

V CONGRESSO INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM
(V INTERNATIONAL CONGRESS ON ARBITRATION)

São Paulo, Brasil

28 a 30 de setembro, 2005

(Sept. 28 to Sept. 30, 2005)

“Obtendo Documentos em Arbitragem: Qual é a sua Estratégia:”

(“Obtaining Documents in an Arbitration: What’s Your Strategy?”)

Por

Larry W. Thomas, J.D., Ph.D.
Law Offices
Thomas & Associates
Washington, D.C.

www.lwthomas.com
www.lawyers.com/lwthomas

E-mail: lwthomas@cox.net

© Setembro de 2005

© September, 2005

Traduzido por:
multilinguae1@yahoo.com

Introdução

Quer em um tribunal de justiça ou em uma arbitragem, os advogados que representam as partes nas ações devem tomar um cuidado todo especial quanto aos documentos envolvidos.¹ A publicação compulsória (“discovery”) em arbitragem é normalmente limitada a requisições para a disponibilização de documentos (“production of documents”).² Por diversas razões, uma das partes pode exigir certos documentos a serem utilizados na arbitragem, ou preferir que outros fiquem fora do caso. É importante estabelecer um limite entre o pedido de documentos solicitados pelas partes com o objetivo de equilibrar outros fatores, como: rapidez, eficiência ou sigilo de arbitragem. Na realidade, as partes podem já ter concordado com a arbitragem no intuito de limitar as divulgações.³

Quer em uma ação judicial, quer em uma arbitragem, as partes não podem estar em igualdade de condições, ou possuir paridade com relação aos documentos. Por exemplo: um lado pode estar estrategicamente fortalecido devido à posse de determinados documentos, ou pelo menos saber sua identidade e localização. Isto pode ser crítico no resultado final do caso. Se “todos os documentos essenciais estiverem nas mãos de uma das partes ou de uma terceira parte não-litigante”, o emprego do direito da publicação compulsória acabará sendo o único recurso de conceder a outra parte uma chance de ganhar.⁴

Publicação Compulsória nos Tribunais dos Estados Unidos comparada à Arbitragem

Em termos gerais, no que diz respeito a ações judiciais nos Estados Unidos, tanto o tribunal federal como os estaduais possuem uma amplo conjunto de normas sobre

publicação compulsória, em contraste às práticas de arbitragem.⁵ Documentos e outras evidências podem ser obtidos num processo conhecido como publicação compulsória de pré-julgamento. Sob as normas do tribunal, pode-se requerer de uma das partes a apresentação de certos documentos para possível cópia e inspeção da parte contrária.⁶ Por exemplo, nos tribunais federais, sob as Normas Federais de Processo Civil (“Federal Rules of Civil Procedure”), “as partes podem obter a publicação compulsória referente a qualquer assunto, sem que isto corresponda um privilégio à qualquer uma das partes, vinculadas à reclamação ou defesa de qualquer uma das partes, incluindo-se...documentos.” Além disso, “informações relevantes ao processo não precisam ser aceitáveis no julgamento se a publicação compulsória possuir uma aparência razoavelmente calculada, conduzindo-a a uma evidência admissível”.⁷ Outras pessoas não envolvidas diretamente na ação (“terceiros”) podem ser obrigadas a depor e apresentar documentos.⁸ Os tribunais são autorizados a impor sanções às partes ou a terceiros caso estes não cooperem ou cumpram as suas ordens referentes à publicação compulsória.⁹ Evidentemente, Normas Federais de Processo Civil, não são aplicáveis a arbitragens nos Estados Unidos, a menos que as partes estejam de acordo.¹⁰

É comum se dizer que a “publicação compulsória” está disponível à maioria das arbitragens internacionais, quer por acordo voluntário, por ordem judicial ou por ordem do tribunal nacional,¹¹ mas “a revelação em arbitragem internacional é significativamente mais limitada” do que em litígio nos Estados Unidos.¹² Todavia, o acordo entre as partes, as normas arbitrárias aplicáveis em arbitragem, o *background* do árbitro ou mediador, o emprego da discricção, como também a lei e a localização da arbitragem,¹³ e possivelmente outros fatores, é que vão determinar se os documentos, que

a parte queira que sejam disponibilizados ou não, serão de fato apresentados durante a arbitragem.

