

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO**

MURILO DINIZ DA SILVA MATOS

**O *REDFERN SCHEDULE* SOB A PERSPECTIVA DAS *COMMON* E *CIVIL LAW*:
EM BUSCA DA PADRONIZAÇÃO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL**

**SÃO PAULO – SP
2020**

MURILO DINIZ DA SILVA MATOS

O *REDFERN SCHEDULE* SOB A PERSPECTIVA DAS *COMMON E CIVIL LAW*:
EM BUSCA DA PADRONIZAÇÃO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Tavela Luís

SÃO PAULO – SP

2020

MURILO DINIZ DA SILVA MATOS

O REDFERN SCHEDULE SOB A PERSPECTIVA DAS COMMON E CIVIL LAW:
EM BUSCA DA PADRONIZAÇÃO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

Ao Piêtro e à Maria Elisa, que sirva de exemplo
e inspiração.

Inúmeras são as vontades e paixões, mas poucas
são as oportunidades.

Não sigam os padrões, mas criem os seus.
Sonhem e sejam criativos!

AGRADECIMENTOS

À Elisângela (minha mãe), pela confiança, delicadeza, dor, inspiração, garra, resiliência, segurança e sensibilidade, pelo amor e conforto, pelos esforços e valores. Com ela, eu aprendi que a família é o que temos de mais importante e melhor nessa vida, que não devemos abandoná-la, mas a cultivar. Eu aprendi que devemos agradecer os nossos privilégios e lutar pela nossa felicidade, pois essa não pode ser comprada. Obrigado por dispor do seu tempo para me ensinar, criar, dar conselhos e, principalmente, me ouvir.

Ao Diniz (meu pai), pela confiança, força, oportunidade, preocupação, pressão, rigidez, sutileza, pelo amor, foco, humor, pelos desafios e sonhos. Com ele, eu viajava e caía na estrada para conhecer lugares novos. Eu aprendi alguns mantras como “sonhar alto e sonhar baixo dá o mesmo trabalho” e “conhecimento nunca é demais”. Eu aprendi que a vida é inesperada e devemos focar no lado positivo das situações, evitando desgaste emocional. Eu aprendi que, infelizmente, o mundo é cheio de preconceitos, mas eu vim para desconstruí-lo.

À Ilza (minha vó), pelo apoio, quando buscava uma fonte de sabedoria e esperança, e por estar do meu lado sempre que precisava.

Às minhas tias e aos meus tios, por serem excepcionais e me fazerem entender o significado de união de família. Aos meus primos, por serem meus irmãos e por crescerem junto comigo em momentos bons e ruins.

À Caroline, Ana Luiza e ao Silas, por serem verdadeiramente os meus melhores amigos e por me acompanharem meu desenvolvimento até os dias de hoje. Acredito que, de todas as amigadas, essa é fiel, honesta e pura. Cada um com seu jeito, suas qualidades e seus defeitos, que formam um laço de amizade muito forte e saudável.

Aos meus amigos de Belém e de São Paulo, da Alemanha e da Costa Rica, que me ensinaram constantemente a criar e desenvolver um pensamento crítico de hermenêutica, política, economia, sociologia, meio ambiente, sustentabilidade e (des)igualdades. Com eles, eu pude e posso ser quem eu sou – nu e cru, me aceitar, ter confiança em mim mesmo e, agora, consigo empoderar outras pessoas.

À Maria Amélia, Maria Isabel, Marina e ao Jean, pela compreensão, generosidade, oportunidade e paciência, pelo ensinamento contínuo e por exigir a minha excelência no trabalho. Atualmente, é difícil encontrar, no ambiente de trabalho, pessoas dispostas a parar seus compromissos para ensinar quem está começando, mas posso dizer que sou parte do grupo especial, aquele que foi orientado, mentorado e estruturado para sair da universidade e entrar no mercado de trabalho preparado, graças a essa equipe e todo o time do WZ Advogados.

Ao Gustavo Kulesza e Pedro Martini, por terem disponibilizado parte de seus horários para explanar, difundir e compartilhar comigo o conhecimento jurídico teórico e prático que, de certa forma, contribuiu positivamente durante a construção e desenvolvimento da argumentação deste trabalho.

Ao ilustríssimo professor Dr. Daniel Tavela Luís, pelo qual tenho enorme orgulho, inspiração e respeito, por viabilizar com grande maestria a elaboração deste trabalho acadêmico com exigência máxima de pesquisa e crítica. Desejo-lhe maiores sucessos e grandes conquistas, que você sirva de exemplo aqueles voltados à educação e espero lhe encontrar em outras oportunidades.

Por fim, mas não menos importante, ao Max. Um jovem chileno de vinte e cinco anos, sonhador e romantizador, bondoso e honesto, verdadeiro e simples. Por quem me apaixonei pela primeira vez, senti carinho, confiança, esperança e segurança. Com ele, eu aprendi a amar, expressar minhas ideias, arriscar, errar, não desistir e lutar, construir laços, valorizar família e amigos, e viajar. Que o mundo lhe dê felicidades e vitórias nos seus próximos desafios, que as pessoas continuem enxergando tudo isso que eu vejo em você. Obrigado por me encorajar, me ajudar e ter vivido comigo os melhores e piores momentos durante a faculdade.

“Que planeta engraçado! pensou então. É todo seco, pontudo e salgado.
E os homens não têm imaginação. Repetem o que a gente diz...
No meu planeta eu tinha uma flor: e era sempre ela que falava primeiro.”

