sistema de Justiça para resolver litígios das empresas que movimentam os seus negócios à escala mundial. Por isso, também, a arbitragem internacional é, actualmente, em grande medida, a arbitragem comercial internacional².

Mas o interesse pelas questões relativas à prova na arbitragem não se fica a dever apenas à importância alcançada por esse meio jurisdicional de resolução de litígios na oferta de Justiça. Ele deve-se ainda ao facto de, como o nome “arbitragem internacional” sugere, propor-se resolver litígios que envolvem partes provenientes de diferentes Estados, muitas vezes com diferentes culturas e abordagens jurídicas, como a anglo-saxónica (*common law*) e da Europa continental (*civil law*) – a que crescem os advogados e os árbitros, igualmente treinados em culturas e sistemas de direito diversos –, e, bem assim, ao desafio que a inexistência de um sistema global de regras de processo constitui para a comunidade arbitral internacional (árbitros e advogados)³.

¹ Para efeitos do presente trabalho, referir-nos-emos indiferenciadamente a organização da prova, administração da prova ou apresentação, preparação e produção de prova.

² Adoptamos a denominação mundialmente reconhecida de “arbitragem internacional” no sentido de arbitragem que apresenta ou tem por objecto litígios que apresentam laços juridicamente relevantes com vários Estados e de “arbitragem comercial internacional” no sentido de arbitragem que tem por objecto litígios emergentes do comércio internacional. Alguns autores preferem a denominação de “arbitragem transnacional”, em sentido amplo e em sentido restrito, para evitar confusões terminológicas com o conceito de “arbitragem internacional” usado igualmente para as arbitragens regidas pelo Direito Internacional Público. Sobre os conceitos de arbitragem transnacional em sentido amplo e em sentido restrito, e a sua correspondência à “arbitragem internacional” e à “arbitragem comercial internacional”, respectivamente, *vide* Luís Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 27 e ss. A importância da arbitragem comercial internacional no mundo arbitral – ela constitui o modo normal da resolução de litígios no comércio internacional – reflecte-se nas inúmeras obras de referência e regulamentos de arbitragem privados (institucional e *ad hoc*) que a ela especificamente se reportam. Reconhecendo embora a sua autonomia no mais vasto universo da arbitragem internacional, referir-nos-emos adiante genericamente à arbitragem internacional, mesmo quando o concreto âmbito seja o da arbitragem comercial internacional. Cf, *op cit*, p. 23-26.

³ As questões processuais, em geral, e as relativas à prova, em particular, têm sido objecto de ampla discussão na comunidade arbitral internacional desde a década de 90, orientada, sobretudo, para a procura de soluções

Como é sabido, um dos primeiros problemas que se colocam às partes, aos advogados e ao tribunal arbitral, em cada arbitragem, é o da determinação das regras processuais que as regerão. As mais conhecidas leis de arbitragem e regulamentos de arbitragem privados contêm usualmente normas relativas ao funcionamento da arbitragem, mas são em muitos casos omissos ou insuficientes no que concerne à preparação, apresentação e produção de prova na arbitragem internacional.

Atenta a natureza deste trabalho, a que acrescem razões de contingência de espaço, deter-nos-emos apenas na prova por testemunhas na arbitragem internacional, e, dentro desta, na prova por “testemunhas de facto”⁴, reconhecendo embora que muito e de interessante haveria a dizer acerca dos demais meios de prova comumente usados no âmbito deste meio jurisdicional de resolução de litígios (por exemplo, a prova por documentos, a prova por peritos nomeados pelas partes e/ou pelo tribunal arbitral e a inspeção ordenada pelo tribunal arbitral). Temos igualmente consciência de que o presente trabalho não esgota todas as questões relativas à prova por testemunhas, pelo que procuraremos incidir sobre as que se nos afiguram mais relevantes para compreender o seu papel no contexto da arbitragem internacional.

A prova por testemunhas está presente na maior parte das arbitragens internacionais: onde houver divergência acerca dos factos que constituem o litígio, a prova por testemunhas tem, em princípio, um lugar garantido. Ela é fundamental para que as partes “dêem voz” à sua (versão da) história, por um lado, e para que os árbitros possam conhecer e decidir da melhor forma a causa, por outro lado.

Nas páginas que se seguem, encetaremos um caminho pela evolução recente da prática arbitral internacional em sede de administração da prova por testemunhas – sua preparação, apresentação e produção –, confrontando-a com as soluções aprovadas pela *International Bar Association* (IBA) em 1 de Junho de 1999 e coligidas no documento *IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration* (doravante Regras IBA 1999).

Determinadas as tendências da arbitragem internacional, reflectiremos em que medida Portugal, com a sua cultura e tradição jurídica processual, pode ser olhado além-fronteiras como um país de acolhimento atractivo para a arbitragem internacional.

eficientes e mais económicas. A marcha do processo e, em particular, a administração da prova, continuam hoje a ocupar a atenção da comunidade arbitral internacional, integrando painéis de discussão de conferências a nível mundial, o que demonstra que há ainda trabalho a fazer.

⁴ Por oposição a testemunhas-perito, a que adiante faremos nota. Doravante, a referência a prova por testemunhas, sem qualquer outra menção, deve ser entendida como reportando-se apenas à prova por *testemunhas de facto*.

Por último, procuraremos extrair algumas conclusões, mormente quanto ao que o futuro reserva para a prova testemunhal na arbitragem internacional.

II. ENQUADRAMENTO DA ORGANIZAÇÃO DA PROVA NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

II.1. A prática internacional

Uma das vantagens da arbitragem é a de subtrair as partes e os árbitros da aplicação das disposições nacionais de processo civil que regem a marcha do processo perante as jurisdições estaduais. O processo arbitral rege-se por normas específicas definidas de acordo com o princípio da autonomia das partes, fundamento primeiro da arbitragem. A subtração do processo arbitral às normas de processo estaduais permite àquele adaptar-se às necessidades do litígio submetido a arbitragem e às tradições jurídicas das partes, dos advogados e dos árbitros, ganhando assim em flexibilidade, eficácia e celeridade⁵.

São as partes ou, no silêncio destas, os árbitros, quem, em grande medida, conforma as normas do processo arbitral, podendo criar normas próprias ou recorrer a normas pré-estabelecidas (leis estaduais ou regulamentos de arbitragem privados)⁶.

Em rigor, no que concerne ao processo arbitral, quase tudo é permitido, desde que seja assegurado o respeito pelos princípios fundamentais do processo justo, entendidos como a ordem pública processual internacional, que incluem o princípio da igualdade entre as partes e o princípio do contraditório⁷⁻⁸.

A vantagem da possibilidade de conformação das normas processuais torna-se particularmente evidente numa arbitragem de natureza internacional, onde a resolução de conflitos entre partes provenientes de diversos Estados, assistidas por advogados com diferentes culturas e tradições jurídicas, perante um tribunal composto por árbitros por vezes também de diferentes nacionalidades e preparação jurídica, potencia maior divergências quanto ao que se entende ser a melhor solução para regular a marcha do processo⁹.

⁵ Jean François Poudret e Sébastien Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant Bruxelles, LGDJ, Schulthess, Genève 2000, p. 483.

⁶ Cf. artigo 19 da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (CNUDCI, na versão inglesa UNCITRAL) em Arbitragem Comercial Internacional (doravante Lei Modelo da UNCITRAL), aprovada em 21/06/1985; artigo 15, n.º 1 do Regulamento de Câmara de Comércio Internacional (doravante Regulamento da CCI); artigo 21.º e §§1.º e 2.º da Lei de Arbitragem Brasileira, aprovada pela Lei n.º 9307, de 23 de Setembro de 1996.

⁷ A violação dos princípios processuais fundamentais é um dos motivos comumente previstos para a anulação de sentença arbitral.

⁸ Sobre os limites à autonomia privada em matéria do processo arbitral, cf. Jean François Poudret e Sébastien Besson, *op cit*, p. 498 e ss.

⁹ É da experiência comum que os advogados e árbitros formados e experimentados num determinado sistema de direito tenderão naturalmente a transpor para a arbitragem os seus próprios modelos conceptuais.

Evidentemente, uma das primeiras questões que se colocam às partes, representadas pelos seus advogados, e ao tribunal arbitral, é a da definição das regras de processo a observar na arbitragem. Entre estas regras contam-se, necessariamente, as regras da organização da prova, cuja determinação prévia ao desenvolvimento da instância arbitral (por vezes até anterior à constituição do tribunal arbitral) se julga essencial para assegurar a *previsibilidade* da tramitação do processo e, dessa forma, a sua maior eficácia.

Contudo, se é certo que muitas leis e regulamentos privados de arbitragem, de entre os mais conhecidos, contêm normas relativas ao funcionamento da arbitragem (regras processuais, portanto), com maior ou menor grau de pormenorização, é também verdade que eles são, na sua grande maioria, praticamente omissos ou bastante insuficientes no que respeita à organização da prova na arbitragem internacional. Esta constatação vale, necessariamente (e em muitos casos, particularmente), para a prova por testemunhas.

Nesta medida, nas arbitragens organizadas em países ou sob a égide de regulamentos de arbitragem privados que conferem amplos poderes às partes e, subsidiariamente, aos tribunais arbitrais, para resolver as questões de processo necessárias ao desenvolvimento da instância arbitral, entre as quais e em particular as relativas à organização da prova, foram sendo “escolhidas” a partir das soluções e práticas dos vários sistemas de direito existentes.

As maiores diferenças de métodos e também as maiores vantagens em termos de ganhos de eficiência na marcha do processo surgem da comparação das regras adoptadas nos sistemas de direito anglo-saxónico e continental europeu. É justamente neste palco de dissemelhanças que a arbitragem internacional se tem movido e evoluído, permitindo às partes e aos árbitros escolher as regras que melhor servem a concreta instância arbitral. Esta constatação vale para as regras processuais, em geral, e para as regras de administração da prova, em particular.

Provavelmente, as maiores diferenças entre aqueles sistemas de direito residem justamente na forma como é produzida a prova.

Em termos resumidos, podemos afirmar que os sistemas de direito de raiz anglo-saxónica atribuem à prova por testemunhas um papel primacial na boa decisão da causa, de tal forma que se entende que, sem ela, o tribunal arbitral não poderá verdadeiramente alcançar o conhecimento dos factos trazidos ao processo pelas partes. Note-se que, nos sistemas anglo-saxónicos, a prova por testemunhas é, essencialmente, a prestação de depoimento oral perante o tribunal, sujeita a inquirição pela parte que a indicou e pela contraparte (o contra-interrogatório, conhecido no léxico inglês por “*cross examination*”, que

é por norma intenso), através dos respectivos advogados. Trata-se, pois, de um sistema adversarial, em que a inquirição de testemunhas é admitida em termos quase ilimitados, dando lugar à apresentação de extensas listas de pessoas a ouvir e a longas sessões de interrogatórios¹⁰.

Por sua vez, os sistemas de direito de raiz continental europeia apostam sobretudo na produção de prova escrita, dando, por isso, maior ênfase à prova por documentos¹¹. Mesmo quando é admitida prova por testemunhas, ela é normalmente prestada mediante depoimento escrito, não sujeito a contra-interrogatório oral, sendo-lhe dada reduzida relevância no cômputo da prova produzida. A valorização da prova por documentos por contraposição ao reduzido valor da prova por testemunhas deve-se, em grande parte, ao preconceito existente no que respeita à testemunha: em geral, acredita-se muito pouco na sinceridade das testemunhas, pelo que o seu testemunho é tido como de pouca valia para a apreciação da causa. De qualquer modo, sendo produzida prova por testemunhas perante o tribunal, cabe a este conduzir a inquirição, podendo haver lugar a perguntas suplementares dos advogados. É, em qualquer caso, um sistema tradicionalmente inquisitório¹².

A arbitragem internacional tem vindo, assim, a desenvolver um conjunto de práticas a partir de um jogo de cedências e harmonização das normas e métodos vigentes nos sistemas anglo-saxónico e continental europeu, com respeito pela vontade das partes e pelos princípios processuais fundamentais.

Podemos desde já afirmar que, pelo menos na última década, se verifica uma propensão da arbitragem internacional para a adopção de um padrão uniforme em matéria de preparação do processo: a *instrução* do processo arbitral (fase escrita) segue essencialmente as regras de processo adoptadas no sistema de direito da Europa continental, enquanto que a *produção de prova perante o tribunal arbitral* (fase oral) adopta

¹⁰ Importa ter presente que a inquirição de testemunhas nos sistemas anglo-saxónico é direccionada sobretudo a abalar a credibilidade da pessoa ouvida, muitas vezes perante um júri composto por comuns cidadãos, o que confere maior importância ao aspecto “emocional” da audiência. O objectivo é convencer (mais do que esclarecer), o que justifica, por exemplo, as conhecidas encenações em audiências americanas.

¹¹ Há, evidentemente, diferenças de regime entre os diversos países de raiz continental europeia. Portugal, por exemplo, é um deles.

¹² Como bem assinalam Fouchard, Gaillard e Goldman, as diferenças entre as duas matrizes jurídicas “*continuam vincadas perante os tribunais judiciais*” (“*Before the courts those differences remain marked*”), dando como exemplos o que sucede relativamente à aceitação do procedimento de “discovery” de documentos e à produção de prova testemunhal. Quanto a esta última, afirmam que: “*A inquirição de testemunhas pelos advogados de cada parte é igualmente uma figura do sistema de direito anglo-saxónico. Tal situação contrasta com os métodos utilizados nos sistemas de direito da Europa continental, onde é dado menor relevo à prova por testemunhas, os testemunhos são normalmente apresentados por escrito e o tribunal judicial é o responsável pela inquirição das testemunhas, permitindo-se às partes apenas sugerir a colocação de determinadas questões*” (“*The examination of witnesses by the lawyers of each party is also a feature of common law systems. This contrasts with the methods used in continental systems, where witnesses evidence is given less weight, witness statements are generally in writing and the court is responsible for the oral examination of witnesses, with the parties only suggesting questions*”). Fouchard, Gaillard e Goldman, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, 689-690.

fundamentalmente as técnicas de interrogatório seguidas no modelo anglo-saxónico¹³. Adiante veremos como se combinam os elementos dos sistemas de direito anglo-saxónicos e continentais europeus nas modernas tendências da arbitragem internacional.

Curiosamente, as práticas da arbitragem internacional em matéria de organização da prova chegam a ser adoptadas mesmo quando as partes, os advogados e os árbitros são (todos) oriundos de um mesmo sistema de direito, o que demonstra que aquelas não são apenas uma solução de compromisso, mas, antes e mais do que isso, um conjunto de métodos que se revelam *adequados* para a arbitragem internacional, independentemente da origem dos concretos intervenientes¹⁴.

Há autores que falam na existência de um conjunto de regras de processo híbrido¹⁵. Não deixa, em qualquer caso, de se tratar de uma série de regras de processo que são adoptadas (e ajustadas) em razão da vontade e das necessidades verificadas em cada concreta arbitragem, como se de um fato “à medida” se falasse.

Ou seja, a definição das regras de processo reguladoras da preparação, apresentação e produção de prova aplicáveis em cada arbitragem, na ausência de um sistema de regras aplicáveis às arbitragens institucionais ou *ad hoc*, estará, em última análise, dependente do acordo que for possível firmar entre os concretos intervenientes dessa arbitragem – as partes, os advogados e os árbitros.

Não se crê, sublinhe-se, que tal *flexibilidade* deva ser vista como um problema – pelo contrário, é uma das incontestáveis vantagens da arbitragem internacional, por comparação com os meios de resolução de litígios estatais e é, seguramente, o segredo do seu sucesso no comércio internacional – mas, é sabido, pode converter-se num problema, sobretudo quando as partes, os advogados e/ou os árbitros têm uma visão conflituante sobre as regras aplicáveis ao processo (o que usualmente está associado à proveniência de sistemas de direito e culturas diversos) ou, simplesmente, quando as partes são inexperientes em arbitragem internacional.