O Acordo entre as Partes

Em primeiro lugar, dizemos comumente que tempo é tudo. Por isso, a menos que as partes incluam uma cláusula no contrato ou um acordo em separado na arbitragem, ou tenham abordado o assunto de documentos no estágio inicial da arbitragem em seus respectivos contratos, as partes estarão menos capacitadas a prever o quão extenso ou mínimo os documentos ficarão disponibilizados durante o decorrer da arbitragem. Além disso, após o início da arbitragem, é bem provável que seja mais difícil alcançar um acordo sobre a disponibilização de documentos pelas partes envolvidas. Deste modo, dependendo das circunstâncias, o tempo para se considerar o assunto e importância dos documentos poderá ocorrer no momento em que as partes estiverem durante a negociação do contrato, o qual assumimos conter uma cláusula de arbitragem. Pelo menos sob as leis dos Estados Unidos: “as partes são livres para concordar sobre o litígio e a forma apropriada da publicação compulsória,” em seus respectivos acordos.¹⁴

Uma opção para as partes seria a de incluir uma cláusula nos seus contratos que fosse explícita e substantiva em seu direito contratual, de forma a especificar ou categorizar os documentos.¹⁵ Em outras palavras, é importante incluir um direito contratual para documentos e ter o dever de disponibilizar estes documentos durante o evento da arbitragem. Pode ser prudente também definir no contrato, o significado real para o termo “documentos”. O contrato poderia até mesmo incluir amplos direitos contratuais para todos os documentos, independente do vínculo, conexão com o contrato ou assuntos em disputa. Obviamente, a redação de tais direitos contratuais é muito

importante, visto que esta linguagem poderá ser eventualmente interpretada por um tribunal de justiça arbitral ou, como vamos discutir mais adiante, por um tribunal nacional.

Textos sobre arbitragem também enfatizam a importância em conferir cláusulas no acordo, entre as partes, com relação a documentos, por exemplo:

*Naturalmente, as partes podem concordar com a arbitragem, nos Termos de Referência, ou em qualquer outra parte, disponibilizar ou redigir documentos para análise e cópia da parte contrária... Nesse sentido, quando uma das partes deixar de cumprir o que foi acordado, a autoridade do árbitro será consideravelmente reforçada para que o seu cumprimento seja respeitado.*¹⁶

Se uma cláusula ou disponibilização de documentos aparecer no contrato, então os árbitros irão apenas requerer das partes o que foi estipulado por eles.

Além disso, o contrato deve estipular nos seus aspectos substantivos o direito de acesso aos documentos, até mesmo a inclusão de alguns direitos processuais com o objetivo de reforçar claramente o direito aos documentos. Por exemplo: o acordo poderia especificar que tanto uma das partes como o tribunal arbitral será autorizado a recorrer a tribunais nacionais, quando houver a necessidade, de forma a obrigá-los a respeitar as obrigações contratuais (e qualquer outro de tribunal arbitral) na apresentação de documentos ou qualquer outra forma de evidência.¹⁷ A cláusula contratual que “envolve ambas as partes a suprir documentos relevantes e testemunhar as ações arbitrais... é particularmente útil em contextos internacionais, onde noções estrangeiras de publicação compulsória podem diferir...”¹⁸

As obrigações contratuais voltadas à disponibilização de documentos servem para incentivar a cooperação entre as partes, remover a incerteza sobre se, ou até que ponto, as partes possuem um determinado dever e se existem métodos que conduzam as partes a

um entendimento mútuo. Sem direitos substantivos e processuais no contrato, a parte pode achar-se em uma desvantagem estratégica e ter que ir adiante sem estar de posse dos documentos, que ela acredita serem necessários para o sucesso de uma única ou mais causas ou defesas.