(“O Pequeno Príncipe”, de Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

Esta pesquisa analisará o instrumento do *Redfern Schedule*, utilizado nas arbitragens internacionais, com o objetivo de identificar se este instrumento estabelece uma ponte entre os sistemas de *common* e *civil law*. Além disso, serão verificadas questões subsidiárias desse instrumento quanto ao tempo e custo na produção de provas, ao eventual abuso de poder das partes, à gestão dos documentos produzidos e aos critérios de materialidade e relevância das provas requeridas. A partir disso, foram consultadas a legislação brasileira e norte-americana, doutrina nacional e internacional, jurisprudência comentada, os regulamentos das instituições arbitrais e, em especial, as fontes de *soft law* da arbitragem, como as diretrizes, resoluções, regras, protocolos, práticas, reportes e costumes. Ao final, conclui-se que o *Redfern Schedule* nunca objetivou estabelecer uma ponte entre os sistemas de *common* e *civil law*, pois consiste simplesmente numa tabela com quatro colunas, que servem para a organização dos pedidos de produção de documentos entre as partes, que pode ser utilizado em qualquer procedimento, seja judicial ou arbitral, brasileiro ou americano. Destaca-se ainda que a escolha e aplicação desse instrumento na arbitragem internacional poderá prejudicar as partes envolvidas se fizerem o uso incorreto e inadequado, gerando tempo e custo excessivo ao procedimento, abuso de poder entre elas e má gestão de documentos produzidos. Diante disso, sugere-se o acréscimo de mais uma coluna ao *Redfern Schedule* à parte solicitada, como parte das objeções, para informar o custo e o tempo para produção do documento solicitado.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem Internacional. Civil Law. Common Law. Redfern Schedule.

ABSTRACT

This research will analyze the Redfern Schedule instrument, used in international arbitrations, to identify if it establishes a bridge between the common and civil law systems. In addition, the subsidiary questions will be verified regarding time and cost of the production of evidence, possible abuse of power of the parties, management of the documents produced and requirements of materiality and relevance for requesting evidence. Based on that, it will consult the Brazilian and American legislation, national and international doctrine, commented jurisprudence, institutions rules of arbitration and, in particular, the soft law instruments of arbitration, such as guidelines, resolutions, rules, protocols, practices, reports and customs. In the end, it concludes that the Redfern Schedule never aimed to establish a bridge between the common and civil law systems, as it consists simply on a four-column table, which serves for organizing and requesting the production of documents between the parties, which could be used in any procedure, whether judicial or arbitral, Brazilian or American. It is also noteworthy that its choice and application in international arbitration may damage the parties involved by incorrect and inappropriate use, causing excessive time and cost to the procedure, abuse of power between them and mismanagement of documents produced. In view of this, it suggests the addition of one extra column to the Redfern Schedule to the requested party, as part of the objections, to inform the time and cost to produce the requested documents.

KEY WORDS: International Arbitration. Civil Law. Common Law. Redfern Schedule.

LISTA DE ABREVIATURA

ADR	Alternative Dispute Resolution
Convenção de Nova Iorque	Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de junho de 1958
CPC	Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015
Discovery	Pre-trial Discovery
ESI	Eletronic Stored Information, em português, Informações Armazenadas Eletronicamente
EUA	Estados Unidos da América
Fed. R. Civ. P.	Federal Rules of Civil Procedure
IBA	International Bar Association, em português, Associação Internacional de Advogados
ICC	International Chamber of Commerce, em português, Câmara de Comércio Internacional
ICDR	International Centre for Dispute Resolution, em português, Centro Internacional para a Resolução de Disputas
LCIA	The London Court of International Arbitration, em português, Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres
Lei Modelo	Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, com alterações de 2006
TCC	Technology and Construction Court
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
VIAC	Vienna International Arbitral Centre, em português, Centro Arbitral Internacional de Viena

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PROCEDIMENTO JUDICIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO BRASIL	14
2.1	PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA	17
2.2	EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA	19
3	PROCEDIMENTO JUDICIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS NOS EUA	21
4	PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	27
4.1	REGULAMENTOS DAS INSTITUIÇÕES ARBITRAIS SOBRE PRODUÇÃO DE PROVAS	34
4.2	REGRAS DA IBA SOBRE PRODUÇÃO DE PROVAS	37
5	<i>REDFERN SCHEDULE</i>	44
5.1	CRIAÇÃO, CONCEITO E FORMA DE UTILIZAÇÃO	44
5.2	TEMPO, CUSTO, PODER DAS PARTES E GESTÃO DOS DOCUMENTOS	48
5.3	RELEVÂNCIA E MATERIALIDADE	50
6	ANÁLISE CRÍTICA DO <i>REDFERN SCHEDULE</i>	53
7	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61
	APÊNDICE A – Modelo de cronograma da arbitragem internacional	67
	ANEXO A – <i>Redfern Schedule</i>	68

1 INTRODUÇÃO

Os meios adequados de solução de controvérsias, em inglês, *alternative dispute resolution* (“ADR”), são procedimentos de natureza consensual que funcionam como alternativa ao tribunal estatal e envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial sobre uma questão contratual, familiar, patrimonial, indenizatória, consumerista, ambiental, trabalhista, entre outras.¹

Nesta pesquisa, trataremos da arbitragem, considerada como um mecanismo privado de resolução alternativa de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.² De outro modo, a arbitragem é um procedimento, no qual as partes, consensualmente, submetem um litígio a um ou mais tomadores de decisão não-estatal, sendo esses selecionados pelas ou para as partes, que preferirão uma laudo arbitral com força executiva, resolvendo o cerne da questão em concordância com procedimentos neutros e adjudicatórios, dando às partes a oportunidade de apresentar as devidas argumentações.³

No procedimento arbitral, o princípio da autonomia da vontade das partes representa a liberdade das partes em decidirem como a disputa será resolvida e, nesse âmbito, as partes podem estabelecer as suas próprias regras ou escolherem regras pré-existentes aplicáveis à disputa, como os regulamentos das arbitragens institucionais e diretrizes da International Bar Association (“IBA”). Todavia, as partes raramente estabelecem um conjunto completo de regras processuais para o caso em concreto, assim, optam por aplicar leis processuais civis e arbitrais de um país de sistema jurídico de *common* ou *civil law*, onde possivelmente o laudo arbitral será reconhecido e executado.