¹³ Fouchard, Gaillard e Goldman, *op cit*, p. 690-691. Cf. também Javier H. Rubinstein, “International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions”, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5.1 (2004), p. 303 e ss. O autor assinala que, pese embora as regras e métodos hoje usualmente aplicadas na arbitragem internacional reflectam a mistura das normas dos sistemas anglo-saxónicos e continental, a evolução da arbitragem internacional parece apontar no sentido de uma maior aceitação da experiência anglo-saxónica, a qual tendencialmente favorecerá os advogados treinados no processo adversarial.

¹⁴ Michael Bühler e Carroll Dorgan, “Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration, Novel or Tested Standards?”, in *Journal of International Arbitration* 17(1): 3-30, 2000, Kluwer Law International, p. 4-5. Os autores referem-se apenas ao desenvolvimento da arbitragem internacional em matéria de prova testemunhal, mas o seu raciocínio é aplicável, por maioria de razão, à situação verificada a propósito dos demais meios de prova.

¹⁵ Julian D M Lew, “International commercial arbitration: Harmonizing cultural differences”, in *Dispute Resolution Journal*, Agosto de 1999, disponível em <http://findarticles.com>.

II.2. As Regras IBA

Ciente da necessidade e vantagem, para a arbitragem internacional, da codificação de linhas de orientação em matéria de prova, a *International Bar Association* (IBA) aprovou um conjunto de normas relativo à prova que podem ser, com grande flexibilidade, adoptado na arbitragem comercial internacional¹⁶. O primeiro acervo de regras data de 1983¹⁷, o qual foi actualizado e revisto em 1999¹⁸, encontrando-se na presente data em curso um estudo para definir as necessidades de uma nova revisão¹⁹.

As normas IBA actualmente em vigor são, em grande medida, o reflexo das práticas desenvolvidas na arbitragem internacional em matéria de prova nas últimas décadas, pelo que propõem soluções de harmonização dos referidos sistemas de direito anglo-saxónico e da Europa continental²⁰. Por sua vez, elas têm assumido um papel muito importante na prática arbitral internacional, funcionando como fonte de inspiração para os árbitros (mesmo quando as partes não as tenham escolhido para regular o processo) na resposta a questões que se lhes colocam, em matéria de administração da prova, no decorrer da instância arbitral²¹⁻²².

¹⁶ Note-se que as IBA Rules se referem especificamente à arbitragem comercial internacional, mas os seus princípios e regras são adequados à arbitragem internacional em geral.

¹⁷ *Supplementary Rules Governing the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration* (doravante Regras IBA 1983). As Regras IBA 1983 estão publicadas no *X Yearbook Commercial Arbitration*, (1985). *Vide* IBA Working Party, “Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration”, 2000, p. 16-17, disponível em www.ibanet.org.

¹⁸ *IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration* (Regras IBA 1999), disponível em www.ibanet.org.

¹⁹ O estudo deverá estar concluído no final de 2009, ano em que se celebram os 10 anos das Regras IBA 1999. O processo de revisão está a ser levado a cabo por um sub-comité das Regras IBA, encontrando-se já agendadas duas conferências anuais da IBA, a primeira das quais a ter lugar em Outubro de 2008, na Argentina, e a segunda em Fevereiro de 2009, no Dubai.

²⁰ IBA Working Party, *op cit*, p. 16-17. Cf. ainda Michael Bühler e Carroll Dorgan, *op cit*, p. 5, e Fouchard, Gaillard e Goldman, *op cit*, p. 691, nota de rodapé 172.

²¹ Fouchard, p. 583-585. Aí se analisa igualmente, com interesse, as consequências da submissão expressa das partes a um regulamento de arbitragem institucional, às IBA Rules 1999 ou a uma específica lei de arbitragem, em matéria de prova, na eventual impugnação da sentença arbitral ou reconhecimento em país estrangeiro (mormente mediante *exequatur*).

²² Não poderá deixar de se fazer uma justa nota ao papel que as Notas sobre Organização dos Procedimentos Arbitrais (“*Notes on Organizing Arbitral Proceedings*”), aprovadas pela UNCITRAL em 1996 (doravante Notas UNCITRAL), têm assumido igualmente na prática arbitral internacional em matéria de organização do processo, pelo que a elas faremos referência ao longo do presente trabalho. No entanto, e diversamente das Regras IBA, as Notas UNCITRAL reconhecem, logo na Introdução, a sua inadequação para serem usadas como regras de arbitragem. A finalidade das Notas UNCITRAL é, diferentemente, a de servir de guia para os práticos da arbitragem, informando-os sobre as respostas dadas por diferentes sistemas jurídicos a questões relativas ao processo arbitral, assim proporcionando uma escolha mais esclarecida. As Notas UNCITRAL encontram-se disponíveis em www.uncitral.org.

Há, assim, um movimento de interdependência entre o desenvolvimento da prática da arbitragem internacional e as Regras IBA²³.

O preâmbulo das Regras IBA 1999 assinala as suas linhas de força: tais normas propõem-se regular a produção de prova nas arbitragens comerciais internacionais de forma eficiente e económica; tais normas têm por finalidade complementar as normas previstas nas leis de arbitragem e nos regulamentos de arbitragem *ad hoc* ou institucional escolhidos pelas partes para regular as suas arbitragens; tais normas podem ser adoptadas (e adaptadas) pelas partes e pelos tribunais arbitrais, por inteiro ou em parte, ou simplesmente serem usadas como guia de referência para o desenvolvimento de procedimentos próprios da arbitragem em causa.

O mesmo preâmbulo assinala ainda, como princípio geral, o de que a organização da prova deve ser orientada de forma a que cada parte esteja apta a conhecer, num prazo anterior à produção dos testemunhos orais perante o tribunal arbitral que se entenda razoável, a prova que será produzida pela outra parte. O intuito deste princípio é o de evitar a produção de prova-surpresa, e a sua explicitação logo no preâmbulo é bem demonstrativa da importância que assume na arbitragem internacional.

As Regras IBA 1999 regulam a prova por *testemunhas de facto*²⁴ no artigo 4 (“Testemunhas de Facto” – “*Witnesses of Fact*”), sendo igualmente relevantes para a análise em curso o que vem disposto nos artigos 8 (“Produção de Prova Oral” – “*Evidentiary Hearing*”) e 9 (Admissibilidade e Avaliação da Prova – “*Admissibility and Assessment of Evidence*”). A eles nos referiremos adiante, a propósito das questões a analisar.

²³ Em face da constatação de um movimento de interdependência entre a prática da arbitragem internacional e as Regras IBA, julgamos pertinente questionar se, num futuro próximo, uma e outra não poderão ser tidas, do ponto de vista pragmático, como uma mesma realidade. Claro está, a resposta a tal questão dependerá da aceitação que as Regras IBA vierem a alcançar nas arbitragens internacionais, o que, no mundo de hoje, em que países como a China, o Dubai, o Japão e o Brasil vão assumindo um papel importante como países de acolhimento de arbitragens internacionais, ultrapassa em muito a questão de harmonização de práticas dos sistemas anglo-saxónicos e continental europeu. Parece-nos, portanto, de extrema relevância que a IBA, no trabalho – reconhecidamente precioso – de codificação (de guias) de normas e métodos relativos à prova, esteja atenta às novas tendências da arbitragem internacional, nomeadamente no que concerne aos “novos” países de acolhimento, também eles com as suas culturas e tradições jurídicas. A análise da oportunidade e do caminho a traçar na nova revisão das Regras IBA é, pois, uma excelente ocasião para direccionar a atenção para o futuro “geográfico” da arbitragem internacional.

²⁴ Recorde-se que são apenas estas o objecto de estudo deste trabalho. As testemunhas-perito encontram previsão autónoma nos artigos 5 e 6 das Regras IBA 1999.

II.3. Portugal: a LAV e o processo civil

Aqui chegados, julgamos interessante perguntar o que oferece Portugal em matéria de prova em arbitragens internacionais, para se poder concluir adiante se será Portugal, nesse aspecto, um país apetecível para a realização daquele tipo de arbitragens (ou seja, um país “*arbitration-friendly*”).

A lei de arbitragem voluntária portuguesa (doravante LAV), aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto²⁵, é, nos termos do disposto no artigo 37.º, aplicável às arbitragens que têm “*lugar em território nacional*”, sejam elas “internas” (entendidas como as que se inserem exclusivamente no interior da ordem jurídica portuguesa, também vulgarmente denominadas arbitragens domésticas) ou “internacionais” (entendidas como as que põem em jogo interesses de comércio internacional, conforme estatuído no artigo 32.º da LAV). A regulação da LAV inclui, para além de um regime “geral” aplicável, em princípio, às arbitragens internas e internacionais na acepção acima fixada, normas “especiais” para aquelas arbitragens internacionais. Interessa-nos, no caso, apenas as arbitragens que põem em jogo interesses de comércio internacional que tenham lugar em Portugal (“arbitragens internacionais”)²⁶.

Na escolha do lugar da realização da arbitragem internacional²⁷ são frequentemente ponderados factores de comodidade (localização geográfica dos intervenientes processuais, infraestruturais, etc.) e de oportunidade (neutralidade política, tradição jurídica e atitude cultural perante a arbitragem, etc.). Muitas vezes as partes procuram um terreno-neutro, onde nenhuma parte se possa sentir em desvantagem perante a outra.

Como se disse supra, no que respeita às regras processuais na arbitragem voluntária internacional, as partes e, subsidiariamente, o tribunal arbitral, têm um poder de

²⁵ Com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março. Faz-se notar que as alterações constantes daquele diploma são as únicas alterações introduzidas na LAV e circunscrevem-se a aspectos cirúrgicos relativos à constituição do tribunal arbitral (artigos 11.º e 12.º da LAV), os quais não têm qualquer interesse para a presente análise.

²⁶ Na acepção de Luís Lima Pinheiro, tratar-se-á da arbitragem transnacional em sentido restrito ou arbitragem comercial internacional localizada em Portugal, *op cit*, p. 27 e ss. Manuel Pereira Barrocas distingue, diferentemente, entre arbitragem doméstica (nacional e internacional), arbitragem estrangeira e arbitragem transnacional, considerando que apenas a doméstica é objecto de regulação pela LAV. Manuel Pereira Barrocas, “Contribuição para a Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Lisboa, Janeiro 2007, p. 332. Quanto ao conceito de “lugar” constante deste preceito, e a sua confrontação com o conceito de “sede”, *vide* Luís Lima Pinheiro, *op cit*, p. 351-352.

²⁷ Também esta decisão compete às partes ou, na sua omissão, aos árbitros. *Vide* Luís Lima Pinheiro, *op cit*, p. 223 e 225

conformação directa que é apenas limitado pelas garantias processuais mínimas cujo cumprimento se impõe, o que encontra tradução igualmente no artigo 15.º da LAV²⁸.

Tais princípios processuais inderrogáveis são apenas os que constam do artigo 16.º da LAV: absoluta igualdade de tratamento das partes; citação do demandado para se defender; estreita observância do princípio do contraditório em todas as fase do processo e audição das partes, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final. No fundo, estas garantias processuais são traduções do princípio do processo justo. Para além destes, o regime processual da LAV deve ser tido como meramente supletivo²⁹.

Pese embora o lugar da arbitragem internacional tenha um significado limitado em face da amplitude do princípio da autonomia em matéria processual, o certo é que a sua escolha não é de todo indiferente. Desde logo, porque na falta de estipulação das partes ou do regulamento de arbitragem aplicável, pode a lei de arbitragem do Estado do lugar da arbitragem dispor supletivamente. Por outro lado, porque os tribunais arbitrais, na falta de estipulação das partes ou do regulamento de arbitragem aplicável, podem socorrer-se do direito processual do Estado da sede da arbitragem³⁰⁻³¹. O direito processual do Estado do lugar da arbitragem pode tornar-se também relevante se alguma das partes, dos advogados

²⁸ Artigo 15.º da LAV (“Regras de processo”):

“1 – Na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro, podem as partes acordar sobre as regras de processo a observar na arbitragem (...).

2 – O acordo das partes sobre a matéria referida no número anterior pode resultar da escolha de um regulamento de arbitragem emanado de uma das entidades a que se reporta o artigo 38.º ou ainda da escolha de uma dessas entidades para a organização da arbitragem.

3 – Se as partes não tiverem acordado sobre as regras de processo a observar na arbitragem (...), caberá aos árbitros essa escolha.”

Não se compreende a limitação temporal estatuída para a concretização do acordo das partes (“até à aceitação do primeiro árbitro”), nem ela é vulgar entre as leis e regulamentos de arbitragem privados [vide artigo 19 da Lei Modelo da UNCITRAL, de 1985 (com a alteração introduzida em 2006); artigo 15 do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional (doravante Regulamento CCI); artigo 14, n.º 1 do Regulamento do *London Court of International Arbitration* (doravante Regulamento LCIA). A Lei de Arbitragem Brasileira, aprovada pela Lei n.º 9307, de 23 de Setembro de 1996, estabelece, contudo, que as regras processuais são estabelecidas pelas partes na convenção de arbitragem, podendo as partes delegar esse poder nos árbitros]. Na prática, estando as partes de acordo, não se vê por que razão lhes estaria vedada a possibilidade de acordarem nas regras de processo mesmo após a aceitação do primeiro árbitro. Os próprios árbitros estão sujeitos, nesta matéria, à vontade das partes. O argumento que impediria esse acordo, parece-nos, é meramente formal (a letra da lei).

²⁹ Luís Lima Pinheiro, ainda que não aludindo expressamente à LAV, afirma que “*Estas regras e princípios dirigem-se, em primeiro lugar, aos tribunais arbitrais, mas também aos tribunais estaduais que em sede de impugnação da decisão arbitral, oposição à execução da decisão arbitral ou, ainda que limitadamente, de reconhecimento de sentença arbitral “estrangeira” podem ter de verificar a conformidade do processo arbitral com as normas legais aplicáveis*”, *op cit*, p. 223.

³⁰ Luís Lima Pinheiro, *op cit*, p. 223-225.

³¹ Faz-se notar ainda que a possibilidade de os árbitros, na falta de regra de processo, recorrerem ao direito processual do Estado onde tem lugar a da arbitragem pode constituir uma salvaguarda para as partes no caso de ser necessário pedir o reconhecimento e a execução da sentença arbitral noutro Estado. Por exemplo, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque), de 10/06/1958, prevê como fundamento para recusa do reconhecimento e da execução da sentença o de o processo de arbitragem não estar em conformidade com a convenção das partes ou, na falta desta, “*com a lei do país onde teve lugar a arbitragem*” (artigo V, n.º 1, d)). Cf. ainda Luís Lima Pinheiro, *op cit*, p. 226.

ou dos árbitros for nacional desse Estado, na medida em que, como acima se disse, há uma tendência natural para trazer para a arbitragem os modelos conceptuais que fazem parte do dia-a-dia daqueles e com os quais, como tal, se sentem familiarizados.

Tendo presente o exposto, impõe-se inferir que escolha de Portugal para lugar de acolhimento de “arbitragens internacionais” dependerá também do que a LAV e o processo civil português ofereçam numa matéria que se revela essencial para o desfecho da causa: a prova.

A LAV contém apenas um artigo relativo à prova (artigo 18.º)³², que prevê a possibilidade de “*ser produzida perante o tribunal arbitral qualquer prova admitida pela lei de processo civil*” (n.º 1) e de se recorrer aos tribunais judiciais no caso de recusa de colaboração da parte ou de terceiro de que dependa a produção da prova (n.º 2).

Nada mais dispõe a LAV acerca da prova, e muito menos especificamente para a prova por testemunhas.

O Código de Processo Civil (doravante CPC), aprovado pelo Decreto-Lei 44129, de 28 de Dezembro de 1961, na redacção actual, regula a prova por testemunhas nos artigos 616.º a 645.º, sendo igualmente relevantes disposições relativas aos poderes do juiz e à audiência de julgamento dispersas pelo mesmo Código.

III. DETERMINAÇÃO E FORMALIZAÇÃO DAS REGRAS APLICÁVEIS À PROVA POR TESTEMUNHAS

Como resulta do exposto, a escolha das regras de organização da prova testemunhal constitui um passo relevantíssimo na conformação da marcha do processo arbitral, na medida em que é com base na prova produzida que o tribunal decidirá.