Normas Aplicáveis à Arbitragem

Por existirem várias normas institucionais, e outras leis que possam ser designadas pelas partes de maneira a governar a arbitragem, nenhuma tentativa será feita aqui para comparar tais normas, já que tal procedimento, via de regra, deve ser feito antes de se designar a arbitragem. Todavia, normas arbitrais não precisam necessariamente mencionar a questão da publicação compulsória dos documentos.¹⁹ Um texto ao discutir a arbitragem da ICC (*Câmara de Comércio Internacional*) observa que a autoridade de árbitros em exigir a disponibilização de documentos, que estão nas mãos de uma das partes ou sob seu controle, é “*implícito ... sob Artigo 20(1) das Normas da ICC que estabelecem os fatos ‘através de todos os meios apropriados.’*”²⁰ O tratado afirma que o Artigo 20(5) (o qual atesta que “a qualquer momento durante a ação, o Tribunal Arbitral pode convocar uma das partes para apresentar evidência adicional”) “também responde ao crescente número de pedidos para a publicação compulsória pelos usuários de arbitragem da ICC...”²¹ Mesmo assim, as cláusulas, “não significam que a parte tenha um *direito* à publicação compulsória de documentos ou outras medidas correlacionadas”²² “O tribunal arbitral, através da discricção, pode requerer a publicação compulsória e usá-la como bem desejar,”²³ mas quando os árbitros expedem mandados para a disponibilização de documentos, estes “são geralmente limitados em seu conteúdo...”²⁴

Mandados de Publicação Compulsória pelo Tribunal Arbitral

Mesmo quando os árbitros possuem o poder de expedir um mandado para uma publicação compulsória essencial, eles preferem evitá-lo.²⁵ Em qualquer caso, os árbitros não possuem “autoridade direta para sancionar desobediência” com respeito a seus mandados de publicação compulsória e, “em geral...não expedem mandado de publicação compulsória nem buscam assistência judicial para sancionar divergências.”²⁶ É importante repetir que para que exista uma maneira de reforçar a concordância, se mostra fundamental que as partes incluam esta questão em seus respectivos contratos. De fato, uma cláusula no contrato pode auxiliar as partes a obterem um mandado de um tribunal arbitral, e possivelmente ajudá-las dali para frente a conseguirem o mesmo de um tribunal nacional, na disponibilização de documentos ou outras evidências relevantes ao caso.

Apesar disso, podem ocorrer circunstâncias em que seja apropriado redigir uma cláusula contratual, de forma que nenhuma das partes, a pedido da outra, disponibilizará documentos ou testemunhas relevantes aos aspectos principais dos temas contratuais envolvidos. Diante de tal linguagem contratual, recusar-se a aceitá-la não somente seria considerado como um desacato à autoridade do árbitro, mas também uma violação do contrato pré-estabelecido entre as partes [empreendimento contratual específico].²⁷

Normas de Evidência da Ordem Internacional dos Advogados

As partes também podem estipular em seus respectivos contratos que além das normas a serem aplicadas na arbitragem, as Normas da Associação Internacional dos Advogados “*Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*” (“IBA Normas de Evidência”) serão também prescritas.²⁸

O Artigo 3 das normas da IBA encaminha de forma específica os procedimentos relativos aos documentos envolvidos na arbitragem. As Normas’ “cláusulas normativas necessárias à solicitação de documentos requeridos são muito mais limitadas do que

aquelas encontradas em procedimentos judiciais em jurisdições de leis comuns.”²⁹ Entretanto, como o preâmbulo às Normas de Evidência, a IBA afirma: “elas são designadas como suplemento às cláusulas legais, as normas institucionais ou as normas *ad hoc*, de acordo com a qual as Partes estarão conduzindo a sua respectiva arbitragem.”³⁰ Um texto de arbitragem afirma que “redatores bem informados podem mesmo considerar as referências encontradas nas [Normas de Evidência da IBA] em cláusulas de arbitragem ... com o objetivo de alcançar um maior grau de previsibilidade.”³¹ Além disso, seria prudente incorporar as Normas de Evidência da IBA como referência no contrato das partes do que assumir que todas as partes mais tarde concordem com a aplicação destas Normas. Contudo, antes de incorporar as Normas de Evidência da IBA, seria também prudente revisar as outras cláusulas que constem nas Normas, como forma de assegurar sua aceitação.³²