Nos Estados Unidos, de tradição jurídica *common law*, há uma fase da ação judicial chamada de *pre-trial discovery* (“discovery”), onde as partes são autorizadas a compartilhar e descobrir provas do caso, sejam elas obtidas por depoimentos orais ou escritos de testemunhas, interrogatórios, requerimentos de produção, requerimentos de confissão e/ou exame físico e mental. A partir disso, entende-se que as partes teriam a possibilidade de mudar a estratégia do caso e negociar um acordo ou seguir com o julgamento perante o tribunal.

¹ FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, pp. 107-128, 2003. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1184#quotation>. Acesso em: 11 out. 2019.

² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

³ BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2015. pp. 1-44.

Enquanto isso, no Brasil, de tradição jurídica *civil law*, as ações judiciais começam com fundamentos fáticos e jurídicos, bem como as provas constitutivas do direito que são conhecidos pelo Requerente no ato de interposição da ação. Na perspectiva de Jan Paulsson⁴, no sistema *civil law*, a prova – ou evidência – é produzida, mas não descoberta, e a testemunha arrolada está lá para confirmar, mas não relevar.

Com base nisso, no *common law*, pode-se afirmar que os praticantes estão habituados a requerer, analisar e ter conhecimento das provas que sustentarão suas alegações do caso durante a fase de *discovery*. Por outro lado, no *civil law*, a prática de requisição de provas acontece de forma extraordinária, com leis próprias e específicas, ou seja, não há habitualidade quanto ao requerimento das provas pelos praticantes.

A respeito disso, os praticantes desses sistemas jurídicos que atuam na arbitragem internacional se deparam com um consenso de que a produção de documentos deve ser limitada para evitar *fishing expeditions* das partes, assim, as partes podem utilizar um instrumento chamado *Redfern Schedule*, com o intuito de limitar a troca de documentos às alegações que realmente importam para a resolução do caso, evitando-se, portanto, o abuso de poder no procedimento.

Inicialmente chamado de *Scott Schedule*, o *Redfern Schedule* foi redesenhado por Alan Redfern e consiste, resumidamente, numa tabela com quatro colunas, na qual uma parte insere o documento que deseja produzir, as justificativas para sua produção, a outra parte pode apresentar objeções à produção do documento solicitado e, por fim, o tribunal arbitral decide se o documento deverá ou não ser produzido. Por meio dele, as partes e o tribunal organizam os pedidos de produção de provas documentais na fase de produção de provas na arbitragem.

Ocorre que os praticantes de origem *common law* estão habituados com uma fase de requerimento e produção de provas entre si, enquanto os praticantes de *civil law* atuam nessas situações de forma excepcional e extraordinária, podendo levar ao uso inadequado e não estratégico do instrumento. Em consequência disso, as partes podem incorrer em tempo e custos excessivo do procedimento, má gestão dos documentos produzidos, dentre outros.

Diante da síntese apresentada e partindo do princípio de paridade de armas, esta pesquisa irá estudar o instrumento *Redfern Schedule*, com o objetivo de identificar se o modelo atual estabelece uma ponte entre os sistemas de *common* e *civil law*, partindo do pressuposto que as

⁴ PAULSSON, Jan. Overview of Methods of Presenting Evidence in Different Legal Systems. In: VAN DEN BERG, Albert Jan. *ICCA Congress Series n° 7, Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable in International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1996. p. 116.

partes, os advogados e árbitros concordaram com a aplicação desse instrumento no procedimento arbitral internacional.

Como todo guia prático, normas e resoluções, este instrumento deve refletir na capacidade de uso e aplicabilidade em qualquer arbitragem e não deve privilegiar nenhuma das partes, caso contrário, não pode ser considerado adequado.

Além disso, esta pesquisa abordará os problemas relevantes decorrentes do uso do *Redfern Schedule* e buscará sugestões para: (i) tempo e custo excessivo da produção de provas; (ii) abuso de poder das partes; (iii) gestão dos documentos produzidos; e, (iv) materialidade e relevância das provas. Dessa forma, as partes, sejam do *common* ou *civil law*, conseguirão conduzir a fase de produção de provas na arbitragem com mais agilidade e praticidade.

Esta pesquisa será realizada com base na doutrina nacional e internacional de livros e artigos, leis dos Estados Unidos e Brasil, decisões comentadas e precedentes arbitrais, casos paradigmáticos e fontes de *soft laws* da arbitragem, como as diretrizes, regras, protocolos, práticas e costumes, regulamentos de câmaras de comércio e associações internacionais, para servir de ênfase e fundamentação dos argumentos da pesquisa.

Por fim, cabe notar que, ao longo do tempo, o *Redfern Schedule* recebeu críticas com relação ao seu uso e foram criadas outras regras procedimentais para a fase de produção de provas na arbitragem. Entretanto, no Brasil, poucos autores se debruçaram sobre o tema na perspectiva do sistema *civil law*, o que torna, portanto, o presente estudo essencial para a doutrina e academia brasileira, pois permite que o praticante da arbitragem consiga traçar a melhor estratégia para o procedimento, verificando a implementação ou não desse instrumento na fase de produção de provas.