Questões como as de saber se a parte pode ser ouvida como testemunha, se são admitidos contactos dos advogados com as testemunhas ou potenciais testemunhas a indicar para prova da posição pelos mesmos defendida previamente à produção da prova, se haverá lugar a depoimentos escritos ou orais ou ambos e como funcionará a audiência perante o tribunal, entre outras, devem ser clarificadas, quando não se encontrem já previstas nas leis ou regulamentos adoptados (e raramente estão).

³² Artigo 18.º da LAV (“Provas”):

“1 – *Pode ser produzida perante o tribunal arbitral qualquer prova admitida pela lei de processo civil.*

2 – *Quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes ou de terceiro e estes recusem a necessária colaboração, pode a parte interessada, uma vez obtida autorização do tribunal arbitral, requerer ao tribunal judicial que a prova seja produzida perante ele, sendo os seus resultados remetidos àquele primeiro tribunal.*”

A autonomia da vontade, fundamento da arbitragem internacional, tem aqui plena expressão: cabe às partes ou, na falta de acordo, ao tribunal arbitral definir as normas que regularão o modo como a prova por testemunhas deve ser apresentada e produzida no processo arbitral. No que concretamente concerne ao funcionamento da audiência a ter lugar perante o tribunal (fase de prestação de depoimento oral), manda o tribunal arbitral, o que não o impede (antes o aconselha) de procurar obter os contributos das partes³³.

A configuração do regime da prova deve ser tão abrangente quanto possível. A completa regulação do mesmo antes mesmo do início da arbitragem diminui grandemente o risco de surgimento de dificuldades processuais no decurso da arbitragem, altura em que, como demonstra a experiência comum, as partes estão menos disponíveis para chegar a um consenso.

As regras sobre a organização da prova testemunhal, quando não previstas no regulamento de arbitragem, devem ser integradas na acta de missão do tribunal arbitral, se a houver, ou em decisão processual dos árbitros³⁴.

IV. APRESENTAÇÃO E PREPARAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

IV.1. Oferecimento das testemunhas

É prática comum na arbitragem internacional o tribunal arbitral, quando as regras aplicáveis à arbitragem nada disponham, estabelecer uma prazo para que as partes indiquem o nome das testemunhas e a matéria sobre que incidirão os respectivos depoimentos³⁵. A prévia identificação das testemunhas é um procedimento de organização

³³ Sobretudo na arbitragem voluntária, a aprovação das partes mesmo no que respeita a matérias de decisão do tribunal deve ser incentivada, constituindo ainda manifestação do princípio da autonomia. É do conhecimento comum, ademais, que o envolvimento das partes nas decisões de competência de terceiros é factor determinante para um pacífico acatamento das mesmas.

³⁴ Concretamente reportando-se às regras relativas ao funcionamento da audiência perante o tribunal, lê-se na Decisão processual n.º 5926, da ICC (1988) o seguinte: “Rules for the examination of witnesses may be established in the Terms of Reference or, preferably, in a procedural decision made by the arbitrators. In both cases, arbitrators are encouraged to seek input from the parties.”), Decision 5926, 1988, Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration, p. 104. *Vide* ainda o artigo 18, alínea g) do Regulamento ICC, e os §§ 14, 15, 16 e 59 das Notas UNCITRAL.

³⁵ Neste sentido, cf. o artigo 20, §§ 1 e 2 do Regulamento LCIA, de 1998, e artigo 54(a) das Regras de Arbitragem da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO, doravante Regras de Arbitragem WIPO), de 2002, que não fixam prazo certo. O artigo 25, n.º 2 das Regras Suíças sobre Arbitragem Internacional (doravante Regras Suíças), de 2006, adoptou o disposto no artigo 25, n.º 2 das Regras de Arbitragem UNCITRAL, de 1998, fixando em 15 dias prévios à inquirição o prazo mínimo para o oferecimento das testemunhas ao tribunal arbitral e à outra parte. As Regras Suíças constituem um acervo de normas de arbitragem aprovado em 2006 pelas Câmaras de Comércio e Indústria de Basileia, Berna, Genebra, Ticino, Vaud e Zurique e que têm por finalidade substituir os regulamentos de arbitragem internacional anteriormente vigentes em cada uma daquelas câmaras de comércio e indústria. Como se lê na Introdução às

da produção de prova³⁶, mas a sua finalidade primacial parece ser a de circunscrever a margem de efeito-surpresa na condução estratégica da produção da prova pelas partes. Como se assinalou acima, os árbitros são, na sua generalidade, avessos à apresentação pelas partes, no decurso da arbitragem, de elementos de prova com as quais (aqueles e as outras partes) não contavam.

As Regras IBA 1999 dão corpo àquela tendência. A obrigação de identificação das testemunhas e da matéria sobre que recairão os depoimentos encontra-se estatuída no artigo 4, n.º 1 e a razão de ser dessa norma é justificada logo no preâmbulo, onde se erige como princípio geral o de que a produção de prova deve ser conduzida de forma a que cada parte saiba antecipadamente qual a prova que a outra parte irá apresentar perante o tribunal arbitral³⁷.

IV.2. Quem pode ser ouvido como testemunha

IV.2.a. Partes, representantes das partes e trabalhadores das partes

Uma das questões centrais em matéria de prova por testemunhas na arbitragem internacional é, inevitavelmente, a da determinação de quem pode ser ouvido como testemunha. Em particular, importa saber se as partes numa arbitragem internacional, ou os seus representantes legais, ou ainda os seus trabalhadores ou colaboradores, podem ser ouvidos como testemunhas (“testemunha-parte”, por oposição a “testemunha-não parte”).

A resposta da comunidade arbitral internacional é hoje amplamente positiva, ainda que não unívoca. Inexistindo acordo das partes em sentido contrário, o tribunal arbitral pode, em princípio, permitir às partes que sejam ouvidas como testemunhas. Ao tribunal

Regras Suíças, elas são inspiradas nas Regras de Arbitragem da UNCITRAL. O Regulamento da Câmara de Comércio Internacional (ICC, doravante Regulamento ICC), de 1998, é totalmente omissivo quanto a este aspecto. Cf. ainda § 60 das Notas UNCITRAL, que sugerem que a indicação da prova testemunhal contenha, designadamente, o objecto do depoimento, a língua em que a parte prestará depoimento – este é um dos aspectos logísticos que o tribunal terá que acautelar e que justifica também a obrigação de informação prévia quanto à prova a produzir –, a natureza da relação com a parte, a situação profissional da testemunha e razão de ciência relativamente aos factos.

³⁶ O conhecimento prévio das testemunhas a produzir auxilia não só o tribunal na organização da audiência – definição dos dias e horas para a inquirição –, como também a contraparte, que tem assim tempo para preparar o contra-interrogatório.

³⁷ Dispõe o artigo 4, n.º 1 das Regras IBA 1999 que “No prazo indicado pelo Tribunal Arbitral, as partes identificarão as testemunhas que pretendem apresentar e a matéria objecto desses depoimentos” (“*Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, each Party shall identify the witnesses on whose testimony it relies and the subject matter of that testimony*”). O § 4 do Preâmbulo estabelece que “A produção de prova será conduzida segundo o princípio de que cada Parte deverá ter conhecimento da prova testemunhal a apresentar pela outra parte num prazo razoável anterior à produção de prova” (“*The taking of evidence shall be conducted on the principle that each Party shall be entitled to know, reasonably in advance of any Evidentiary Hearing, the evidence on which the other Parties rely*”).

arbitral compete não só decidir se é ou não adequado ouvir a parte como testemunha, como também apreciar o valor da prova prestada³⁸.

A orientação da arbitragem internacional tem inspiração nos países de tradição jurídica anglo-saxónica, onde não existe qualquer constrangimento em que a parte seja ouvida como testemunha. Diversamente, nos países de tradição jurídica continental europeia, como a França, a Alemanha e Portugal³⁹, as partes estão, por regra, legalmente impedidas de prestarem depoimento como testemunhas, o que continua a ter implicações em arbitragens internacionais, sobretudo se aquelas envolverem apenas partes e árbitros de países de tradição jurídica continental⁴⁰.

O conceito de “parte”, para efeitos de prestação (ou de proibição de prestação) de depoimento como testemunha não é, também ele, inequívoco. Alguns tribunais arbitrais distinguem entre a parte e os seus representantes legais, que só podem ser ouvidos como partes, e os trabalhadores das partes, que podem ser ouvidos como testemunhas⁴¹. Há também notícia de casos em que a distinção foi mais longe, considerando-se como “parte interessada”, para efeitos de prestação de depoimento, os trabalhadores da parte⁴². Estas distinções são, porém, falaciosas, posto que desconsideram o concreto interesse que cada uma dessas pessoas tem no triunfo da pretensão da parte que a oferece e que pode, por isso, afectar a sua credibilidade. Ora, esse interesse pode ser maior ou menor independentemente da posição que a testemunha ocupe relativamente à parte (seu representante legal, director ou trabalhador)⁴³⁻⁴⁴.

³⁸ Fouchard, Gaillard e Goldman, *op cit*, p. 699-700.

³⁹ Artigo 199.º do Código de Processo Civil Francês, § 445 do Código de Processo Civil Alemão e artigo 617.º do CPC Português. Adiante nos referiremos especificamente ao caso português. Sobre o depoimento de parte nos países germânicos *vide* José Lebre de Freitas, A Confissão no Direito Probatório (Um Estudo de Direito Positivo), Lisboa, 1990, p. 242, nota de rodapé 15.

⁴⁰ Em anotação à Decisão (processual) tomada no caso ICC n.º 7319, em 30/10/1992, Dominique Hascher sugere que o regulamento da arbitragem em causa o permita, se deixem influenciar pelas tradições jurídicas das partes e dos advogados na aplicação e adaptação daquele mesmo regulamento de arbitragem para resolver estas questões processuais., Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration – 1993-1996, anotada por Dominique Hascher, 2.ª edição, 1998, p. 102.

⁴¹ Cf. Decisão (processual) tomada no caso ICC n.º 7319, em 30/10/1992, anotada em Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration – 1993-1996, p. 96 e ss. A anotação contém ainda a referência às categorias intermédias e próximas de “*sachant*”, de origem francesa, e “*sachverständige zeuge*”, de origem alemã, usadas normalmente no processo para indicar pessoas com interesse na causa. Para Michael Bühler e Carroll Dorgan, a decisão de excluir o testemunho de uma parte e dos seus representantes legais parece ser um exemplo da experiência da arbitragem doméstica, mais do que um exemplo da prática moderna da arbitragem internacional. *Op cit*, p. 10.

⁴² É o caso do tribunal arbitral Irano-Americano de Haia, criado em 1981. Note-se, porém, que também a jurisprudência deste tribunal arbitral é variável no que respeita ao âmbito do conceito “parte interessada”: há registo de casos em que um representante legal foi ouvido como parte e um trabalhador da parte foi ouvido como testemunha. *Vide* Michael Bühler e Carroll Dorgan, *op cit*, p. 7 e ss, e Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration – 1993-1996, p. 100.

⁴³ *Vide* anotação à Decisão (processual) tomada no caso ICC n.º 7319, em 30/10/1992, Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration – 1993-1996, p. 101-102 e ss. A anotação contém ainda a referência às categorias intermédias e próximas de “*sachant*”, de origem francesa, e “*sachverständige zeuge*”, de origem

A distinção entre parte e testemunha tem hoje reduzida relevância prática na arbitragem internacional na medida em que, por um lado, o valor dos testemunhos é de livre apreciação pelo tribunal⁴⁵, e, por outro lado, tem vindo a aumentar o desuso da obrigação de as testemunhas prestarem juramento no momento da prestação do depoimento, facto este que originalmente diferenciava as partes das testemunhas⁴⁶.

Todavia, há ainda consequências práticas daquela distinção a ponderar. Por exemplo, no caso de ser admissível a prestação de depoimento de uma parte como testemunha, pode o tribunal arbitral recusar-lhe a prestação de declarações como parte? Sendo prestado depoimento pela parte, tem a outra parte o direito a contra-interrogá-la? Sendo a parte ouvida como testemunha, tem o direito de assistir à inquirição das testemunhas que prestarem depoimento antes dela?⁴⁷

Os principais regulamentos de arbitragem privados apresentam soluções diversas. O Regulamento LCIA estatui que “*Qualquer pessoa que pretenda testemunhar perante o Tribunal Arbitral sobre qualquer questão de facto ou de perícia será tratada como testemunha (...), ainda que seja parte na arbitragem ou tenha sido ou seja director, funcionário ou accionista de qualquer uma das partes*” (artigo 20, n.º 7)⁴⁸; as Regras Suíças prevêm, de forma genérica, que “*Qualquer pessoa pode ser testemunha ou testemunha-perito*” (artigo 25, n.º 2)⁴⁹.

Por outro lado, o Regulamento da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) prevê apenas que o “*Tribunal Arbitral pode decidir ouvir testemunhas, peritos nomeados pelas partes ou qualquer outra pessoa*” (artigo 20, n.º 3, sublinhado nosso)⁵⁰, o que, não obstante a que uma parte ou os seus representantes sejam ouvidos, suscita a dúvida quanto

alemã, usadas normalmente no processo para indicar pessoas com interesse na causa. Michael Bühler e Carroll Dorgan dão ainda nota de comentários de autores a propósito das consequências processuais e substantivas da distinção entre partes e testemunhas. *Op cit*, p. 8, nota de rodapé 24.

⁴⁴ Cientes da variabilidade terminológica e das dúvidas que a mesma pode suscitar no decorrer de uma arbitragem, as UNCITRAL Notes, no seu § 68, alertam para o facto de que, nos casos em que as partes não podem prestar depoimento como testemunhas, pode tornar-se necessário estabelecer regras para determinar que pessoas, por integrarem o conceito de “parte”, não podem depor como testemunhas (por exemplo, directores, trabalhadores, etc.).

⁴⁵ E será efectivamente tida em conta na apreciação da credibilidade da testemunha e do seu depoimento a relação que tenha com a parte que a indicou.

⁴⁶ De acordo com a tradição continental europeia, o depoimento das testemunhas é prestado sob juramento, enquanto que as declarações das partes não são juramentadas.

⁴⁷ Michael Bühler e Carroll Dorgan dão ainda nota de comentários de autores a propósito das consequências processuais e substantivas da distinção entre partes e testemunhas. *Op cit*, p. 8, nota de rodapé 24.

⁴⁸ (“*Any individual intending to testify to the Arbitral Tribunal on any issue of fact ... shall be treated as a witness under these Rules notwithstanding that the individual is a party to the arbitration or was or is an officer, employee or shareholder of any party*”).

⁴⁹ Já os regulamentos de arbitragem internacional das câmaras de comércio e indústria que as Regras Suíças vieram substituir continham regras acerca do âmbito da prova por testemunha: por exemplo, o Regulamento de Arbitragem Internacional da Câmara de Comércio de Zurique previa que “[q]ualquer pessoa, incluindo partes e os seus representantes, pode ser testemunha” (artigo 37). As Regras Suíças estão disponíveis em www.arbitration-ch.org.

⁵⁰ (“*The Arbitral Tribunal may decide to hear witnesses, experts appointed by the parties or any other person...*”)

ao respectivo enquadramento jurídico: estar-se-á perante “*testemunhas*”, “*qualquer outra pessoa*”, ou ainda meras declarações das partes, nos termos previstos no artigo 20, n.º 2 do mesmo Regulamento⁵¹?

Faz-se notar que os Regulamentos de Arbitragem da American Arbitration Association (doravante Regulamento AAA) e da WIPO, bem como as Regras de Arbitragem da UNCITRAL, são totalmente omissos quanto ao âmbito pessoal da prova por testemunhas.

Na linha da moderna tendência verificada na arbitragem internacional, as Regras IBA 1999 vêm expressamente prever que “*Qualquer pessoa pode ser ouvida como testemunha, incluindo a Parte ou um director, trabalhador ou representante legal da parte*” (artigo 4, n.º 2)⁵². A redacção de 1999 constitui uma evolução em face da adoptada em 1983 (IBA Rules 1983), em que se estabelecia apenas que a “*parte pode ser ouvida em seu benefício*” (artigo 5.8)⁵³, o que gerava dúvidas quanto à qualidade assumida pela parte nessa audição.