Mesmo se o contrato tiver uma cláusula para a disponibilização de documentos, ou se o contrato incorporar as Normas de Evidência da IBA, ainda assim uma das partes poderá encontrar problemas na obtenção de documentos.³³ “As partes devem ter consciência das limitações práticas do poder de seus árbitros no que se refere a solicitar a disponibilização de documentos, ou outras evidências....”³⁴ Além do mais, “no que diz respeito às partes, o árbitro não possui poder real de implemento, e assim, podendo mesmo o mandado do árbitro ser desobedecido, ou pelo menos obedecido com desinteresse, sem receio de sanções. O poder do árbitro em ‘extrair inferências adversas’ de não-produção possui substanciais limitações.”³⁵

*Medidas Interinas para Preservar Documentos ou Outras Evidências
Antes da Formação do Tribunal Arbitral*

Em alguns casos, as partes podem ficar intranquílias a respeito da perda em potencial ou desaparecimento das evidências antes do tribunal arbitral ser constituído. Contudo, as normas arbitrais ou suplementares podem para isso fornecer medidas interinas e conservadoras pendentes à organização do painel, ou sobre a transmissão dos autos aos respectivos árbitros.³⁶ Caso não fosse fornecido, mediante às normas arbitrais aplicáveis,³⁷ o contrato poderia deferir que as partes recorrem à corte nacional em busca de medidas interinas e conservadoras, de forma a preservar as evidências antes ou enquanto a arbitragem estiver pendente. Assim, uma das partes, que esteja particularmente intranquilha a respeito do desaparecimento de evidências, pode querer verificar se as normas, que estão sendo aplicáveis a arbitragem, fornecem um mecanismo adequado para preservar as evidências antes que o painel de arbitragem esteja em posição de atuação, ou incluir uma cláusula no contrato que autorize às partes a recorrer ao tribunal nacional através de mandado de preservação de evidências.

Assistência Judicial no Local de Realização da Arbitragem

Como foi dito anteriormente, o contrato entre as partes poderia estipular que o tribunal arbitral, ou uma das partes, pode prescrever ao tribunal nacional como reforço ao mandado de produção de evidência expedido pelos árbitros. Talvez seja impossível prever onde o tribunal ou tribunais estariam localizados e onde o tribunal arbitral ou as partes teriam que buscar assistência para obrigar a disponibilização de documentos. Assumindo-se que a lei local de arbitragem permite aos tribunais reforçar os mandados do painel arbitral, para a disponibilização de documentos, torna-se importante assim que

as partes elaborem uma cláusula no contrato, fazendo menção a que os tribunais possam ser utilizados no auxílio de superar qualquer relutância do tribunal nacional.

Quanto ao poder do árbitro em relação à intimação de documentos, “o poder de intimação pode somente derivar de lei nacional.”³⁸ Onde os árbitros ficarem relutantes em seguirem além de seus próprios poderes e normas institucionais, “haverá a possibilidade... para uma das partes apresentar ações complementares que possam apoiar a arbitragem diante do tribunal na publicação compulsória de uma das partes, ou para uma das partes ou para o tribunal em si ser assistido judicialmente com o intuito de obter evidência de uma terceira parte.”³⁹

Árbitros, contudo, podem expedir um mandado equivalente a uma intimação ou intimar a disponibilização de evidência para a arbitragem. “Onde quer que o tribunal arbitral venha a expedir uma intimação ou um mandado, com o intuito de disponibilizar evidências à audiência da arbitragem, este poderá ser convocado para assegurar a conformidade das cláusulas legislativas estaduais ou federais.”⁴⁰