2 PROCEDIMENTO JUDICIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO BRASIL

O Brasil adotou o sistema jurídico de origem romano-germânica conhecido como *civil law* e consagrou nos procedimentos judiciais a aplicação dos princípios do contraditório, do livre convencimento motivado e do ônus da prova. Além disso, foi sancionado o Código de Processo Civil (“CPC”) por meio da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015⁵, em que definiu a tramitação dos procedimentos judiciais cíveis e as formas comuns e específicas de produção de provas, ora objeto desta pesquisa.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, o termo

[...] “prova” é palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir acerca da existência, a extensão e as consequências dos fatos que lhe são narrados desde a petição inicial e que dão substrato à incidência de normas jurídicas. (grifos nossos)⁶

Antes da prova, o procedimento judicial brasileiro assegura o direito ao contraditório que, segundo Marcelo Bonício:

[...] é a garantia de participação das partes no processo, aí incluída a possibilidade de influir – legitimamente – no convencimento do juiz, o que reforça a estrutura marcadamente dialética do processo e a convicção de que, quanto mais diálogo houver, melhor será o resultado da tutela jurisdicional pleiteada. (grifos nossos)⁷

Assim, as partes têm o direito de manifestação e defesa sobre as questões fáticas e jurídicas, bem como, de produção das provas no processo, de modo que consigam expor sua argumentação em prol de formar o convencimento do juiz para o julgamento do caso.

Em relação às provas, para Humberto Theodoro, “Toda prova há de ter um *objeto*, uma *finalidade*, um *destinatário*, e deverá ser obtida mediante *meios e métodos* determinados.”⁸ Nessa perspectiva, temos que o objeto é o conjunto dos fatos alegados pelas partes, a finalidade

⁵ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 09 abr. 2020.

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 206.

⁷ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 76-77.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 487.

é o convencimento acerca da veracidade dos fatos, o destinatário é o juiz do processo e as provas são obtidas conforme os meios admitidos nos artigos 369 ao 484 do CPC.

Cabe destacar que o juiz é a figura principal e norteadora do processo, pois os argumentos e provas terão a finalidade de lhe convencer para julgar o caso. A partir disso, o juiz tem de avaliar a necessidade da produção das provas no processo além daquelas já produzidas, sendo que ele não está restrito aos pedidos das partes, visto que poderá determinar *ex officio* a produção das provas que entender pertinente para a resolução do litígio.⁹

Esse conjunto de regras consolida o princípio do livre convencimento motivado que pode ser explicado como

[...] esse poder que o juiz possui, de julgar segundo seu livre convencimento, faz nascer também um autêntico dever para ele, que é o de sempre motivar adequadamente a sua decisão, justificando o valor atribuído a cada prova, de forma a não deixar dúvidas a respeito dos motivos escolhidos por ele a esse respeito, principalmente para que as partes possam entender – e controlar, através de recursos – o valor atribuído às provas no processo. (grifos nossos)¹⁰

Em respaldo à função investigativa,

Cabe ao magistrado, destarte, determinar de ofício a produção da prova nas hipóteses em que as partes ou eventuais terceiros não o façam voluntariamente e, de maneira mais ampla, quando entender que as provas já produzidas são insuficientes para a formação da sua convicção.¹¹

Dessa forma, o juiz direciona a produção das provas para as alegações dos fatos, com o intuito de facilitar o seu convencimento para o julgamento do mérito.

Acerca das provas, vale mencionar que, em regra, o ônus incumbe ao Requerente, quando alegar fato constitutivo do seu direito, ou ao Requerido, quando alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme determina o artigo 373, inciso I, do CPC.

No entanto, de acordo com Daniel Neves,

Consagra-se legislativamente a ideia de que deve ter o ônus da prova a parte que apresentar maior facilidade em produzir a prova e se livrar do encargo.

⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil* – Introdução ao direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 274.

¹⁰ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil* – procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 209.

Como essa maior facilidade dependerá do caso concreto, cabe ao juiz fazer a análise e determinar qual o ônus de cada parte no processo.¹²

Ou seja, diante da impossibilidade ou dificuldade de produção ou, ainda, da facilidade de obtenção da prova, o juiz poderá adotar a distribuição dinâmica do ônus probatório e atribuir à parte que dispõe de maior destreza para produzir a determinada prova, que, segundo Tucci, “A avaliação a ser feita pelo juiz, entre a excessiva dificuldade da obtenção da prova por uma das partes e a facilidade de acesso ou de produção da prova pela outra, pode muito bem recair sobre um único fato.”¹³

Diante dessas questões sobre prova, cumpre mencionar que um documento é todo registro capaz de representar e transmitir a ocorrência de um fato, derivado de um ato humano, externalizado de forma física ou eletrônica como, por exemplo: instrumentos escritos de manifestação de vontade ou conhecimento, CDs e DVDs, *pen drives* e HDs externos, fotografias, *e-mails*, mensagens trocadas em redes sociais e aplicativos de *smartphones*, dentre outros. Dessa forma, o documento não fica restrito à forma escrita e não está vinculado às pessoas, mas aos atos praticados por elas no cotidiano e externalizados de alguma forma.

De acordo com Fredie Didier Júnior, “O documento é a *fonte da prova*; é de onde se pode extrair a informação acerca do fato ou do ato nele representado. A prova documental é o veículo por meio do qual essa fonte vai ser levada ao processo para análise judicial; é a ponte entre o fato e a mente do juiz.”¹⁴

Todavia, o documento ainda pode ser confuso e incompreensível quando simplesmente apresentado no processo, visto que, por uma questão temporal, a leitura e a extração das informações acabam não se tornando uma facilidade, mas uma dificuldade ao juiz. Nesses casos, a prova documental pode não influenciar tanto na formação da convicção, o que, para as partes, pode parecer desleixo ou incapacidade técnica do juiz ao analisar o caso.

Em regra, o documento deve transmitir segurança e estabilidade acerca dos fatos alegados no processo, o que garante credibilidade na informação e gera confiança do juiz ao julgar o processo, uma vez que “[...] o documento é mais fiel do que a memória do homem e

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 273.

¹³ TUCCI, José Rogério Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 318-368*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 305.