A clarificação quanto ao abandono da distinção entre parte e testemunha constante das Regras IBA 1999 é, em nosso entendimento, de aplaudir. A (tão quanto possível) completa percepção dos factos sujeitos à apreciação do tribunal arbitral não se compadece com restrições em matéria de âmbito pessoal da prova por testemunhas, na medida em que muitas vezes são as partes em sentido amplo (os seus directores e trabalhadores) os únicos que têm conhecimento directo dos factos em análise.

A questão central no que respeita ao âmbito pessoal da prova por testemunhas deverá ser a da apreciação da credibilidade do testemunho feita *ex post* e não a da (in)admissibilidade (formal) do testemunho a ter lugar *ex ante*.⁵⁴

⁵¹ O artigo 20, n.º 2 do Regulamento ICC prevê que “o Tribunal Arbitral ouve as partes em audiência contraditória” (“... *the Arbitral Tribunal shall hear the parties together in person...*”). W. Laurence Craig, William W. Park e Jan Paulsson, em comentário ao artigo 20, n.º 2 do Regulamento ICC, afirmam o seguinte: “*Whether the party is giving his statement or testimony is to be considered as a witness, or as having a different capacity, is not settled in the Rules and may depend on the legal tradition of the parties and of the arbitrators, the place of arbitration, and other facts*”. W. Laurence Craig, William W. Park e Jan Paulsson, Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules (with commentary), Oceana Publications, Inc., 1998, p. 124.

⁵² (“*Any person may present evidence as a witness, including a Party or a Party’s officer, employee or other representative*”).

⁵³ (“*party may be heard in support of its own case*”).

⁵⁴ Seguimos de perto a posição de Michael Bühler e Carroll Dorgan. (“*The acceptance of any person as a witness promotes efficient fact-finding. Leaving aside the difficulty that may arise in an international arbitration of determining who is a party representative in the technical sense, the individuals who are best acquainted with the relevant facts are often officers and other employees of the parties. Indeed, in some cases, a party will not have access to any other witnesses who could provide testimony in support of its position. It would be unfair to deny that party the opportunity to present its case, supported by the testimony of its own officers and employees. Moreover, the arbitrators may need to hear such testimony in order to gain as complete an understanding of the facts of a case as possible. The arbitrators remain free to judge the credibility of such witnesses and to assess the weight of their testimony*”) *Op cit*, p. 9-10.

Em face do exposto, parece-nos particularmente relevante que seja clarificado, no âmbito da arbitragem e previamente à prestação do depoimento, se a testemunha tem ou teve alguma relação com a parte e, em caso afirmativo, que tipo de relação, pois é com base nessa informação que o tribunal arbitral poderá adequadamente apreciar a credibilidade do depoimento, seja ele prestado por representante legal, director ou trabalhador da parte, ou por um terceiro. A importância deste tipo de informação é reconhecida pelas Regras IBA 1999, que estabelecem que os depoimentos escritos deverão esclarecer, nomeadamente, qual a relação, presente ou passada, existente entre a testemunha e as partes (artigo 4, n.º 5, alínea a).

Pese embora a tendência moderna na arbitragem internacional seja, como se disse, no sentido de admitir a inquirição das partes, seus representantes legais, directores e trabalhadores como testemunhas, a verdade é que a coexistência de diferentes tradições legais aconselha o cabal esclarecimento do âmbito pessoal da prova por testemunhas adoptado em cada arbitragem. Parece-nos, assim, aconselhável a adopção, sempre que necessário e possível em face das regras de arbitragem aplicáveis, de uma norma clarificadora da vontade das partes nessa matéria. O artigo 4, n.º 2 das Regras IBA 1999 é, evidentemente, uma das opções a considerar.

A possibilidade de a parte ser ouvida como testemunha adquire particular interesse em face da lei portuguesa. A questão leva-nos de novo ao n.º 1 do artigo 18.º da LAV, que dispõe que “*Pode ser produzida perante o tribunal arbitral qualquer prova admitida pela lei de processo civil*”. Atendendo a que, no processo civil português, o único meio de prova mediante o qual a parte pode ser ouvida é a confissão judicial provocada, designadamente através de depoimento de parte, que tem efeitos e valor probatório específicos, importa determinar qual a consequência daquele preceito da LAV numa concreta arbitragem internacional a ter lugar em Portugal.

Assim, por exemplo, numa arbitragem que ponha em causa interesses do comércio internacional americano e inglês, em que as partes escolheram como lugar da arbitragem Portugal, estarão as partes impedidas de acordar na prestação do seu depoimento como testemunhas?

O depoimento de parte não constitui, no direito português, um testemunho da parte livremente valorável em toda a sua extensão, mas apenas um meio de provocar a confissão, ou seja, um meio de provocar a declaração da realidade de um facto *desfavorável* ao declarante. Somente os factos desfavoráveis ao declarante serão, pois, considerados pelo

tribunal⁵⁵. A prova por confissão das partes mediante depoimento de parte está prevista nos artigos 552.º a 563.º do CPC português.

Em consonância com o disposto, o CPC estabelece ainda, no seu artigo 617.º, que quem possa depor na causa como parte está impedido de depor como testemunha⁵⁶.

Cabe perguntar, então, se a norma constante do artigo 18.º, n.º 1 da LAV constitui uma remissão limitativa, em sede de arbitragem, para os meios de prova previstos no processo civil português, caso em que não seria possível, sem outro acordo das partes, a audição da parte como testemunha.

Há doutrina portuguesa que defende que a admissibilidade de produção de qualquer prova reconhecida pela lei de processo civil nos termos previstos naquele artigo não deve ser entendida como uma restrição aos meios de prova previstos na lei processual portuguesa, pelo que se admite que possam ser utilizados meios de prova estranhos àquela lei, se as regras de processo aplicáveis à arbitragem o permitirem⁵⁷.

Esta posição afigura-se totalmente favorável à autonomia das partes e é sobretudo relevante para as arbitragens internacionais, posto que são estas que põem em confronto partes, advogados e árbitros muitas vezes oriundos de países com tradições jurídicas distintas. Recorde-se que os países de matriz anglo-saxónica não conhecem impedimentos legais (e muito menos morais) que proíbam que a parte seja ouvida como testemunha, sendo o seu testemunho livremente valorado pelo tribunal. Causaria, no mínimo, “estranheza” às partes americana e inglesa que o mero facto de escolherem Portugal como

⁵⁵ José Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, Código de Processo Civil – Anotado, Volume 2.º, Coimbra Editora, p. 464.

⁵⁶ Como dá nota Lebre de Freitas, tanto o artigo 624 originário do CPC de 1939, como o artigo 620 originário do CPC de 1961, hoje ainda em vigor com alterações já profundas, consideravam inábeis para depor, “*por motivo de ordem moral*”, quem pudesse depor como parte e, bem assim, o ascendente, descendente, sogro, genro ou nora ou cônjuge da parte, e os vinculados ao segredo profissional. Na revisão de 1995-1996, o impedimento foi circunscrito a quem possa depor como parte. “*Esta evolução insere-se na linha histórica do alargamento do âmbito da prova testemunhal, que tem deslocado para a apreciação final do julgador as situações que tradicionalmente davam lugar à exclusão (inicial) do meio de prova e que em outros sistemas jurídicos conduziu à admissão do testemunho da própria parte.*” (negrito no original). *Op cit*, p.532. O motivo explicitado na versão originária do artigo que precedeu o actual artigo 617.º do CPC é bem demonstrativo da argumentação formal que justifica a permanência do depoimento de parte nos seus limitados termos no processo civil português: a questão é colocada no plano da moralidade. Na verdade, o legislador assume que, nos assuntos respeitantes à própria parte, esta tenderá a depor em seu favor. Por isso, desconsidera o que seja favorável à parte e valora o que a mesma disser em seu prejuízo. Para o legislador, o que a parte tem a dizer a seu favor pode ser dito pelo respectivo advogado. Discorda-se em absoluto desta solução, que é, repita-se, meramente formal no nosso sistema jurídico. Colocamo-nos, assim, ao lado de José Lebre de Freitas, que, em Parecer elaborado em nome da Ordem dos Advogados, propôs que a figura do depoimento de parte fosse consagrada no CPC na revisão que veio a ter lugar em 1995-1996. Contudo, a proposta não foi perfilhada. *Op cit*, p. 464-465.

⁵⁷ Luís Lima Pinheiro, *op cit*, p. 147. Consequentemente, afirma o autor que a utilização de meio de prova que não seja admitido pela lei de processo civil não constitui fundamento de anulação da sentença que vier a ser proferida. *Vide* também Mariana França Gouveia, Resolução Alternativa de Litígios – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do seu ensino teórico e prático, policopiado, Junho de 2008, p. 94, que conclui, em face da possibilidade de recurso a meios de prova não previstos no processo civil português, pela “*pouca ou nenhuma utilidade*” da regra ínsita no artigo 18.º, n.º 1 da LAV.

país para a realização da arbitragem as impedisse de deporem como testemunhas, nos amplos termos e efeitos previstos nos seus países.

Concordamos com aquela doutrina: se as regras de processo aplicáveis à arbitragem o permitirem, podem ser admitidos meios de prova para além dos previstos no processo civil português.

A norma ínsita no artigo 18.º, n.º 1 da LAV tem, assim, carácter meramente supletivo⁵⁸. Quanto se aplique supletivamente, porém, essa norma “recupera” a remissão restritiva para o processo civil português.

Como norma supletiva, julgamos que lhe será ainda reconhecido algum efeito útil. Por hipótese, não se encontrando previsto no regulamento de arbitragem aplicável a possibilidade de inquirição das partes como testemunhas e não tendo estas acordado nessa possibilidade, não poderá, salvo acordo, ser admitido esse meio de prova no decurso da uma arbitragem internacional localizada em Portugal. O artigo 18.º, n.º 1 da LAV impede-o. Evidentemente, o problema não se colocará se as partes, no decurso da instância arbitral, se aperceberem que não fizeram constar a intenção de serem ouvidas como testemunhas, mas estiverem de acordo quanto a formalizar, nessa data, essa vontade⁵⁹. Todavia, na falta de acordo entre as partes⁶⁰, que não pode ser ultrapassado por decisão do tribunal arbitral, aplicar-se-á inevitavelmente o disposto naquele preceito, impedindo as partes, portanto, de se socorrerem de meio de prova desconhecido da lei processual civil portuguesa.

De *iure constituendo*, julgamos que o normativo vertido no artigo 18.º, n.º 1 da LAV, ao remeter para uma lei estadual, se afigura desadequado às melhores práticas de regulação da arbitragem. A importância da autonomia das partes e a flexibilidade próprias de um meio de resolução alternativa de vocação universal aconselham a alteração daquele preceito, com imediata supressão da remissão para o direito processual civil nacional.

⁵⁸ Não nos parece que o artigo 18.º, n.º 1 da LAV possa ser entendido como uma norma imperativa. Essa opção revelar-se-ia contrária ao princípio da autonomia privada das partes em matéria processual previsto no artigo 15.º da LAV e às razões que justificam a opção pela arbitragem, entre as quais a de permitir às partes subtrair-se aos formalismos e limitações das leis processuais estaduais (a que o legislador da LAV não terá sido alheio).

⁵⁹ Somos de opinião de que o prazo previsto no artigo 15.º, n.º 1 da LAV não pode sobrepor-se ao princípio da autonomia das partes.

⁶⁰ Estando a instância processual em curso a probabilidade de obtenção de acordo das partes resulta, obviamente, diminuída.

IV.2.b. Testemunhas de facto e testemunhas-peritos

A arbitragem internacional tem sido também influenciada pelas diferenças verificadas entre os sistemas legais anglo-saxónicos e da Europa continental no que concerne ao tipo de testemunhas admitido.

Tradicionalmente, os países de matriz anglo-saxónica distinguem as testemunhas “de facto” das “testemunhas-peritos”: de forma simplista diremos que aquelas falam do que sabem e estes sabem do que falam. As “testemunhas-peritos” depõem, pois, apenas sobre questões técnicas. Ambas são oferecidas pelas partes.

Nos países de matriz continental europeia, as testemunhas são sempre entendidas como “testemunhas de facto”. As “testemunhas-peritos” dos países de matriz anglo-saxónica não têm correspondência nos países de matriz continental; aqui é admitida a produção de prova por peritos, mas estes são normalmente peritos independentes nomeados pelo tribunal.

A arbitragem internacional tem evoluído entre aqueles dois grandes sistemas, recorrendo e adequando as respectivas práticas processuais em função dos concretos intervenientes em cada arbitragem. As testemunhas-peritos ao estilo anglo-saxónico continuam a ter o seu lugar na arbitragem internacional, mas há cada vez mais uma tendência no sentido de garantir a sua independência em face das partes.

A distinção entre “testemunha de facto” e “testemunha-peritos” foi adoptada pelas Regras IBA 1999, que regulam aquelas no artigo 4 e estas no artigo 5.⁶¹

O regime jurídico processual português não conhece a figura “testemunha-perito”. Em Portugal, as testemunhas são sempre “testemunhas de facto”, prevendo-se, porém, a par do meio de prova por testemunhas, a possibilidade de ser produzida prova pericial no que respeita a questões técnicas, que se encontra regulada nos artigos 568.º a 591.º do CPC português.

A perícia é, em regra, realizada por um único perito nomeado pelo juiz, mas pode sê-lo por um colégio de peritos, até ao número de três, se alguma das partes o requerer ou o juiz entender que a especial complexidade ou o objecto da perícia o justifica (artigos 568.º, n.º1, e 569, n.º 1 do CPC).

⁶¹ Atendendo ao concreto âmbito deste trabalho, já atrás definido, não nos alongaremos mais sobre a figura das testemunhas-perito.

Deve notar-se, contudo, que a solução processual portuguesa não corresponde exactamente à configuração pura da prova por peritos na tradição continental europeia. Na verdade, enquanto naquele sistema os peritos são sempre nomeados pelo tribunal, o CPC abre margem à escolha (e não mera sugestão) pelas partes (artigos 568.º, n.º 2, 2.ª parte, 569.º, n.ºs 2 e 4.)⁶². Não obstante, os peritos devem oferecer garantias de imparcialidade e não podem, por impedimento legal, ser testemunhas na mesma causa (artigos 571.º e 122.º, n.º 1, alínea h) do CPC), o que nos afasta da tradição anglo-saxónica das “testemunhas-perito”. Portugal apresenta-se, assim, a meio caminho entre as duas tradições jurídicas.

IV.3. Contactos entre as partes ou os advogados e as testemunhas

As questões na ordem do dia da agenda arbitral internacional em matéria de prova por testemunhas prendem-se justamente com os contactos entre os advogados das partes, de um lado, e as testemunhas arroladas pelas mesmas partes, de outro lado. O problema incide, sobretudo, sobre o relacionamento advogado/testemunha, mas tem um âmbito mais vasto, incluindo também o relacionamento parte/testemunha. Limitemo-nos, todavia àquele primeiro.

A arbitragem internacional tem-se movimentado, uma vez mais, no palco das dissemelhanças de actuação nos sistemas de raiz anglo-saxónica e continental europeia.

Nos países de matriz continental europeia, os contactos entre os advogados e as testemunhas arrolados pela parte que aqueles representam são geralmente proibidos em face da lei de processo civil ou de normas de natureza ética, mormente as previstas nos estatutos das ordens profissionais. Tais contactos são entendidos como comprometedores da (já de si frágil) credibilidade das testemunhas. Acresce que, em qualquer caso, a sua justificação perde sentido num sistema inquisitório em que o juiz, e não os advogados da outra parte, assume a condução do interrogatório das testemunhas⁶³.

⁶² José Lebre de Freitas dá nota, aliás, da proposta apresentada pela Comissão Varela em 1993, no âmbito dos trabalhos preparatórios da revisão do processo civil português que veio a ter lugar em 1995-1996, de que “*segundo o exemplo da maior parte dos países europeus, a perícia seria sempre realizada por peritos nomeados pelo juiz, mas não podendo as partes do que sugerir (nos seus requerimentos sobre o objecto da diligência) a pessoa ou pessoas a nomear*”. Esta proposta não veio, contudo, a ser acolhida. José Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil – Anotado*, Volume 2.º, Coimbra Editora, p. 493.