Sob algumas leis nacionais, é possível para o tribunal arbitral, ou para qualquer uma das partes vinculadas à arbitragem, buscar assistência judicial no sentido de coagir à obtenção de publicação compulsória.... Os Estados Unidos são particularmente liberais em permitir a assistência judicial a pedidos de publicação compulsória pelos árbitros.... Tal publicação expedida por mandado judicial pode ... dependendo da lei nacional, ser obtida por uma das partes ou (menos frequentemente) por testemunha não-vinculada às partes.⁴¹

A escolha do local apropriado à arbitragem está sujeita a um número de fatores; contudo, o local da arbitragem pode causar um impacto considerável na habilidade das partes em obter documentos ou outras evidências.⁴² Assim, “é preferível selecionar um fórum cujos tribunais, apesar de não interferirem nas ações arbitrais, darão assistência às

respectivas ações caso isso seja necessário. Exemplos de assistência judicial mais comuns podem incluir publicação compulsória expedida pelo tribunal...”⁴³

Assistência Judicial nos Estados Unidos

Em se tratando de assistência em um tribunal nos Estados Unidos, e sob o Ato Federal de Arbitragem (“FAA”),⁴⁴ assim como as leis de cada estado,⁴⁵ “árbitros têm o poder de expedir intimações e mandados de disponibilização de documentos.”⁴⁶ Embora os árbitros possam estar incapazes de impor sanções para a não-concordância com seus mandados, por sua vez, qualquer tribunal nos Estados Unidos pode fazê-lo caso uma das partes não obedeça a uma ordem judicial, reforçando a intimação emitida pelo árbitro.⁴⁷

A Seção 7 do FAA descreve em parte que “os árbitros selecionados ou prescritos sob este título, *ou de qualquer outra forma* ou em sua maioria, *podem intimar* por escrito *qualquer pessoa* a comparecer diante deles, ou a qualquer um deles, como testemunha e, num caso apropriado, *trazer* com ela ou elas qualquer *livro, registro, documento* ou *papel* que possa ser considerado material que sirva de evidência no caso.”⁴⁸ A Seção 7 continua e afirma como as “intimações serão emitidas” e que isto “servirá da mesma forma como intimação...” Além disso, a lei é clara sobre o que ocorre quando uma pessoa não atende a uma intimação.

Se qualquer pessoa ou pessoas, intimadas a testemunhar, recusarem-se ou negligenciarem a obedecer as ditas intimações, através de petição o tribunal distrital dos Estados Unidos da região, onde tais árbitros ou a maioria deles estão domiciliados, poderá obrigar a presença de tal pessoa ou pessoas diante do dito árbitro ou árbitros, ou punir tal pessoa ou pessoas por desacato da mesma maneira prevista por lei, assegurando assim a presença da testemunha ou sua punição, quer por negligência ou recusa em atender a um tribunal dos Estados Unidos.⁴⁹

Há casos em que os árbitros recorrem ao § 7 do FAA. No começo do caso, *Complaint of Koala Shipping & Trading Inc.*,⁵⁰ o painel de arbitragem havia sugerido que

as partes buscassem o mandado da publicação compulsória e uma *intimação duces tecum* que as partes deveriam apresentar no requerimento ao tribunal federal. Porém, o tribunal federal distrital afirmou que § 7 “autoriza os árbitros a intimar indivíduos e a exigir a presença de documentos” e que “no futuro o painel deveria exercer os seus poderes.”⁵¹ O tribunal de justiça procedeu a revisar a aplicação sem enviá-la ao painel e ordenou a parte, que se opôs a intimação, a trazer o seu presidente e agente responsável para depor, “e trazer com eles” certos registros e documentos identificados pela tribunal.⁵² Em um caso anterior, um tribunal distrital federal exigiu que uma das partes concordasse com “uma intimação” [*subpoena duces tecum*] emitida pelos árbitros conduzindo [o acusado na arbitragem] a disponibilizar certos registros que mostrassem os lucros recebidos pela [parte] da [parte] que alegou uso indevido de remessa durante o período, quando o acusador estava de posse do alvará.”⁵³