¹⁴ DIDIDER JR., Fredie. *Curso de Direito de Processo Civil – Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm 2015. p. 181.

mais seguro que um conjunto de indícios ou testemunhos, quando é completo, claro, exato e autêntico ou há certeza da sua legitimidade.”¹⁵

Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni afirma que

[...] a prova documental é aquela que, em razão da sua estabilidade, pode, para assim dizer, perpetuar a história dos fatos e as cláusulas dos contratos celebrados pelas partes, e é por isso que, conquanto não se possa conferir a este gênero de prova força d’uma certeza filosófica, as legislações de todos os países são uniformes em dar-lhe inteiro crédito, enquanto pelos meios legais não for demonstrada a falsidade dos documentos autênticos.¹⁶

No sistema brasileiro, para os documentos públicos e particulares serem admitidos como prova documental, deve-se seguir as regras de eficácia probatória dos artigos 405 ao 429 do CPC, senão, poderá ser arguida a falsidade ou falta de autenticidade do documento. De acordo com Humberto Theodoro, “[...] o documento, quando autêntico, é prova que goza de enorme prestígio, pela grande força de convencimento que encerra.”¹⁷

Feitos tais esclarecimentos, na prática, **o procedimento judicial é instaurado quando o Requerente expõe por escrito as questões fáticas e jurídicas do caso ao juízo competente, bem como as provas que demonstram a veracidade dos fatos alegados.**¹⁸

Desse modo, o Requerente tem conhecimento das provas que constituem seu direito e, excepcionalmente, o juiz poderá ordenar a produção de determinadas provas para a formação do seu convencimento para o julgamento do caso.

Por essa razão, além desta forma ordinária, as provas ainda podem ser produzidas da seguinte forma: (i) produção antecipada da prova, prevista nos artigos 381 a 383 do CPC; e (ii) exibição de documento ou coisa, prevista nos artigos 396 a 404 do CPC.

2.1 PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

De acordo com Humberto Theodoro, a produção antecipada da prova se mostra cabível quando

¹⁵ DIDIDER JR., Fredie. *Curso de Direito de Processo Civil – Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm 2015. p. 184.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 242.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 992.

¹⁸ Art. 434, CPC. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.

[...] a parte não tem condições de aguardar o momento processual reservado à coleta dos elementos de convicção necessários à instrução da causa pendente ou por ajuizar. Dado esse motivo, o Requerente busca proteger a prova que constitui o seu direito sem, nesse momento, antecipar o julgamento do mérito.¹⁹

Prevista nos artigos 381 a 383 do CPC, a produção antecipada da prova consiste na possibilidade do Requerente ter acesso às provas nas situações em que: (i) haja fundado receio da prova tornar-se impossível ou a verificação dos fatos torna-se muito difícil; (ii) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; e (iii) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Na primeira hipótese, o Requerente poderá requerer a produção antecipada diante do receio de que a produção da prova se torne impossível ou muito difícil, caso o procedimento não tenha iniciado ou a fase instrutória ainda demore para acontecer. Nesse caso, o deferimento dessa medida pelo juiz requer ainda a comprovação pelo Requerente do perigo de impossibilidade de produção da prova no momento processual oportuno.

Em relação a segunda hipótese, o Requerente tem a possibilidade de obter as provas para se submeter aos meios de resolução alternativa de litígios e, segundo Daniel Neves,

[...] a ação meramente probatória teria importante papel na otimização das conciliações, considerando-se que, diante de uma definição da situação fática, os sujeitos envolvidos no conflito teriam maiores condições de chegar a uma autocomposição. A indefinição fática muitas vezes impede a realização de uma conciliação porque leva uma das partes a crer que tenha direitos que na realidade não tem.²⁰

Já na terceira hipótese, pode-se extrair que o CPC tentou incorporar o modelo americano de *discovery*, pois as partes têm a possibilidade de conhecer os fatos e as provas antes da instauração de qualquer procedimento e sem a necessidade de demonstração de urgência, o que contribui para a realização de acordo entre as partes e evita julgamento inesperado ao Requerente, principalmente quando este não tem prova constitutiva do seu direito.

O objeto desse procedimento abrange: (a) prova oral, por meio de interrogatórios às partes ou inquirição de testemunhas; (b) prova pericial, por meio de exames técnicos de

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 957.

²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 284.

engenharia, medicina, psiquiatria, agricultura, contabilidade e outras; e (c) qualquer outro meio de prova admitido pelo CPC.

Nas hipóteses acima, o Requerente tem uma mera expectativa de direito e a produção antecipada das provas contribui para a estratégia do caso de continuar a perquirir o direito, seja pela via judicial ou alternativa, ou desistir do litígio. Da mesma forma, Cesar Cury afirma que esse procedimento possibilita o “[...] intercâmbio prévio de dados e informações, de modo a permitir às partes uma melhor avaliação de suas posições e interesses.”²¹

A partir disso, pode-se afirmar que o procedimento tem caráter satisfativo, preventivo e ágil, visto que não há discussão dos fatos e do mérito pelas partes e não há valoração da prova pelo juiz. Nesse ponto, cumpre notar que a prova não terá, necessariamente, o juiz como destinatário, mas, nesse caso, as partes que se valem do direito à prova para conhecer, confirmar ou proteger o seu direito antes da demanda litigiosa.

2.2 EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

Instituída pelos artigos 396 ao 404 do CPC, a exibição de documento ou coisa é um pedido feito, antes ou no curso do processo, ao juiz para que a prova, em posse da parte contrária ou de terceiros, seja exibida e contribua para o julgamento do processo. Para isso, a parte deve expor: (i) a individualização do documento ou da coisa; (ii) a finalidade da prova, indicando os fatos e a relação com o documento ou com a coisa; e (iii) as razões que comprovem a existência e a posse do documento ou da coisa pela parte contrária.