⁶³ Curiosamente, as Regras Profissionais da Associação dos Advogados Flamengos de Bruxelas, de 1996, proíbem genericamente os contactos entre advogados e testemunhas (Secção 12), mas afirmam adiante que aquela proibição “*não se aplica aos processos judiciais estrangeiros ou transnacionais ou às arbitragens no âmbito dos quais esses contactos forem autorizados pelas normas processuais aplicáveis*” (secção 16).

A proibição de contactos entre advogados e testemunhas é, porém, um factor de enorme estranheza para os advogados dos países de tradição anglo-saxónica, que estão habituados a interrogar e a preparar as testemunhas, com grande amplitude, para a produção do seu depoimento. É-lhes permitido, por exemplo, discutir com a testemunha não só os factos sobre que os quais incidirá o seu depoimento como, bem assim, os factos que poderão eventualmente surgir durante o contra-interrogatório.

Qualquer das soluções acima indicadas é actualmente permitida na arbitragem internacional, exigindo-se apenas que todas as partes e os respectivos advogados se rejam pelas mesmas regras. Estas regras devem ser conhecidas pelas partes, pelo que se não constarem do regulamento de arbitragem aplicável, deverão ser expressamente acordadas pelas mesmas. Nos casos em que as diversas partes e respectivos advogados pertençam a sistemas de direito distintos, afigura-se aconselhável que o tribunal arbitral verifique se tais regras foram devidamente aplicadas⁶⁴.

A prática da arbitragem internacional tem revelado, no entanto, uma propensão para a permissão generalizada dos contactos entre advogados e testemunhas, mesmo quando se tratem de potenciais testemunhas, para preparação e apresentação dos testemunhos escritos e/ou orais, o que vai ao encontro, aliás, da mais recente opinião dos autores⁶⁵⁻⁶⁶.

Foi também este o caminho seguido pelas Regras IBA 1999, que prevêm que “*Não será impróprio para uma Parte, directores, trabalhadores advogados ou outros representantes interrogar as suas testemunhas ou potenciais testemunhas*” (artigo 4, n.º 3)⁶⁷. Deve notar-se, no entanto, que

⁶⁴ Fouchard, Gaillard e Goldman, *op cit*, p. 702.

⁶⁵ Javier H. Rubinstein, *op cit*, p. 307. *Vide* também David P. Roney, “Effective Witness Preparation for International Commercial Arbitration: A Practical Guide for Counsel, in *Journal of International Arbitration* 20(5): 429-435, 2003, Kluwer Law International, p. 429 e ss. Partindo do princípio de que “*Uma preparação eficiente da prova testemunhal é um dos mais importantes componentes de uma advocacia de sucesso na arbitragem comercial internacional*” (“*Effective witness preparation is one of the most important components of successful advocacy in international commercial arbitration*”), o autor apresenta um curioso processo em seis passos para garantir o sucesso da preparação de testemunhos orais.

⁶⁶ Por exemplo, as recentes Regras Suíças, que reconhecem fundar-se nas Regras de Arbitragem UNCITRAL, prevêm que “[*n*]ão será impróprio que uma parte, os seus directores, trabalhadores, juristas ou advogados interroguem testemunhas, potenciais testemunhas ou testemunhas-perito” (artigo 25, n.º 6). (“*It shall not be improper for a party, its officers, employees, legal advisors or counsel to interview witnesses, potential witnesses or expert witnesses*”). Contudo, as Regras de Arbitragem UNCITRAL nada prevêm a propósito. Aparentemente contra tais contactos, cf. §§ 61 e 67 das Notas UNCITRAL. Curiosa é a redacção adoptada pelo Regulamento LCIA, que prevê no artigo 20, n.º 6 não ser impróprio o interrogatório de testemunhas, sujeitando-o, porém, “*às disposições imperativas de qualquer lei aplicável*” (“*Subject to the mandatory provisions of any applicable law, it shall not be improper...*”), o que, mais do que uma solução de compromisso, parece ser a adequação de um centro de arbitragem institucionalizado com vocação mundial à realidade jurídica dos seus potenciais “clientes”.

⁶⁷ (“*It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses*”). A redacção é muitíssimo próxima da adoptada pelas Regras de Arbitragem UNCITRAL em 1999, constante da nota de rodapé 66. Faz-se notar ainda que as Regras IBA 1999 não adoptaram a

esta redacção indicia algum maior cuidado em restringir o poder aqui conferido às partes e advogados, quando comparada com a redacção das IBA Rules de 1983, onde se lia que “Será adequado para uma Parte...” (artigo 5.8, sublinhado nosso). Da concatenação das duas redacções parece decorrer, pois, que tais contactos não serão hoje *impróprios*, mas que podem igualmente não ser *adequados*.

A inclusão de questões relativas aos contactos entre advogados e testemunhas na ordem do dia da agenda arbitral internacional evidencia exactamente a preocupação da comunidade arbitral relativamente àqueles. Se é verdade que hoje já não se discute se é ou não permitido haver contactos entre advogados e testemunhas – como se disse supra, tais contactos são genericamente permitidos na arbitragem internacional –, é igualmente verdade que não há consensos nem fórmulas mágicas quanto ao que devem ser tais contactos.

Efectivamente, reconhecem-se simultâneas vantagens e desvantagens na permissão desses contactos. Por um lado, é manifesto que a inquirição prévia de testemunhas ou potenciais testemunhas é imprescindível para a preparação do pedido ou da defesa das partes, na medida em que cada parte precisa de saber previamente à apresentação do pedido ou da defesa se tem quem comprove a sua versão dos factos. É igualmente manifesto que a inquirição prévia de testemunhas agiliza e confere eficácia à produção de prova: as testemunhas deverão saber ao que vão e deverão preparar-se para falar sobre os factos de que têm conhecimento e os documentos com aqueles relacionados⁶⁸. Todavia, por outro lado, a comunidade arbitral tem consciência de que a fronteira entre a preparação e a manipulação da testemunha pode ser muito ténue.

A preparação da testemunha deve ter por princípio ajudá-la a recordar-se do que sabe, e não “ensinar-lhe” o que não sabe.⁶⁹ Mas como pode garantir-se que assim sucede, quando tais contactos têm lugar longe da vista dos árbitros e das contrapartes e respectivos advogados?

São justamente as questões relativas ao âmbito permitido para esses contactos e à eventual sujeição do âmbito e da natureza desses contactos à obrigação de revelação

prática americana de tomada de depoimentos prévios aos prestados perante o tribunal arbitral a potenciais testemunhas (“*pre-hearing depositions of witnesses*”), que constitui uma forma de *discovery* na prova por testemunhas. Como afirma Javier H. Rubinstein, “*Such forms of discovery are rarely, if ever, permitted in international arbitral proceedings absent agreement of the parties*”. *Op cit*, p. 305.

⁶⁸ Sobre a preparação das testemunhas vide ainda Michael Bühler e Carroll Dorgan, *op cit*, p. 20-21.

⁶⁹ “*Witness preparation should not become witness manipulation or the fabrication of evidence. The starting point for all witness preparation is to remind the witness to tell the truth. The credibility of a witness is as vital as the information that he may present*”). Michael Bühler e Carroll Dorgan, *op cit*, p. 20.

(“*disclosure*”) perante o tribunal arbitral que estão em ampla discussão actualmente na comunidade arbitral internacional⁷⁰⁻⁷¹.

Consideramos que a matéria, pela sensibilidade que a caracteriza, exige da arbitragem internacional uma resposta tão inequívoca quanto possível. Atendendo à influência que as Regras IBA 1999 têm assumido no desenvolvimento da prática arbitral internacional em matéria de prova (no curioso e já apontado movimento de interferência nos dois sentidos: é influenciada e influencia a arbitragem internacional), parece-nos que estamos perante a oportunidade perfeita para introduzir na arbitragem internacional, através das Regras IBA, linhas de orientação quanto ao que deve entender-se por contactos *permitidos* entre os advogados e as testemunhas (ou seja, a delimitação do âmbito permitido desses contactos). A introdução de uma obrigação de revelação (“*disclosure*”) do âmbito e natureza desses contactos, muito embora se preveja que receba a oposição dos advogados de matriz anglo-saxónica, parece-nos igualmente de aplaudir, podendo funcionar como um instrumento de aprofundamento dos princípios da igualdade entre as partes e da boa-fé processual. Note-se que a consagração de tais linhas de referência nas Regras IBA tem, ainda que potencialmente, a vantagem de promover a opção pela permissão de tais contactos mesmo junto de partes e advogados oriundos dos países de matriz continental europeia – é da experiência comum que o aumento da previsibilidade diminui o receio de adopção de soluções estranhas ao sistema legal de origem –, o que, em última análise, poderá repercutir-se na agilização da produção de prova⁷².

Portugal segue, nesta matéria, a tradição da família jurídica a que pertence (matriz continental europeia). Não existe na lei nem no Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, norma que proíba expressamente o advogado de manter contactos com as testemunhas apresentadas ou a apresentar pela parte que representa, mas a questão tem sido enquadrada como praxe profissional, competindo ao advogado, nos termos do artigo 83.º, n.º 1 do EOA, “*cumpri[r] pontual e*

⁷⁰ Javier H. Rubinstein, *op cit*, p. 307.

⁷¹ O trabalho de revisão das Regras IBA em curso contempla, em matéria de prova por testemunhas, justamente as questões ali apontadas. Uma das propostas em análise pela IBA é a de fazer constar das suas Regras informação que permita determinar com maior segurança qual o âmbito permitido para os contactos entre advogados e testemunhas. Está também em estudo a eventual inclusão nas Regras IBA de uma obrigação de revelação (“*disclosure*”) quanto ao âmbito e à natureza daqueles contactos. Na conferência prevista para Outubro de 2008, na Argentina, terá lugar um painel intitulado “*Ethics in arbitration for counsel and arbitrators*”, onde se espera que sejam discutidas as questões relativas aos contactos dos advogados com as testemunhas.

⁷² Atrás nos referimos às vantagens em termos de eficácia que a preparação das testemunhas pode trazer ao processo arbitral.

escrupulosamente os deveres consignados no presente Estatuto e todos aqueles que a lei, os usos, costumes e tradições profissionais lhe impõem” (sublinhado nosso).

A questão em apreço é, em Portugal, complexa e melindrosa, existindo a propósito inúmeras decisões⁷³.

Tradicionalmente, a proibição de o advogado contactar ou ouvir testemunhas é entendida como um valor ético fundamental para o prestígio e dignidade da classe, a ponto de existir jurisprudência que defende que não deva sofrer qualquer restrição⁷⁴. De acordo com decisões proferidas pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, as conversações com as testemunhas envolverão sempre o risco de se converterem em verdadeiros ensaios de produção de prova, contribuindo assim para desvirtuar e, porventura até, falsear a prova.

Se, de um lado, a proibição de tais contactos é um uso amplamente reconhecido pelos profissionais do foro, de outro lado o processo civil português exige do advogado que tenha, pelo menos, o conhecimento mínimo acerca do que cada testemunha saberá. Por exemplo, o artigo 633.º do CPC português prevê que a parte não pode produzir mais do que cinco testemunhas sobre cada um dos factos que se propõe provar, o que exige, obviamente, que o advogado saiba quem sabe do quê. Repare-se ainda que, em Portugal, e diversamente do que sucede noutros países de matriz continental, são os advogados quem conduz directamente a inquirição das testemunhas. Nesta medida, um bom interrogatório pressuporá a preparação do advogado e esta, por sua vez, pressuporá que o advogado saiba exactamente o que cada testemunha conhece da causa.

Há, de facto, algumas decisões dos órgãos da Ordem dos Advogados que tem vindo a interpretar a praxe forense num sentido mais restrito, permitindo contactos entre os advogados e as testemunhas, evidentemente com limitações. O que aí se dispõe é que o advogado, podendo embora contactar com a testemunha, não pode, por qualquer forma, prejudicar a descoberta da verdade, seja influenciando, seja instruindo a testemunha⁷⁵. Colocam-se aqui, evidentemente, as mesmas questões colocadas na arbitragem

⁷³ Já em 1940 havia registo de pareceres do Conselho Geral da Ordem dos Advogados defendendo ser contrário à deontologia profissional do advogado conferenciar com testemunhas acerca da matéria da causa.

⁷⁴ Joel Timóteo Ramos Pereira, “Advogados e testemunhas: pode o advogado falar com as testemunhas antes do julgamento?”, in *Revista O Advogado*, n.º 11, Junho de 2001, referindo-se a Decisão do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 06/01/2000.

⁷⁵ Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 27/12/1998, Proc. E-974, Relator Rui Delgado. No mesmo sentido, Acórdão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados de 23/09/2003, Relator Rodolfo Lavrador, Proc. R-122/2003, ambos disponíveis em www.oa.pt. Neste último lê-se: “O não falar com as testemunhas é uma forma simplificada de expressão. O que é, e sempre foi vedado é influenciar o depoimento da testemunha, o alterar, por qualquer forma, a prova a apresentar em Tribunal”.

internacional quanto à linha ténue que separa o que cabe no âmbito dos contactos permitidos e proibidos.

Evidentemente, a perspectiva aqui propugnada é adequada e necessária à prática forense. Transpondo-a para a arbitragem internacional, verifica-se que ela é mesmo indispensável. Sem a adaptação da praxe forense às modernas exigências da arbitragem internacional em matéria de preparação da prova – sublinhe-se, preparação da prova, não fabrico da prova – o advogado português poderá ficar numa posição de desvantagem competitiva naquele “mercado”⁷⁶.

V. PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

V.1. Os poderes do tribunal arbitral

V.1.a. Condução da produção da prova

Uma das mais vincadas orientações da arbitragem internacional é a de que o tribunal arbitral conduz a produção da prova por testemunhas. Consequentemente, é o tribunal arbitral quem decide da produção da prova, podendo recusar a audição de testemunhas indicadas pelas partes – em rigor, em parte ou no todo –, se entender que se encontra suficientemente esclarecido quanto à matéria de facto (nomeadamente em face do resultado da produção de outros meios de prova). Em contrapartida, o tribunal arbitral pode ordenar a audição de testemunhas não oferecidas pelas partes que considere essenciais para a decisão da causa, excepto se as partes tiverem previamente acordado na exclusão desse poder ao tribunal ou na não admissão de prova testemunhal⁷⁷.

Podemos encontrar exemplos desta prática internacional em leis de arbitragem estaduais e regulamentos de arbitragem institucional: a Lei de Arbitragem Brasileira dispõe que “poderá o árbitro ou o tribunal arbitral ... ouvir testemunhas” (artigo 22.º, sublinhado nosso)⁷⁸;

⁷⁶ Mesmo assegurando-se o princípio da igualdade entre as partes.

⁷⁷ Fouchard, Gaillard e Goldman, *op cit*, p. 698-699. Anotam ainda os autores ser improvável a anulação da sentença a proferir a final com fundamento na recusa do tribunal arbitral em ouvir testemunhas indicadas pelas partes. No mesmo sentido, Peter R. Griffin, “Recent Trends in the Conduct of International Arbitration – Discovery Procedures and Witnesses Hearings, in *Journal of International Arbitration*, 2000, Kluwer Law International, p. 26. Um dos casos jurisprudenciais usualmente apontados como exemplo de não anulação de sentença com fundamento na recusa do tribunal arbitral em ouvir testemunha indicada pela parte é relativo a uma arbitragem conduzida na Inglaterra: *Dalmia Dairy industries vs. Banco Nacional do Paquistão*. É interessante verificar que a improcedência do pedido de anulação com justificação na restrição da prova testemunhal acontece justamente no contexto do sistema de direito anglo-saxónico, o que é claro indício da autonomia da prática arbitral internacional em face das tradições judiciais estaduais.