Quando documentos são exigidos por pessoas não relacionadas as partes (terceiros) para a arbitragem, dá a entender que o árbitro deve exigir os documentos e a custódia dos mesmos para atestar. Costuma-se interpretar a seção 7 no sentido de que os árbitros devem convocar “terceiros” a comparecer “pessoalmente diante deles e entregarem os documentos no ato.”⁵⁴ Assim, se o painel arbitral quiser que terceiros apresentem documentos, então o painel precisará intimá-los a se apresentarem diante deles e obrigá-los a “estar de posse dos documentos.”⁵⁵

Quando se tratar de pedir a presença de terceiros para disponibilizar documentos de uma forma semelhante ao depoimento em pré-audiência, aparentemente essa abordagem não é permitida conforme consta o § 7 do FAA. De acordo com a afirmação do tribunal federal distrital em *Odfjell ASA v. Celanese AG*,⁵⁶ sob § 7 os árbitros têm “o

poder de intimar terceiros a comparecer ‘diante deles ... como testemunha’ e também de requerer a disponibilização de certos documentos conforme relatados acima.” Porém o tribunal determinou que o § 7 não havia autorizado os árbitros o poder de obrigar a um depoimento em uma *pré-audiência* e tão pouco uma *pré-audiência* para disponibilizar documentos de terceiros. O tribunal afirmou que uma arbitragem, foi “particularmente inapropriada ao submeter terceiros que nunca concordaram em participar de forma alguma em uma arbitragem, pelo fato de ser enfadonha a publicação compulsória em pré-audiência.”⁵⁷ Porém, há casos onde os tribunais obrigaram a uma pré-audiência para a disponibilização de documentos por parte de terceiros.⁵⁸

Outra alternativa de impor ordens da arbitragem, na disponibilização de documentos, é a de utilizar o Uniform Arbitration Act (“UAA”) aprovada por cerca de 35 estados e outros 14 adotando uma legislação semelhante. De acordo com a Seção 7 de 1955 do "UAA", os árbitros podem deferir intimações para a presença de testemunhas, disponibilização de documentos, assim como outros pontos relevantes ao caso. Nesse sentido, qualquer uma das partes ou árbitros poderiam requerer ao tribunal apropriado a execução da intimação. A seção 7 encontra-se em processo de expansão e agora aparece como § 17 no 2000 UAA , no qual os árbitros possuem ampla discricão.⁵⁹ Já sob § 17 (a), qualquer uma das partes ou árbitros podem requerer ao tribunal apropriado a execução da intimação prescrita pelos árbitros, ou para intimar uma pessoa ou entidade a disponibilizar documentos. Em suma, nos Estados Unidos existem meios legais para auxiliar os árbitros e as partes na obtenção de documentos e outras evidências relevantes à arbitragem.

Conclusão

Como foi dito, se uma das partes estiver intranquã por se sentir incapaz de obter documentos relevantes à arbitragem, e assim considerar-se estrategicamente em desvantagem, o momento ideal para abordar este tema será quando do início da abordagem das cláusulas de arbitragem, durante o contrato entre as partes. Obrigações contratuais para disponibilizar a escolha das regras arbitrais, a incorporação das Normas de Evidências da IBA, e escolha cuidadosa do local de reunião para a arbitragem, onde tribunais nacionais são autorizados a fornecer assistência, são considerações importantes. A correta estratégia em obter documentos necessários pode capacitar uma das partes a conseguir documentos importantes e por esses meios ganhar paridade em relação ao seu oponente, pelo menos no que diz respeito a litígio de documentos.

Notas Finais

¹ Gary Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2ª edição(2001), daqui em diante referido como “Born, *International Commercial Arbitration - Commentary*,” p. 469.

² Gary Born, *International Commercial Arbitration in the United States* (1994), daqui em diante referido como “Born, *International Commercial Arbitration*,” p. 82.

³ Jack J. Coe, *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Context* (1997), p. 834, daqui em diante referido como “Coe.” *Veja também*, W. Laurence Craig, William W. Park, and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª edição, § 8.09, p. 118, daqui em diante referido como “Craig, Park and Paulsson.”