De acordo com Humberto Theodoro, esse procedimento serve como

[...] quebra do sistema normal de distinção do ônus da prova. Estando em situação em que a lei a considera obrigatória, o litigante não tem a liberdade de se recusar ao fornecimento do meio de prova reclamado pelo adversário. Se resistir ao comando do juiz, suportará a sanção legal de ter presumido como verdadeiro o fato que o adversário pretendia comprovar por meio da exibição.²²

Assim, se a parte contrária não exhibir o documento ou a coisa sem nenhuma declaração ou recusar-se ilegitimamente, presume-se os fatos como verdadeiros. Nas circunstâncias de

²¹ CURY, Cesar Felipe. *Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista FONAMEC, 2017. v. 1. p. 122.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 982.

recusa, o juiz pode até adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para a exibição do documento.

Nessa perspectiva, há um processo judicial já instaurado, no qual o Requerente tem conhecimento de um documento ou uma coisa que fundamenta seu pedido e complementa as alegações de fato, porém não tem a posse dessa prova e, por meio do procedimento de exibição, fará jus ao seu direito de requerer que a parte contrária faça a exibição, pois, na realidade, a parte contrária tem a posse da prova.

Na hipótese da prova estar na posse de terceiros, inicia-se um processo judicial próprio e contará com possíveis debates, audiências e discussões acerca disso, pois não há presunção da posse do documento ou da coisa pelo terceiro, bem como não há presunção de veracidade acerca dos fatos alegados, já que o terceiro não é parte legítima do processo principal. Nos casos de recusa de exibição, o juiz ordenará a apreensão do documento ou da coisa e, se necessário, contará com a força policial.

Numa questão comparativa, a exibição de documento ou coisa visa trazer ao processo judicial a prova que está em posse da parte contrária ou de terceiros para comprovar um fato alegado. Já na produção antecipada da prova, conforme descrito anteriormente, busca-se conhecer e proteger a prova constitutiva do direito antes do próprio procedimento judicial, ou seja, não há discussão de direito e valoração das provas pelo juiz, visto que o processo é autônomo e satisfativo, já que se busca somente a produção das provas requeridas.

3 PROCEDIMENTO JUDICIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS NOS EUA

Os Estados Unidos da América (“EUA”) adotaram o sistema jurídico de origem inglesa conhecido como *common law* e consagrou nos procedimentos judiciais a aplicação de precedentes,²³ que são princípios ou regras formados nas decisões judiciais de casos anteriores (*caselaw*) que vinculam os casos subsequentes, com o objetivo de manter a estabilidade e continuidade do sistema, garantir a proteção das partes e a segurança das relações jurídicas.²⁴

Na perspectiva doutrinária,²⁵ após os julgamentos dos processos judiciais, os juízes publicam suas decisões e os autores são encorajados a observarem os casos julgados, identificar a aplicação total ou parcial do precedente e extrair regras a partir do entendimento do juiz. Enquanto isso, no *civil law*, os princípios gerais estão incorporados nos códigos e leis nacionais, sendo que a doutrina contribui para a interpretação e guia de aplicação nos casos concretos.

Na perspectiva jurisprudencial,²⁶ segundo a doutrina inglesa chamada de “*stare decisis*”,²⁷ o julgamento dos casos futuros devem ser iguais ao dos casos anteriores e os tribunais inferiores são obrigados a seguir as decisões dos tribunais superiores que, nesse ponto, causa divergência acerca da aplicação do direito entre os tribunais de cada estado. Nas decisões judiciais, encontra-se uma longa exposição dos fatos para comparar e/ou diferenciar dos fatos dos casos anteriores e, por fim, será aplicada ou criada uma decisão com as regras jurídicas relevantes do caso. Enquanto no *civil law*, as decisões são mais formais, curtas e separadas em fatos, razões e dispositivo.

Na perspectiva legislativa,²⁸ as regras e regulamentos específicos complementam o caso específico, sendo que podem ser encontradas com definições de termos, condições de aplicação e exceções, resultando em regras precisas e somente podem ser interpretadas de acordo com o caso concreto. Outrora no *civil law*, as leis são a principal fonte do direito carregadas de princípios, códigos gerais e complementares, e, nas situações de leis ambíguas, deve-se descobrir a vontade do legislador na criação daquelas leis.

Nesse cenário, as fontes de direito são organizadas da seguinte forma: (i) Constituição Federal dos EUA de 1789; (ii) estatutos e tratados federais; (iii) precedentes federais; (iv)

²³ BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN: Thomson-West, 2006. pp. 39-40.

²⁴ DAINOW, Joseph. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*. *The American Journal of Comparative Law*. v. 15. pp. 425-426.

²⁵ TETLEY, William. *Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*. *La. L. Rev*, v. 60, n. 3, 2000. p. 701.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 702.

²⁷ BURNHAM, op. cit., p. 41.

²⁸ TETLEY, op. cit., pp. 703-705.

constituição dos estados; (v) estatutos federais; e (vi) estatutos e precedentes estaduais,²⁹ de acordo com o artigo 6º, §2 da Constituição dos EUA chamado de cláusula de supremacia (*supremacy clause*)³⁰.

Partindo disso, de acordo com o *Federal Rules of Civil Procedure* (“Fed. R. Civ. P.”)³¹, o procedimento civil americano é dividido em 4 (quatro) fases, sendo elas: (i) *pleadings*; (ii) *pretrial*; (iii) *trial*; e (iv) *judgment*. Dentro da fase de *pleadings*,³² temos: (a) *complaint*, que consiste na petição inicial do Requerente informando ao tribunal e ao Requerido as razões e os pedidos da ação judicial; (b) *answer*, que consiste na contestação do Requerido demonstrando as razões de defesa e impugnações; (c) *counterclaim*, que consiste na reconvenção do Requerido; (d) *crossclaim*, que consiste na reivindicação cruzada ao corréu ou co-autor; (e) *third-party complaint*, que consiste no pedido de denúncia da lide ou chamamento ao processo de terceiros pelo Requerido; e, (f) *motion*, que consiste numa petição simples com objetivo de obter uma decisão ou ordem para alguma das partes.