⁷⁸ Donde, por maioria de razão, o tribunal arbitral pode não ouvir testemunhas, ainda que as partes as tenham indicado, se assim o decidir.

em sentido próximo, o Regulamento ICC prevê que “o tribunal arbitral pode decidir ouvir testemunhas”⁷⁹ (artigo 20, n.º 2, sublinhado nosso); o Regulamento LCIA estabelece que “o tribunal arbitral... pode permitir, recusar ou limitar a apresentação de testemunhas” (artigo 20, n.º 2)⁸⁰. O poder de decidir acerca da produção de prova testemunhal conferido ao tribunal arbitral encontra ainda, em nosso entendimento, expressão implícita nos artigos relativos à arbitragem constantes do Estatuto Federal Suíço de Direito Internacional Privado, onde se prevê que “o tribunal arbitral conduzirá a produção de prova” (artigo 184).^{81 - 82}

Não obstante os amplos poderes conferidos ao tribunal arbitral em matéria de apreciação da oportunidade da produção da prova, há autores que apontam que será tido como bastante invulgar um caso em que o tribunal arbitral decida não ouvir testemunhas indicadas pelas partes, a menos que os depoimentos dessas testemunhas se antevejam manifestamente irrelevantes⁸³. Aplaudimos a orientação dos tribunais arbitrais. Em rigor, a produção da prova testemunhal nos exactos termos requeridos pelas partes constitui uma forma de tradução do princípio do processo justo: as partes têm direito a, no respeito pelo princípio da igualdade, apresentar a sua versão dos factos, o que inclui, inevitavelmente, o direito a produzir a prova nos termos que cada parte entende serem os necessários para alcançar esse objectivo. Ou seja, o tribunal arbitral poderá concluir que o depoimento de determinada testemunha oferecida pela parte é irrelevante para a decisão da causa, mas deverá fazê-lo apenas *depois* de ouvir a testemunha. A questão em apreço será, em rigor, de apreciação do valor da prova, e não já de decisão quanto à (pertinência da) produção da prova.

⁷⁹ (“*The Arbitral Tribunal may decide to bear witnesses ...*”). O raciocínio feito a propósito do artigo 22.º da Lei de Arbitragem Brasileira é aqui inteiramente aplicável, atenta a semelhança de redacção. Veja-se também a opinião de Michael Bühler e Carroll Dorgan, que afirmam que esta norma tem vindo a ser interpretada no sentido de conferir ao tribunal arbitral o poder de decidir acerca da produção de prova testemunhal. De acordo com os autores, para este entendimento concorre ainda a redacção do preceito 20, n.º 3, quando comparada com a adoptada no artigo 20, n.º 2: ali, o tribunal arbitral *pode* decidir ouvir testemunhas (“... *may...*”); aqui, o tribunal arbitral *ouve* as partes (“... *shall bear...*”). *Op cit*, p. 17.

⁸⁰ (“*The Arbitral Tribunal... has a discretion to allow, refuse, or limit the appearance of witnesses...*”).

⁸¹ (“*The Arbitral tribunal shall itself conduct the taking of evidence*”).

⁸² Em sentido diverso, dispõem as Regras de Arbitragem UNCITRAL que “o tribunal arbitral organizará uma fase oral para a produção de prova por testemunhas” (artigo 15, n.º 2) (“*the arbitral tribunal shall hold hearings for the presentation of evidence by witnesses*”), o que parece não deixar qualquer margem para decisão discricionária do tribunal.

⁸³ Michael Bühler e Carroll Dorgan, *op cit*, p. 17-18. Vide ainda a Decisão (processual) tomada no caso ICC n.º 5926, em 26/09/1988, também referenciada por aqueles autores. Nessa decisão, o tribunal arbitral, não obstante afirmar não ser necessária a produção de prova testemunhal em face da prova documental já produzida, acede ao pedido de inquirição de testemunhas efectuado pela parte. A decisão de aceitação da produção de prova testemunhal é justificada com referência ao “*princípio essencial de dar a cada parte a oportunidade de apresentar o seu caso da forma que entender mais adequada*” (“*In making the above decision, the arbitral tribunal... has been guided by the essential principle of offering each party the full opportunity to present its case as it wishes...*”), *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration – 1993-1996*, p. 105.

O equilíbrio entre os poderes do tribunal arbitral em matéria de condução da prova e os direitos das partes, no que concerne à produção da prova por testemunhas, tem vindo a ser encontrado na arbitragem internacional mediante a adopção de outro tipo de medidas “restritivas” que, ao invés de recusar *tout court* a produção da prova, procuram antes agilizá-la: por exemplo, a prévia indicação pelo tribunal arbitral das questões factuais que se afiguram relevantes para a decisão da causa e/ou a organização dessas questões por grupos, de acordo com os temas a que respeitam, devendo a produção da prova ter em conta essa organização; a prévia limitação do número total de testemunhas ou do número de testemunhas que poderá ser ouvida sobre cada questão factual ou grupo de questões; a limitação do tempo conferido a cada parte para a produção da prova testemunhal; a definição da ordem da produção da prova, que deverá ser a que melhor permitirá entender a matéria controversa, etc⁸⁴. A adopção destas medidas enquadra-se ainda nos poderes do tribunal arbitral para conduzir a produção de prova e tem tido ampla adesão da comunidade arbitral, que pode escolher, em função das características da arbitragem internacional em causa, as soluções que se revelar mais adequadas para imprimir eficácia à marcha do (seu) processo.

As Regras IBA 1999 adoptaram justamente a tendência que se vinha desenhando na arbitragem internacional em matéria de poderes dos árbitros, prevendo que “[o] *Tribunal Arbitral tem em qualquer momento completo controlo sobre a produção dos testemunhos orais. O Tribunal Arbitral pode limitar ou excluir qualquer questão feita a, respondida por ou a presença de uma testemunha ... se considerar tais questão, resposta ou presença são irrelevantes, inconsequentes, demasiado onerosas, repetitivas ou incluídas numa das situações previstas no artigo 9.2*” (artigo 8, n.º 1)⁸⁵. Adiante, e em contrapartida, concede-se ao tribunal arbitral o poder para “ordenar o depoimento oral ou escrito de qualquer pessoa sobre qualquer questão que entenda relevante e substancial para a decisão da causa (artigo 8, n.º 4)”⁸⁶.

Como afirmado pelo Grupo de Trabalho responsável pela redacção das Regras IBA 1999, o preceito em análise tem raízes na ideia originária do sistema inquisitório de matriz continental europeu de concentração na figura do juiz do poder para a organização da

⁸⁴ Michael Bühler e Carroll Dorgan, *op cit*, p. 17-18

⁸⁵ (“*The Arbitral Tribunal shall at all times have complete control over the Evidentiary Hearing. The Arbitral Tribunal may limit or exclude any question to, answer by or appearance of a witness ... if it considers such question, answer or appearance of a witness ... if it considers such question, answer or appearance to be irrelevant, immaterial, burdensome, duplicative or covered by a reason for objection set forth in Article 9.2.*”). Note-se, no que concerne à primeira parte do preceito, a semelhança de redacção com o artigo 184.º do Estatuto Federal Suíço de Direito Internacional Privado, atrás transcrito.

⁸⁶ (“*...the Arbitral Tribunal may request any person to give oral or written evidence on any issue that the Arbitral Tribunal considers to be relevant and material*”).

instância, que acabou por ser comumente adoptada nos diversos sistemas de direito, incluindo o anglo-saxónico. O mesmo artigo tem por objectivo conferir maior eficácia à prestação dos depoimentos orais perante o tribunal arbitral⁸⁷.

É curioso observar os pontos de intersecção entre os poderes atribuídos aos tribunais arbitrais internacionais e os poderes conferidos no âmbito do CPC português aos seus tribunais judiciais.

Com efeito, o CPC português concede aos juízes amplos poderes de determinação da produção de prova, de conformação da tramitação processual e de organização da audiência de julgamento.

O tribunal judicial tem iniciativa de prova no processo civil português. É da sua incumbência, por exemplo, realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio (artigo 265.º, n.º 3 do CPC, “Poder de direcção do processo e princípio do inquisitório”). No âmbito desses poderes genéricos cabe, designadamente, o de ordenar a notificação para depor de pessoa não oferecida como testemunha quando, no decurso da acção, haja razões para presumir que a mesma tem conhecimento de factos importantes (artigo 645.º, “Inquirição por iniciativa do tribunal”).

Denota-se, assim, na decisão quanto à prova a produzir, alguma maleabilidade do processo civil português que se aproxima da prática arbitral internacional.

Por outro lado, constata-se que o artigo 265.º-A do CPC (“Princípio da adequação formal”) permite ao juiz, oficiosamente e ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, quando verifique que a tramitação processual legalmente prevista não é adequada às especificidades da causa. Ele tem ainda, ao abrigo do artigo 265.º do CPC (“Poder de direcção do processo e princípio do inquisitório”), o poder-dever de providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório (n.º 1). No que respeita à direcção formal da audiência de julgamento, o tribunal tem também, de acordo com o artigo 650.º, n.º 1 do CPC (“Poderes do presidente”), os poderes necessários para tornar útil e breve a discussão e assegurar a justa decisão da causa, podendo inclusivamente alterar a ordem de produção da prova (artigo 634.º do CPC).

⁸⁷ IBA Working Party, *op cit*, p. 33.

Parece assim evidente que da conjugação de todos esses poderes resulta também para o tribunal uma ampla margem de flexibilidade na condução da marcha do processo, em geral, e da audiência de julgamento, em particular, comparável, julgamos, com a analisada a propósito da arbitragem internacional. Claro está que a prática “cristalizada” do processo civil (ou do que tem sido feito do processo civil) poderá fazer duvidar dessas semelhanças, mas o certo é que os poderes estão lá, pelo que em face dos aludidos normativos, não parece impossível (bem pelo contrário) que o tribunal judicial, por exemplo, entenda chamar as partes para discutir a adopção de medidas de organização da audiência de julgamento e da produção da prova que aí terá lugar, orientadas por considerações de eficiência e celeridade. Entre estas, por que não, a de definir um tempo máximo para a produção da prova ou a de organizar a produção da prova por matérias.

V.1.b. Apreciação da prova

É hoje também genericamente reconhecido o poder do tribunal arbitral para decidir livremente acerca da admissibilidade, relevância e valor da prova produzida⁸⁸.

O âmbito de discricionariedade deixado ao tribunal arbitral em matéria de apreciação do valor da prova testemunhal é muito amplo. Na valoração dos testemunhos são tidos em conta inúmeros factores: por exemplo, o facto de a testemunha fundar o seu depoimento em documentos reforça a convicção do tribunal; do lado oposto, sendo embora amplamente admissível a prestação de depoimento como testemunha, o facto de esta relevar algum interesse na decisão que venha a ser tomada pode prejudicar a avaliação que o tribunal faça do depoimento.

As Regras IBA regulam a admissibilidade e apreciação da prova no artigo 9.º. O n.º 1 prevê o princípio geral de atribuição daqueles poderes ao tribunal. No n.º 2 estão contempladas as situações que podem determinar a exclusão da prova. Entre elas encontram-se, designadamente, razões de impedimentos legais, onerosidade excessiva na prestação da prova e segredos, algumas das quais dando ampla margem ao tribunal para, querendo, excluir tais provas. Tem ainda relevância o que vem escrito no n.º 5, que prevê a possibilidade de estabelecer presunções sempre que uma parte não cumpre o ónus de apresentação da prova.

⁸⁸ Vide artigo 25, n.º 6 das Regras de Arbitragem UNCITRAL; artigo 48 (a) do Regulamento WIPO; artigo 22, n.º 1, alínea f) do Regulamento LCIA.

V.2. Métodos de produção de prova

V.2.a. Flexibilidade

A globalização da arbitragem, com a consequente interacção dos sistemas de direito anglo-saxónicos e da Europa continental em matéria de produção da prova por testemunhas tem desenhado evoluções na prática arbitral internacional: de um lado, o cepticismo da tradição jurídica continental europeia relativamente à prova por testemunhas em geral, e à inquirição (fase oral) em particular, tem diminuído, sendo já comumente aceite entre os árbitros treinados sob a égide daquele sistema a importância do depoimento oral de testemunhas; de outro lado, os árbitros de tradição jurídica anglo-saxónica, habituados a sobrevalorizar a prova por testemunhas e a fomentar a produção de depoimentos longos e incisivos, muitas vezes com o fito único de enfraquecer a credibilidade da testemunha, têm vindo a admitir a introdução de restrições na produção dos testemunhos⁸⁹.

A produção de prova testemunhal varia significativamente de arbitragem para arbitragem, sobretudo em razão da matriz jurídica de origem das partes, advogados e árbitros, podendo ter lugar mediante a submissão de depoimentos escritos, a prestação de depoimentos orais ou ambas. As únicas regras são a da *flexibilidade* e *adequação* à concreta arbitragem em causa. Na decisão quanto aos métodos a adoptar concorrem também ponderações de tempo e de custos, que variarão necessariamente em função do grau de complexidade do caso submetido a arbitragem.

Pese embora a ausência de um paradigma uniformizador, podem ser apontadas algumas tendências que têm vindo a tomar lugar na produção da prova por testemunhas na arbitragem internacional.

V.2.b. Depoimentos escritos

⁸⁹ De acordo com Peter Griffin, tais mudanças justificar-se-ão, do lado das partes e árbitros provenientes dos países de tradição anglo-saxónica, pelo reconhecimento da utilidade que os depoimentos orais poderão ter em determinadas situações e, do lado das partes e árbitros provenientes dos países de tradição continental europeia, pela necessidade de tornar os depoimentos orais um método de produção de prova apetecível (e, consequentemente, de admissão inquestionável) para os adversários de outras culturas jurídicas. *Op cit*, p. 26.

A apresentação, pelas partes, de depoimentos escritos das testemunhas durante a fase escrita do processo arbitral tem vindo a assumir um papel de crescente relevo no panorama da moderna arbitragem internacional, reflectindo assim a influência da tradição continental europeia na produção de prova⁹⁰. Não obstante, ela é normalmente conjugada com a prestação de depoimento oral, numa aproximação, desta feita, à prática anglo-saxónica.

Em grande medida, a ampla aceitação da submissão de depoimentos escritos está relacionada com as vantagens que lhe são conhecidas: ela confere ganhos de eficiência à marcha do processo, potenciando a diminuição da duração total da instância arbitral e dos custos associados à apresentação das testemunhas perante o tribunal arbitral.

A produção de prova testemunhal começa, em regra, com a submissão de depoimentos escritos, podendo o seu conteúdo variar de acordo com o que for definido pelo tribunal arbitral.

Em alguns casos, o tribunal arbitral (ou as partes, por acordo) poderá determinar que os depoimentos servirão de substitutos do testemunho directo (“*direct testimony*”) que seria prestado oralmente perante o tribunal, o que aconselha a que tais depoimentos escritos contenham um elevado nível de detalhe. Valendo o depoimento escrito como depoimento directo, a inquirição da testemunha perante o tribunal iniciar-se-á imediatamente pela inquirição pelo advogado da contraparte (“*cross examination*”) e pelos árbitros⁹¹. Este método de prestação de prova é comumente apreciado pelos árbitros e advogados atendendo aos ganhos de tempo que proporciona, mas é entendido como inadequado para o esclarecimento de factos relativamente aos quais o “colorido” das palavras *ditas* possa constituir uma mais-valia.

Noutros casos, o tribunal poderá determinar que os depoimentos escritos contenham apenas uma súmula dos factos, os quais poderão ser complementados mediante testemunho directo a prestar em audiência oral perante o tribunal, conduzido pelo advogado que indicou a testemunha (“*examination*”), a que se seguirá o contra-interrogatório do advogado da contraparte e a inquirição dos árbitros.

⁹⁰ Alguns regulamentos de arbitragem prevêem a possibilidade de apresentação de depoimentos escritos das testemunhas: Cf. artigo 20, §§2 e 3 do Regulamento LCIA; artigo 54 (d) do Regulamento WIPO; artigo 25, n.º 5 das Regras Suíças, decalcado de idêntico preceito das Regras de Arbitragem UNCITRAL (artigo 25, n.º 5).

⁹¹ Nestes casos, não há lugar a “nova” apresentação de testemunho oral, na medida em que este ficou “esgotado” com a prestação do depoimento escrito. Atendendo à necessidade de assegurar suficiente detalhe no testemunho directo, é fundamental que a atribuição desse efeito ao testemunho seja clarificada aquando da escolha dos métodos de produção de prova.