⁴ Coe, *supra* note 3, p. 21.

⁵ *Id.*

⁶ Fed. R. Civ. Proc., Norma 34.

⁷ Fed. R. Civ. Proc., Norma 26(b)(1).

⁸ Fed. R. Civ. Proc., Norma 45.

⁹ Fed. R. Civ. Proc., Norma 37.

-
- ¹⁰ Born, *International Commercial Arbitration - Commentary*, *supra* note 1, pp. 492, 496.
- ¹¹ Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 2, p. 82.
- ¹² Born, *International Commercial Arbitration - Commentary*, *supra* note 1, p. 485, n. 3(b).
- ¹³ *Id.*, p. 469.
- ¹⁴ Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 2, p. 82.
- ¹⁵ *Veja discussão com exemplos em* Born, *International Commercial Arbitration - Commentary*, p. 475, n. 11; *ver também, id.*, p. 493, n. 6(b).
- ¹⁶ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, p. 451 (ênfase fornecida).
- ¹⁷ As partes também podem, se assim o desejarem, estipular que o tribunal arbitral confira os custos referentes a obtenção de determinados documentos que deveriam ser apresentados pela parte contrária.
- ¹⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 2, p. 82, n. 197.
- ¹⁹ Born, *International Commercial Arbitration - Commentary*, *supra* note 1, p. 470.
- ²⁰ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, p. 449 (ênfase fornecida).
- ²¹ *Id.*, § 26.01, p. 450.
- ²² *Id.*
- ²³ *Id.*
- ²⁴ *Id.*
- ²⁵ Born, *International Commercial Arbitration - Commentary*, *supra* note 1, p. 477; Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 2, p. 83.
- ²⁶ Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 2, p. 84. *Veja também*, Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 26.01, p. 450.
- ²⁷ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 8.09, p. 118 (ênfase fornecida).
- ²⁸ *Veja* Born, *International Commercial Arbitration - Commentary*, p. 484-85, n. 1; Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 2, p. 83.
- ²⁹ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 26.01, p. 453.
- ³⁰ IBA Rules of Evidence, Preamble, ¶ 1.
- ³¹ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 8.09, p. 118.

³² As Regras de Evidência da IBA – *Associação Internacional dos Advogados* possuem cláusulas sobre testemunhas (Artigo 4), peritos designados pela parte (Artigo 5), peritos designados pelo tribunal (Artigo 6), inspeção local (Artigo 7), e audiência baseada em evidência (Artigo 8).

³³ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 26.01, p. 456. Sobre discussões de arbitragem da ICC, os autores notam que o poder dos árbitros é limitado em relação a sua habilidade em obrigar terceiros a disponibilizar documentos em arbitragem, porque “em primeiro lugar, as Normas da ICC não fornecem nenhuma autoridade ao árbitro em expedir um mandado de disponibilização envolvendo terceiros. Tal requisição, qualquer que seja, seria necessariamente baseada na cláusula estatutária da lei nacional e sua execução iria requerer a intervenção de um tribunal de Estado, podendo assim mesmo o recurso ser limitado.” *Id.*

³⁴ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 26.01, p. 456.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Veja, e.g., International Chamber of Commerce Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure.* Segue o Artigo 1.1 o Juiz “tem o poder de expedir certos mandados prioritários ao tribunal arbitral ou ao tribunal nacional competente para lidar com o caso” antes que o tribunal seja capaz de agir. O Juiz tem o poder de “expedir quaisquer medidas necessárias para preservar ou estabelecer evidências.” *Veja, id.,* Artigo 2.1(d).

³⁷ *Veja, e.g., International Chamber of Commerce Rules of Arbitration,* Artigo 23(2).

³⁸ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 25.01, p. 435; Born, *International Commercial Arbitration,* *supra* note 2, p. 82.

³⁹ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 27.05, pp. 486-487.

⁴⁰ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 27.05, p. 488; *veja também,* M. Domke, *Commercial Arbitration* (1994).