Normalmente, a fase de *pleading* termina na *answer* do Requerido e, após, inicia-se a fase de *pretrial* composta por: (a) *conferences (meet and confer)*, que consiste em reuniões dos advogados das partes com o juiz com o propósito de expedir a *scheduling order*,³³ onde fica estabelecido o cronograma com prazos e procedimentos a serem cumpridos pelas partes antes da fase de *trial*, bem como servem gerenciar o procedimento, decidir sobre um pedido de produção de provas, entre outras. Nessas reuniões, os advogados e o juiz poderão concordar sobre qualquer assunto que podem ser antecipadas antes do *trial*.³⁴

Em seguida, (b) *disclosure*,³⁵ que consiste na especificação de pessoas, documentos, apresentação de cálculo de danos e apólice de seguro para satisfazer os possíveis danos; e (c) *discovery*, que consiste na investigação de informações e descoberta de qualquer prova relevante às alegações das partes e proporcional à necessidade do caso, considerando a importância dos assuntos principais, o montante da controvérsia, o acesso das partes às

²⁹ BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN: Thomson-West, 2006. p. 41.

³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição (1789)]. *Constitution of the United States of 1789*.

Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a6. Acesso em: 17 maio 2020.

³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure of 2019*. U.S. Government Publishing Office. Washington: 2020. Disponível em:

https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf. Acesso em: 17 maio 2020.

³² Fed. R. Civ. P. 7(a)(b) e 10(a)(b)(c).

³³ Fed. R. Civ. P. 16(b)(1) a (4).

³⁴ Fed. R. Civ. P. 16(c)(2)(A) a (P).

³⁵ Fed. R. Civ. P. 26(a)(1) a (4).

informações, os recursos, a importância da *discovery* na resolução da questão, e se o ônus e a despesa do *discovery* superam o possível benefício.³⁶

Antes da expedição da *scheduling order*, as partes devem debater acerca das razões e impugnações da ação, considerando as possibilidades de acordo ou resolução do caso, organizar a etapa de *disclosure*, discutir sobre informações protegidas e sob sigilo e, por fim, desenvolver um plano de *discovery*, com propostas de tempo limite, forma de produção, requerimento de *disclosure*, questões controversas do caso necessárias ao *discovery*, problemas de prerrogativas ou sigilo e extensão de documentos.³⁷

Especificamente, na fase de *pretrial discovery*, as partes compartilham e cooperam entre si as informações sobre as testemunhas e provas que elas irão apresentar na fase de *trial*, a fim de permitir o conhecimento das provas até o julgamento, evitar surpresas injustas, conceder tempo hábil para formular e obter provas em resposta às acusações. Pressupõe-se, assim, que as partes são tratadas com igualdade no procedimento e o juiz terá acesso aos fatos e provas suficientes para decidir o caso.

Na espécie, pode-se fazer *discovery* por meio de: depoimentos de testemunhas orais (*depositions by oral examination*) ou escritos (*depositions by written questions*), interrogatórios (*interrogatories*), requerimentos de produção (*requests for production* ou “RFP”), requerimentos de confissão (*requests for admission* ou “RFA”), exame físico e mental (*physical and mental examinations*). Dentre essas formas, chama-se atenção os requerimentos de produção, em especial, de documentos.

De acordo com a Regra 34(a)(1)(A), qualquer uma das partes pode submeter um requerimento à parte contrária de produção ou permissão para inspecionar, copiar, testar ou amostrar itens que estejam sob sua posse, custódia ou controle. Nesse requerimento, consideram-se itens os documentos ou as informações armazenadas eletronicamente (*electronic stored information* ou “ESI”), incluindo anotações, desenhos, gráficos, quadros, fotografias, gravações de áudio, imagens e outro dado ou dados compilados, desde que sejam mantidos por algum meio onde as informações possam ser obtidas direta ou indiretamente.

Sabendo disso, a parte requerida não é obrigada a produzir os documentos oriundos de locais de difícil acesso, pois acarreta ônus e custo excessivo. Nesse sentido, o tribunal pode dispensar a produção dessas provas ou, se a parte requerente demonstrar a necessidade e boa

³⁶ Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

Principle 2. THE SEDONA PRINCIPLES. Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 19 SEDONA CONF. J. 1, 2018.

³⁷ Fed. R. Civ. P. 26(f)(2)(3)(A)-(F).

causa da prova, o tribunal poderá ainda ordenar o *discovery*.³⁸ Por isso, é importante que o tribunal delimite a frequência e extensão do *discovery*.

Na prática, o *discovery* é conduzido entre os advogados das partes, uma vez que se torna essencial o diálogo, a negociação, transparência e cooperação entre eles para que consigam alcançar um acordo quanto aos pedidos, as formas de preservação e produção dos documentos ou categorias de documentos.³⁹ Se demonstrada a discordância eles, pode-se submeter um pedido formal ao juiz para deliberar sobre o *discovery* de documento(s) específico(s) para proteger informações sigilosas e evitar abusos.