A prestação de depoimento escrito possibilita, dependendo evidentemente do grau de concretização dos factos aí expostos, abreviar a prestação de depoimento oral⁹². Acresce que, sendo prestado previamente depoimento escrito, a fase oral deixa de ser o primeiro contacto da testemunha com o advogado da contraparte e o tribunal arbitral, o que permite a estes últimos centrar a preparação e produção da inquirição nos aspectos factuais que aquela demonstrou saber no depoimento escrito.

Terminada a fase dos depoimentos escritos, as partes podem acordar em não ouvir determinadas testemunhas, designadamente porque a parte contra quem foi produzida a testemunha não contesta a descrição dos factos e se dispensa assim de a contra-interrogar ou, simplesmente, considera o respectivo testemunho irrelevante para a apreciação da causa⁹³.

A submissão de depoimentos escritos é particularmente usada nos litígios em que as partes, os advogados e os árbitros estão localizados em diferentes países ou continentes, na medida em que pode com maior eficácia contribuir para a redução de custos de deslocação, por um lado, e para a aceleração da marcha do processo, por outro lado. Atendendo a que as arbitragens internacionais têm por característica justamente a da localização (mundialmente) dispersa dos seus intervenientes, poder-se-ia chegar à conclusão de que a apresentação de depoimentos escritos previamente à fase oral constituiria, ali, o regime-regra. É verdade que se constata, como acima assinalado, uma tendência crescente no sentido da apresentação de depoimentos escritos, mas não pode deixar de se tomar em consideração que a opção quanto ao método de produção da prova por testemunhas – escrito e/ou oral – adequado a cada concreta arbitragem dependerá, em última análise, da complexidade da causa e do número de testemunhas a ouvir. Onde a matéria de facto controversa for restrita e simples e o número de testemunhas a ouvir reduzido, poderá deixar de fazer sentido a “duplicação” de diligências de prova. Nestes casos, a prestação única de testemunho oral poderá revelar-se adequada e suficiente⁹⁴.

⁹² Nem que se compreenderia que fosse de outra forma. Os testemunhos escritos e orais, quando coexistem, não servem para repetir argumentos, mas sobretudo para clarificar, na fase oral, os pontos menos bem explicados ou que suscitaram dúvidas na fase escrita.

⁹³ Evidentemente, nestas decisões pesam muitas vezes considerações de ordem económica: os custos associados à apresentação de uma testemunha perante o tribunal arbitral são muitas vezes elevadíssimos. Eles incluem, em regra, para além das deslocações internacionais e alojamento das mesmas, as despesas relacionadas com a tradução simultânea do depoimento.

⁹⁴ Michael Bühler e Carroll Dorgan, *op cit*, p. 13. Estes autores anotam ainda que a preparação dos depoimentos escritos pode acarretar tempo e custos elevados, mas que muito desse trabalho seria em qualquer caso necessário para preparar a testemunha para a prestação de depoimento oral. *Op cit*, p. 12. Recorde-se que, como dito acima, a preparação dos testemunhos escritos envolve necessariamente comunicações com os advogados da parte que indicam as testemunhas, desde logo para que a testemunha possa saber sobre o que vai depor. As preocupações com custos e tempo valem em particular para as partes

A possibilidade de acolhimento de testemunhos escritos é igualmente consagrada no texto das Regras IBA 1999, o que é revelador, uma vez mais, da codificação, naquele acervo de normas, das mais modernas tendências da arbitragem internacional.

De acordo com o disposto no artigo 4, n.º 4, o tribunal arbitral pode ordenar às partes a submissão, num determinado prazo, de depoimentos escritos das testemunhas. As partes podem ainda apresentar depoimentos escritos revistos ou adicionais, incluindo de pessoas inicialmente não oferecidas como testemunhas⁹⁵, mas apenas com a restrita finalidade de responder a matéria constante dos depoimentos escritos das testemunhas oferecidas pela contraparte que ainda não tenha sido referida na arbitragem (ou seja, para resposta a factos “novos”) (artigo 4, n.º 6)⁹⁶.

O artigo 4, n.º 5 dispõe quanto à estrutura mínima dos depoimentos escritos. Deles deve constar, por exemplo, informação atinente à relação entre a testemunha e a parte, a descrição detalhada dos factos e da razão de ciência quanto a esses factos, a afirmação quanto à verdade do depoimento⁹⁷ e a assinatura da testemunha⁹⁸.

assistidas por advogados de matriz anglo-saxónica, na medida em que é comum serem estes, e não as testemunhas, quem redige os testemunhos escritos com base nas informações prestadas pelas testemunhas.

⁹⁵ A possibilidade de as partes apresentarem depoimentos escritos de novas testemunhas, ainda que limitados à resposta aos depoimentos das testemunhas da contraparte, parece constituir uma válvula de escape em face da rigidez que a obrigação de prévia identificação das testemunhas prevista no artigo 4, n.º 1 das Regras IBA 1999 imprime à prova por testemunhas. Ainda que não existisse esta previsão, o princípio do contraditório permitiria sempre à parte surpreendida com factos novos trazidos ao processo pelas testemunhas da outra parte responder, mas tal não importaria automaticamente a possibilidade de essa resposta ser dada mediante depoimentos de novas testemunhas. Neste aspecto, a previsão das Regras IBA revela-se bastante útil.

⁹⁶ As Regras IBA 1999 permitem grande flexibilidade no que concerne ao processo de submissão dos depoimentos escritos. O tribunal arbitral, dentro dos seus poderes de condução da produção da prova e preferencialmente com a consulta das partes, deverá clarificar, por exemplo, qual o calendário da apresentação dos depoimentos, se essa apresentação terá lugar de forma simultânea ou sucessiva e se será permitida a junção de documentos com os testemunhos escritos. Sobre as vantagens e desvantagens da apresentação simultânea e sucessiva dos depoimentos das testemunhas, *vide* IBA Working Party, *op cit*, p. 28.

⁹⁷ A opção das Regras IBA pela exigência de mera afirmação quanto à verdade do depoimento escrito (em vez de um juramento) é justificada pelo Grupo de Trabalho IBA da seguinte forma: “*The IBA Rules do not require that the statement has to be made under oath. Arbitration practice and legal system differ too much on this point. English arbitrators are said to give little weight to the written testimony of a party’s witness. In many civil law systems, sworn declarations can only be made before the state court authorities, or a “notaire”, which makes sworn affidavits too cumbersome. Consequently, sworn affidavits cannot be the required form for witness statements in transnational arbitration proceedings. The IBA Rules of Evidence simply require the witness to confirm that his or her statement is true to the best of his or her knowledge and belief.*”. Working Party, *op cit*, p. 28. Deve notar-se ainda que o depoimento escrito, salvo acordo das partes noutro sentido, não pode ser valorado autonomamente. O valor dessa prova dependerá do testemunho que vier a ser prestado oralmente e que se inicia com a confirmação quanto à veracidade do conteúdo do depoimento escrito (artigo 8, n.º 3 das Regras IBA 1999).

⁹⁸ Michael Bühler e Carroll Dorgan acrescentam às regras da IBA relativas à estrutura dos depoimentos escritos outros pontos a ter em consideração aquando da respectiva preparação: (a) o texto do depoimento deve assumir a forma de exposição mais adequada à natureza da informação (por exemplo, narrativa ou telegráfica); (b) deve evitar-se depoimentos excessivamente longos e repetições e não reproduzir os pedidos das partes; (c) deve cingir-se aos factos conhecidos pela testemunha, sem fazer especulações; (d) devem identificar-se os documentos que foram disponibilizados à testemunha para a preparação do testemunho e, sempre que a testemunha se refira a documentos arquivados no processo arbitral, fazer constar do

De acordo com as Regras IBA 1999, o depoimento escrito, quando admitido, aparece como antecâmara do depoimento oral, “*excepto se as Partes acordarem de forma diversa*” (artigo 4.º, n.º 7)⁹⁹. Consequentemente, as Regras IBA 1999 contêm, nos artigos 4, n.ºs 8 e 9, e 8, n.º 3 uma série de disposições reguladoras das relações entre os depoimentos escritos e orais. Em princípio, o tribunal arbitral não tomará em consideração o depoimento escrito prestado por testemunha que, sem razão válida ou acordo das partes, falte à audiência perante o tribunal¹⁰⁰. As partes, podem, todavia, acordar que a testemunha que submeteu depoimento escrito não seja apresentada àquela audiência, sem que esse acordo possa ser entendido como uma aceitação do conteúdo do depoimento escrito pela parte contra quem foi produzida¹⁰¹. As partes, mediante acordo, ou o tribunal arbitral podem ainda definir que o depoimento escrito da testemunha seja havido como testemunho directo¹⁰², sujeito apenas, como se disse supra, a contra-interrogatório do advogado da outra parte e a eventuais perguntas do tribunal arbitral.

Os depoimentos escritos são uma figura pouco desconhecida do processo civil português. Eles estão previstos, por exemplo, como prerrogativas de que gozam algumas pessoas no direito processual civil português, nomeadamente membros de órgãos de soberania, oficiais gerais das Forças Armadas, altos dignitários de confissões religiosas, etc. (artigos 625.º, n.º 3, 626.º do CPC). A faculdade de depor por escrito está ainda prevista para as situações em que se verifique impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal, mas está sujeito a autorização do tribunal e a acordo das partes

depoimento os elementos de localização desses documentos, os quais são normalmente fornecidos pelos advogados. *Op cit*, p. 14-15

⁹⁹ (“*Each witness who has submitted a Witness Statement shall appear for testimony at an Evidentiary hearing, unless the Parties agree otherwise*”).

¹⁰⁰ Artigo 4, n.º 8: “*If a witness who has submitted a Witness Statement does not appear without a valid reason for testimony at an Evidentiary Hearing, except by agreement of the parties, the Arbitral Tribunal shall disregard that Witness Statement unless, in exceptional circumstances, the Arbitral Tribunal determines otherwise*”. Nos casos em que não haja acordo das partes no sentido de aceitar-se a valoração desse testemunho escrito, questiona-se se a existência de uma razão válida para a ausência da testemunha à audiência oral pode permitir que o mesmo depoimento seja valorado. Na verdade, haja ou não justificação para a falta da testemunha, estando o advogado da contraparte impedido de a contra-interrogar, não estarão irremediavelmente comprometidos os princípios da igualdade das partes e do contraditório?

¹⁰¹ Artigo 4, n.º 9: “*If the Parties agree that a witness who has submitted a Witness Statement does not need to appear for testimony at an Evidentiary Hearing, such an agreement shall not be considered to reflect an agreement as to the correctness of the content of the Witness Statement*”. Esta disposição é bastante útil, na medida em que potencia o acordo das partes no sentido da dispensa de comparecimento de testemunhas na audiência (sem efeitos processuais), o que tem evidentes repercussões na (maior) eficiência da instância arbitral e no (decrésimo do) custo associado à apresentação das testemunhas em audiência. Por outro lado, ela em nada prejudica o direito das partes de produzirem exactamente a prova que entendem necessária à procedência das suas pretensões. Neste sentido, Bühler, Michael e Dorgan, Carroll, *op cit* p. 16.

¹⁰² Artigo 8, n.º 3: “*... The Parties may agree or the Arbitral Tribunal may order that the Witness Statement ... shall serve as that witness' direct testimony*”.

(artigo 639.º do CPC). A prestação de depoimento escrito é, em qualquer caso, uma exceção na produção de prova testemunhal regulada pelo processo civil português.

V.2.c. Depoimentos orais

Não obstante a crescente afirmação do testemunho escrito na moderna arbitragem internacional, é comumente aceite que qualquer testemunha oferecida pela parte tem de estar disponível para testemunhar oralmente perante o tribunal arbitral. Em poucas palavras, o testemunho oral é entendido como fundamental para a completa compreensão do litígio e o advogado da contraparte, através do “*cross examination*”, é o condutor por excelência desse testemunho¹⁰³.

Uma das incontestáveis vantagens da prestação de depoimento oral é a de permitir ao árbitro avaliar a credibilidade da testemunha e a veracidade do seu testemunho.

A produção da prova por testemunhas perante os árbitros é desenhada a partir das técnicas de interrogatório do sistema anglo-saxónico, as quais ganham, contudo, na arbitragem internacional, contornos mais “suaves”.

Por exemplo, na tradição anglo-saxónica as testemunhas são normalmente inquiridas pela parte que a ofereceu (“*examination*”, sendo o depoimento produzido o “*direct testimony*”), pela contraparte (“*cross examination*”), e novamente pela parte e pela contraparte em segundos interrogatório e contra-interrogatório (“*re-direct*” e “*re-cross*”), sempre através dos respectivos advogados. A audição de cada testemunha chega a prolongar-se por dias ou semanas, o que, sendo compreensível num sistema em que se pretende impressionar o júri ou o juiz, não é harmonizável com a desejada celeridade da arbitragem. A tradição anglo-saxónica pura afigura-se, pois, demasiado onerosa para a prática da arbitragem internacional.

Consequentemente, a arbitragem internacional tem optado de forma crescente por soluções mais ágeis. Nuns casos, o tribunal dispensa o depoimento directo da testemunha, confiando no depoimento escrito previamente submetido e dele partindo para o contra-interrogatório pelo advogado da contraparte e para a inquirição pelo tribunal. Noutros

¹⁰³ Como assinala o IBA Working Party, “*In international commercial arbitration, there will rarely be a case where no witness will be heard. The reasons for this are several. Sometimes, the contemporary written record of the case is not always as complete as it should be. Moreover, documents will often be easier to understand if explained by live testimony, because the fact situation is often complex. There is also a psychological reason: if the arbitral tribunal hears what witnesses have to say, justice will be seen to be done. The parties will have the benefit of participating in a process that will not be entirely abstract and remote as a purely written procedure is. This is important in arbitration, which is a voluntary process*”, *op cit.*, p. 34.

casos, o tribunal admite que as testemunhas façam uma apresentação sumária dos factos narrados nos depoimentos escritos previamente à sujeição à inquirição pela contraparte e pelo tribunal. A supressão do depoimento directo da testemunha tem trazido à arbitragem internacional significativos ganhos de tempo, sem prejudicar o direito das partes à produção da prova.

A inquirição da testemunha é geralmente assegurada no contra-interrogatório pelo advogado da contraparte, na senda da tradição adversarial dos países anglo-saxónicos, mas é também comum, na arbitragem internacional, os árbitros colocarem as suas próprias questões durante ou após a inquirição pelas partes, o que constitui de alguma forma uma cedência à tradição inquisitória de matriz continental europeia¹⁰⁴.

O contra-interrogatório das testemunhas ganhou na arbitragem internacional um campo de actuação mais amplo do que o originariamente permitido nos países anglo-saxónicos. Na tradição anglo-saxónica pura, o contra-interrogatório não poderia ir além dos exactos limites do depoimento directo. Na arbitragem, porém, os árbitros condescendem usualmente em que os advogados conduzam a inquirição da testemunha de forma mais abrangente. Também o estilo oratório quase hostil ali praticado tem vindo a perder terreno. O “*cross examination*” à inglesa” e “à americana” “perdeu” na arbitragem internacional parte da sua dinâmica originária: os contra-interrogatórios incisivos em que a testemunha é frequentemente confrontada com documentos deram lugar a inquirições mais “civilizadas” em que o confronto da testemunha com documentos é muito menor¹⁰⁵.

Uma das questões que se coloca na arbitragem internacional é a de saber se as testemunhas são ajuramentadas. A prática amplamente seguida é de exigir que a testemunha declare apenas que falará a verdade e de que está ciente de que o testemunho falso acarreta consequências penais. Nada mais é exigido. O compromisso assumido perante o tribunal arbitral, não sendo embora um juramento, tem o efeito útil de salientar a

¹⁰⁴ Cf. artigo 20, n.º 5 do Regulamento LCIA; artigo 54 (c) do Regulamento WIPO. O Regulamento ICC nada dispõe a propósito. As Regras de Arbitragem da UNCITRAL, sendo embora omissas quanto a quem conduz a inquirição, dispõem no artigo 25, n.º 4, que “*O tribunal arbitral pode determinar livremente a forma como as testemunhas são inquiridas*” (“*The arbitral tribunal is free to determine the manner in which witnesses are examined*”), dando assim ampla margem para a adopção da prática internacional acima apontada. No mesmo sentido, cf. artigo 25, n.º 4 das Regras Suíças.