⁴¹ Born, *International Commercial Arbitration,* *supra* note 2, p. 84; *veja também, id.,* pp. 826-33.

⁴² Born, *International Commercial Arbitration - Commentary,* *supra* note 1, pp. 412, 486, n. 3(e).

⁴³ Born, *International Commercial Arbitration,* *supra* note 2, p. 73.

⁴⁴ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 1, *et seq.*

⁴⁵ Born, *International Commercial Arbitration - Commentary,* *supra* note 1, p. 494, n. 10.

⁴⁶ Craig, Park and Paulsson, *supra* note 3, § 26.01, p. 452; *veja* Born, *International Commercial Arbitration - Commentary,* *supra* note 1, p. 494, n. 10.

⁴⁷ Alguns dos autores aqui citados também mencionam a cláusula da lei federal, 28 U.S.C. § 1782(a) (deferindo, *inter alia,* que “o tribunal distrital do distrito no qual o indivíduo reside ou é encontrado pode obrigá-lo a prestar testemunho ou declaração, ou disponibilizar um documento ou outra coisa, que possa ser utilizada em ação em um tribunal estrangeiro ou internacional, incluindo investigações criminais conduzidas antes de uma acusação formal...”.) *Veja* Born,

International Commercial Arbitration - Commentary, supra note 1, p. 496. Embora existam alguns casos que permitam o uso do § 1782(a), para obter documentos ou outras evidências a favor da arbitragem, parece que os tribunais geralmente disfavorecem o uso do § 1782(a) em arbitragem privada. *Veja NBC v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184 (2ª Cir. 1999); *Republic of Kazakhstan v. Biedermann International*, 168 F.3d 880 (5ª Cir. 1999); *Application of Medway Power, Ltd.*, 985 F. Supp. 402 (S.D.N.Y. 1997). Contudo, em um único caso onde o tribunal permitiu o uso do § 1782(a), o uso da publicação compulsória foi negado porque o candidato não obteve primeiramente uma decisão dos árbitros em consonância com a lei estrangeira aplicável. *Application of Technostroyexport*, 853 F. Supp. 695 (S.D.N.Y. 1994).

⁴⁸ 9 U.S.C. § 7 (ênfase fornecida); *veja Born, International Commercial Arbitration - Commentary*, supra note 1, p. 494, n. 11.

⁴⁹ 9 U.S.C. § 7.

⁵⁰ 587 F. Supp. 140 (S.D.N.Y. 1984).

⁵¹ *Koala*, 587 F. Supp. at 142-43.

⁵² *Id.* at 143-44.

⁵³ *Commercial Metals Company v. International Union Marine Corporation*, 318 F. Supp. 1334 (S.D.N.Y. 1970).

⁵⁴ *Hay Group, Inc. v. E.B.S Acquisition Corp.*, 360 F.3d 404 (3ª Cir. 2004).

⁵⁵ *Hay Group, Inc.*, 360 F.3d at 411.

⁵⁶ 328 F. Supp.2d 505, 507 (S.D.N.Y. 2004).

⁵⁷ 328 F. Supp.2d at 507. Existem casos onde os tribunais obrigaram terceiros a disponibilizar documento em uma pré-audiência. *Veja Security Life Insurance Company*, 228 F. 3d 865, 870-71 (8th Cir. 2000) (“Implícito no poder do painel de arbitragem para exigir a disponibilização de documentos relevantes”, é o poder de intimar a disponibilização “prioritária para a audiência”); *Meadows Indem. Co., Ltd. v. Nutmeg Ins. Co.*, 157 F.R.D. 42, 44-45 (M.D. Tenn. 1994).

⁵⁸ *Veja Security Life Insurance Company*, 228 F. 3d 865 (8ª Cir. 2000) and *Meadows Indem. Co., Ltd. v. Nutmeg Ins. Co.*, 157 F.R.D. 42, 44-45 (M.D. Tenn. 1994).

⁵⁹ *Veja UAA*, § 17, Comment, pp. 38-39.