¹⁰⁵ Esta constatação estará relacionada, por um lado, com as limitações de tempo para produção da prova que são normalmente definidas na arbitragem internacional, e, por outro lado, com a limitação do método da *discovery* de documentos, que funciona nos sistemas de tradição anglo-saxónica como fonte quase inesgotável de material de prova.

solenidade do momento e recordar à testemunha o seu comprometimento com a verdade¹⁰⁶.

Questiona-se igualmente na arbitragem internacional se uma testemunha que não tenha apresentado depoimento escrito, sendo este exigido, pode ser ouvida perante o tribunal. Na generalidade dos casos, o tribunal arbitral não autoriza a inquirição de novas testemunhas, mas mesmo quando o autoriza, fá-lo de forma a permitir à contraparte prazo suficiente para o exercício do contraditório e a preparação do contra-interrogatório¹⁰⁷.

A produção oral da prova por testemunhas tem assistido, sobretudo na última década, à generalização de práticas destinadas a tornar os procedimentos de prova mais eficientes, designadamente as já apontadas supra. Têm aqui particular relevância as medidas de agilização da audiência, como a de prévia definição do limite de testemunhas e da forma como a inquirição irá decorrer. É cada vez mais vulgar a organização dos factos controversos em grandes questões, o que permite diminuir consideravelmente o tempo das inquirições. É igualmente comum definir-se antecipadamente a estrutura da audiência no que respeita à ordem das inquirições e a forma como as mesmas irão desenvolver-se (apenas interrogatório e contra-interrogatório, ou, como é mais comum, interrogatório e contra-interrogatório seguidos de nova ronda de interrogatório e contra-interrogatório). O tribunal arbitral usualmente socorre-se também dos seus poderes de condução da prova para definir tempos máximos para a produção da prova (tanto quanto possível curtos), o que constitui factor de dissuasão da apresentação de incidentes processuais e da condução do interrogatório por questões periféricas e irrelevantes para a decisão da causa, muitas vezes relacionadas com a credibilidade da testemunha.

Outra questão usualmente colocada a propósito da produção do testemunho é a de saber se as testemunhas podem estar presentes na sala onde decorre a audiência, antes e depois da prestação do seu depoimento. A prática arbitral internacional tem evoluído no sentido de não ser permitida a permanência das testemunhas na sala da audiência antes da produção do seu depoimento, o que tem por intuito não só evitar que a testemunha seja

¹⁰⁶ Peter R. Griffin, *op cit*, p. 28. *Vide* ainda as Notas UNCITRAL, § 64, onde é feita referência às diferenças existentes nesta matéria nos diversos sistemas jurídicos e que estarão na base da opção generalizada pela (mera) declaração de verdade.

¹⁰⁷ Atento o quanto ficou já exposto, bem se compreende que os tribunais arbitrais evitem autorizar a audição de novas testemunhas naquelas condições. Na verdade, a aceitar-se genericamente essa possibilidade, estar-se-ia a abrir a porta à produção de prova-surpresa, o que, na arbitragem internacional, é tido como indesejado ou, pelo menos, é impopular. Para obviar a situações destas, o tribunal e as partes poderão fazer constar das regras reguladoras da produção de prova disposição expressa quanto a esta questão, por exemplo, proibindo-a. Parece-nos, contudo, que a possibilidade de ouvir testemunhas que não apresentaram depoimento escrito pode afigurar-se essencial para a decisão da causa, pelo que se discorda do estabelecimento de prévia proibição dessa audição. Entendemos preferível que o julgador aprecie, na concreta situação, se a importância do novo testemunho justifica, ou não, um “afrouxamento” das regras de produção da prova.

influenciada por testemunho produzido antes dela, como também impedir que a testemunha se prevaleça dos conhecimentos obtidos pela prestação de testemunho anterior.

A presença das testemunhas na audiência pode suscitar maiores dificuldades quando haja testemunhas-partes, na medida em que um dos direitos reconhecidos às partes é o de estarem presentes na audiência. O problema está no facto de a presença da parte que irá depois ser ouvida como testemunha poder ser objecto de impugnação pela contraparte, se não houver acordo quanto à questão. Parece-nos aconselhável, nos casos em que a parte ou os seus representantes sejam ouvidos como testemunhas, que a inquirição dos mesmos seja antecipada para o início da audiência. Reconhecemos, porém, que esta antecipação pode afigurar-se desadequada ao andamento da audiência – por exemplo, no caso em que a parte a ser ouvida seja o demandado, posto que em regra fará mais sentido que a produção da prova do demandante preceda a do demandado –, caso em que parecerá mais prudente que a testemunha-parte se abstenha de estar presente na audiência até à produção do seu testemunho¹⁰⁸.

As Regras IBA 1999 condensam as grandes questões relativas à produção de prova testemunhal em audiência no artigo 8. O poder genérico de controlo da audiência conferido ao tribunal arbitral no seu n.º 1 aparece concretizado no que respeita à organização das inquirições nos n.ºs 2 e 3: por exemplo, o tribunal arbitral pode, a pedido da parte ou *ex officio*, definir uma estrutura da audiência diversa da prevista como modelo no mesmo preceito e onde podem caber inquirições conduzidas por grupos de matérias ou mediante conferência das testemunhas¹⁰⁹ (n.º 2); o tribunal pode questionar as testemunhas em qualquer altura (n.º 2); o tribunal pode decidir (ou as partes podem acordar) que o testemunho escrito valha como depoimento directo (n.º 3).

¹⁰⁸ Esta questão é uma das poucas que não encontra previsão nas Regras IBA 1999 e que poderia ser nela incluída, contribuindo assim para a antevisão e acautelamento das dificuldades procedimentais dali correntemente advenientes. Vide ainda Fouchard, Gaillard e Goldman, *op cit*, p. 700, e Bühler, Michael e Dorgan, Carroll, *op cit*, p. 27.

¹⁰⁹ A inquirição das testemunhas em acto simultâneo – conferência de testemunhas – é uma das modernas técnicas de interrogatório usadas na arbitragem internacional na inquirição das “testemunhas-peritos”. A ideia subjacente é a de confrontar as testemunhas com as questões técnicas controversas, de forma a permitir ao tribunal aperceber-se das contradições de testemunho e da maior ou menor razoabilidade da argumentação usada, com base no que poderá avaliar a credibilidade e valor da prova produzida. Manifestamente, esta técnica de interrogatório pode ser bastante útil para a decisão da causa quando a discordância incida sobre questões de carácter técnico, onde a opinião científica conta, mas revela-se desadequada para a inquirição das testemunhas de facto, onde o que está em causa é somente o que a testemunha viu ou ouviu (a percepção empírica dos factos).

A palavra-chave é *flexibilidade*, tal como a prática da arbitragem internacional aconselha, em particular no preciso âmbito da produção da prova, em que o papel dos árbitros é fundamental¹¹⁰.

Um dos elementos que ressaltam do artigo 8 das Regras IBA 1999 em matéria de produção da prova testemunhal é a importância do contra-interrogatório: sempre que haja inquirição de testemunha, a parte que não a ofereceu poderá questioná-la.

É ainda de notar, no que respeita à prestação do depoimento, a opção das Regras IBA 1999 pela mera declaração de verdade a que a testemunha está sujeita, que constitui o mínimo exigível para conferir alguma solenidade ao momento e que corresponde à orientação seguida na arbitragem internacional perante a coexistência de sistemas de direito diversos.

Portugal, apesar de ser um país de matriz continental, apresenta inúmeras semelhantes, em sede de produção de prova por testemunhas, com os métodos de inquirição adoptados nos sistemas anglo-saxónicos.

O CPC define um número limite de testemunhas a serem ouvidas em geral e um número limite de testemunhas a ser ouvido a cada facto. Os depoimentos das testemunhas são, em regra, produzidos oralmente perante o tribunal. A prestação do depoimento inicia-se com um interrogatório preliminar conduzido pelo tribunal, em que a testemunha deverá identificar-se e informar qual a sua relação com a parte ou partes. Contudo, findo esse interrogatório preliminar, a testemunha é entregue aos advogados. Cabe estes, e não ao tribunal, efectuar os interrogatórios e as instâncias (contra-interrogatórios), podendo o tribunal solicitar à testemunha a prestação de esclarecimentos. A testemunha pode apresentar documentos para corroborar o seu depoimento ou solicitar que lhe sejam mostrados documentos constantes do processo. As inquirições iniciam-se, usualmente, com as testemunhas do autor, seguidas das do réu. As testemunhas não deverão assistir à audiência antes da produção do seu testemunho. Estas regras constam dos artigos 621.º, 633.º, 634.º, 635.º, 638.º.

¹¹⁰ Não obstante, as Regras IBA 1999 propõem uma estrutura-modelo de audiência, que corresponderá à estrutura entendida como “normal” dos processos: há lugar à inquirição das testemunhas do demandante, seguida da inquirição das testemunhas do demandado, podendo haver ainda lugar à apresentação de testemunhas de refutação pelo demandante (artigo 8, n.º 2). A inquirição de cada testemunha é iniciada pela parte que a apresenta (depoimento directo), seguindo-se o contra-interrogatório e nova oportunidade de inquirição pela parte apresentante, ainda que limitada a questões novas suscitadas no contra-interrogatório (artigo 8, n.º 2). No caso de ter sido acordado que o depoimento escrito vale como depoimento directo, a testemunha é logo “oferecida” para contra-interrogatório (artigo 8, n.ºs 2 e 3).

Portugal é, assim, uma terceira via em face dos sistemas legais anglo-saxónicos e continentais: no que respeita à instrução do processo, o processo civil português recebe a influência da sua matriz continental; no que respeita à produção da prova oral, o processo civil português aproxima-se eminentemente da matriz anglo-saxónica. Notamos que este tem sido, justamente, o caminho percorrido pela arbitragem internacional, como acima se assinalou.

VI. CONCLUSÕES

A evolução da prova por testemunhas na arbitragem internacional na última década é o espelho da evolução da prática arbitral internacional como meio de resolução alternativa de litígios no mundo. Do diálogo entre os sistemas de direito anglo-saxónicos e da Europa continental têm resultado métodos híbridos, não fechados e não definitivos. A regra é a *flexibilidade*, orientada para o alcance de soluções mais económicas e eficientes.

As partes podem, pois, na arbitragem internacional, costurar o seu *tailleur* à medida, o que melhor servir os propósitos da arbitragem. Em matéria de prova, é permitido às partes definir quase tudo, salvaguardados que sejam os princípios do processo justo. A preparação e produção da prova são o que as partes delas quiserem fazer.

Na intersecção dos dois sistemas, anglo-saxónico e da Europa continental, a prova testemunhal tem vindo a revelar a assunção de um padrão: a *instrução* (onde se inclui a submissão dos depoimentos escritos) segue essencialmente os métodos adoptados no sistema de direito da Europa continental, enquanto que a *produção de prova perante o tribunal* (depoimentos orais) adopta fundamentalmente as técnicas de interrogatório seguidas no sistema anglo-saxónico.

Os depoimentos escritos surgem na arbitragem internacional, em regra, como antecâmara dos depoimentos perante o tribunal arbitral. As testemunhas devem estar sempre disponíveis para se apresentarem à audiência, o que bem demonstra a força da prova oral: é esta que, no jogo do interrogatório/contra-interrogatório dos advogados, dá “colorido” à história das partes e explica o que não resulta da mera leitura dos documentos. Os depoimentos escritos lêem-se; o testemunho oral vê-se, ouve-se e sente-se. Daí a importância da oralidade, hoje reconhecida até nos países de tradição continental.

Os amplos poderes do tribunal arbitral na condução da audiência têm assumido um papel relevantíssimo na criação de medidas de agilização da produção da prova, que serve de contraponto do direito das partes à produção da prova: ao invés de recusar a produção de prova, os árbitros optam crescentemente por restringir essa fase do processo, definindo regras de gestão da audiência (por exemplo, limite de testemunhas a ouvir, limite de duração para a produção da prova, organização dos factos controversos por grupos de matérias, ordem da prestação dos depoimentos).

Todos estes movimentos foram dando origem, assim, a tendências da arbitragem internacional. As Regras IBA 1999 são o seu reflexo. Elas constituem o acervo de normas mais completo em matéria de produção da prova na arbitragem internacional com vocação para ser adoptado, ou adaptado, no todo ou em parte, pelas partes numa arbitragem. Consequentemente, as Regras IBA são também fonte de inspiração da moderna prática arbitral internacional.

Actualmente, as Regras IBA encontram-se em processo de revisão. Em matéria de prova testemunhal estão em análise, em particular, questões relacionadas com o âmbito permitido dos contactos entre advogados e testemunhas e a eventual utilidade da criação de uma obrigação de revelação do âmbito e natureza desses contactos, que têm ocupado os mais recentes debates da comunidade arbitral. O tema é interessante e pode revelar-se útil, até, para futuras considerações quanto à abordagem dessa questão em Portugal.

E Portugal, que lugar poderá ganhar no *ranking* da arbitragem internacional? Estamos cientes de que o interesse por Portugal como sede de arbitragens internacionais dependerá de inúmeros factores. O oferecimento de uma lei de arbitragem flexível e moderna, conhecedora da diversidade de soluções noutros países será um dos primeiros passos, já que a Lei de 1986 há muito não responde às necessidades actuais. Mas entendemos que o trabalho que se impõe é mais profundo. É preciso saber “vender” Portugal lá fora, com o que de melhor ele tem. Como pudemos constatar, a prática processual civil portuguesa em matéria de prova está muito aquém das potencialidades que o regime legal proporciona. Anotou-se igualmente que as soluções do processo civil português em matéria relativa à prova por testemunhas são, em grande medida, um meio caminho entre os sistemas anglo-saxónicos e continental. Temos um tribunal judicial com amplos poderes de conformação da instância, mas temos também uma prova por testemunhas sujeita a inquirições orais conduzidas pelos advogados. É preciso dar a conhecer Portugal como uma *terceira via* na dicotomia daqueles sistemas, porquanto é essa *terceira via* o caminho que a arbitragem internacional tem traçado até aos dias de hoje.

BIBLIOGRAFIA

- BARROCAS, Manuel Pereira, “Contribuição para a Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Lisboa, Janeiro 2007
- BÜHLER, Michael e Dorgan, Carroll, “Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration, Novel or Tested Standards?”, in *Journal of International Arbitration* 17(1): 3-30, 2000, Kluwer Law International
- CRAIG, W. Laurence, Park, William W. e Paulsson, Jan, Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules (with commentary), Oceana Publications, Inc., 1998
- CRAIG, W. Laurence, Park, William W. e Paulsson, Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana Publications Inc., 3rd Edition, 1998
- Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration – 1993-1996, anotada por Dominique Hascher, 2.^a edição, 1998
- FOUCHARD, Gaillard e Goldman, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999
- FREITAS, José Lebre de, Machado, A. Montalvão e Pinto, Rui, Código de Processo Civil – Anotado, Volume 2.º, Coimbra Editora
- GOUVEIA, Mariana França, Resolução Alternativa de Litígios – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do seu ensino teórico e prático, policopiado, Junho de 2008
- GRIFFIN, Peter R., “Recent Trends in the Conduct of International Arbitration – Discovery Procedures and Witnesses Hearings, in *Journal of International Arbitration*, 2000, Kluwer Law International

IBA Working Party, “Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration”, 2000

LEW, Julian D M, “International commercial arbitration: Harmonizing cultural differences”, in *Dispute Resolution Journal*, Agosto de 1999, disponível em <http://findarticles.com>

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, “Advogados e testemunhas: pode o advogado falar com as testemunhas antes do julgamento?”, in *Revista O Advogado*, n.º 11, Junho de 2001

PINHEIRO, Luís Lima, Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem, Almedina, 2005

POUDRET, Jean François e Besson, Sébastien, Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant Bruxelles, LGDJ, Schulthess, Genève 2000

RONEY, David P., “Effective Witness Preparation for International Commercial Arbitration: A Practical Guide for Counsel”, in *Journal of International Arbitration* 20(5): 429-435, 2003, Kluwer Law International

RUBINSTEIN, Javier H., “International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions”, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5.1 (2004)