De toda forma, as partes devem compartilhar entre si seus requerimentos de produção, observando as regras estabelecidas e atendendo aos seguintes pontos:

- a) Descrição de cada item ou categoria de itens com suas particularidades a serem inspecionados;
- b) Especificação do tempo, lugar e forma razoável para inspeção e realização do ato;
- c) Especificação da forma ou formas que as informações armazenadas eletronicamente serão produzidas.⁴⁰

Em muitos casos, no início do processo judicial, os advogados sabem sobre a existência de determinados documentos em posse da parte contrária que eles querem ter acesso e iniciam a fase de *discovery* requerendo a produção deles. Em alguns casos, os advogados questionam se há documentos relevantes ao caso a serem produzidos e, em consequência disso, fazem interrogatórios à parte contrária para encontrar respostas sobre possíveis documentos e seus custodiantes.⁴¹

Em seguida, a parte solicitada deverá apresentar resposta sobre cada item declarando concordância com a produção dos documentos ou discordância com suas razões de objeção aos pedidos, sob a alegação de, por exemplo, sobrecarga da produção de provas, falta de tempo e aumento de custos. Nas situações de concordância, torna-se fundamental que a parte solicitada

³⁸ Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B).

³⁹ Principle 3. “As soon as practicable, parties should confer and seek to reach agreement regarding the preservation and production of electronically stored information.”. THE SEDONA PRINCIPLES. Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 19 SEDONA CONF. J. 1, 2018.

⁴⁰ Fed. R. Civ. P. 34(b)(1)(A) a (C).

⁴¹ YEAZELL, Stephen C.; SCHWARTZ, Joanna C. *Civil Procedure* – Aspen Casebook Series. 9. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2015. pp. 468-469.

produza os documentos da forma como são mantidos ou organize e marque-os em correspondência com os documentos requeridos,⁴² por exemplo, por meio de *bates number*,⁴³

De acordo com a definição do Westlaw, *bates number* consiste em um identificador numérico ou alfanumérico anexado em cada documento físico e eletrônico e suas páginas, com o intuito de torná-los detectáveis e recuperáveis pelos advogados na medida que são recebidos pelo cliente, produzidos na fase de produção de provas ou em resposta ao requerimento de produção da parte contrária, retidos por conter informações privilegiadas e providenciados aos peritos e consultores.⁴⁴

Além do mais, é notório destacar que a doutrina americana considera que *discovery* envolve a produção de documentos físicos e o *e-discovery* envolve especificamente os documentos eletrônicos, os quais são volumosos, dispersos, duráveis, transitórios e dinâmicos.⁴⁵ Assim, as regras e práticas de busca, retenção e produção deveriam ser diferentes, pois a existência de documentos eletrônicos significa que os advogados terão problemas em identificar a relevância do próprio documento, determinar o método, formato, custo e a busca da informação, bem como decidir se a produção será feita a partir da última versão ou na forma original do sistema interno e outros.

Dado esses problemas, os termos de busca, as datas, os nomes dos custodiantes e a especificação do tipo dos arquivos podem ser utilizados para facilitar o resultado da busca, inclusive as partes podem contratar sistemas (*technology assisted review* ou “TAR”)⁴⁶ e empresas de auditoria e *compliance* para filtrar e organizar documentos, sendo que ainda caberá aos advogados coletarem todos os documentos encontrados, revisar o conteúdo para proteger as informações sob sigilo de confidencialidade antes de produzir e entregar à parte solicitante.

⁴² Fed. R. Civ. P. 34(b)(2)(B), (D), (E)(i) a (iii); Principle 12. THE SEDONA PRINCIPLES. Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 19 SEDONA CONF. J. 1, 2018.

⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court of Kansas. *Heartland food products, LLC. And Fleener*. Juíza: Teresa J. James, 17 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/infcco20190618c25>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁴⁴ THOMSONS REUTERS. Glossary: Bates Number. 2020. Disponível em: [https://content.next.westlaw.com/Document/I1c633845ef2811e28578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://content.next.westlaw.com/Document/I1c633845ef2811e28578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default). Acesso em: 15 jun. 2020.

⁴⁵ SMIT, Robert H. ROBINSON, Tyler B. E-Disclosure in International Arbitration. *The Journal of the London Court of Arbitration International*, v. 24, mar. 2008. pp. 106-108.

⁴⁶ SHERER, James A. CHOI, David. BOGA-LOFARO, Csilla. Court Guideposts for the Path to Technology Assisted Review Adoption. *The Computer & Internet Lawyer*, v. 35, n. 2, fev. 2018; Principle 11. THE SEDONA PRINCIPLES. Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 19 SEDONA CONF. J. 1, 2018.

De acordo com os Princípios de Sedona⁴⁷, a obrigação de preservar documentos eletrônicos requer esforços mínimos para conservar informações que podem ser relevantes para litígios atuais e futuros, porém não é razoável esperar que as partes tomem todos os mínimos cuidados para conservar cada detalhe dessas informações. Dessa forma, a parte solicitante tem o ônus de demonstrar que os cuidados da parte solicitada de preservar e produzir os documentos eletrônicos foram inadequados⁴⁸.

Não obstante, diante de grande quantidade de documentos, tem-se a necessidade de identificar aspectos de: (i) relevância, que consiste nas informações que conseguem provar ou refutar argumentos jurídicos diretamente relacionados aos fatos específicos do caso; (ii) proporcionalidade, que consiste no sopesamento do ônus de custo da parte solicitada e o valor da prova; e (iii) privilégio, que consiste na proteção das informações de pessoas com advogados, pacientes ou cônjuges, ou de empresas com concorrentes, clientes e fornecedores.⁴⁹

Realizadas as diligências necessárias de coleta, análise e produção de documentos, o juiz, com o intuito de evitar despesas e demora no julgamento, encoraja as partes a realizarem um acordo ou se submeterem à medição, arbitragem ou outros meios alternativos de resolução de litígio. Caso as partes decidam prosseguir com a fase de *trial* (julgamento), o juiz deve ainda ter tempo necessário para avaliar se as partes efetivamente utilizaram da fase de *discovery* para produção de provas suficientes e necessárias para a resolução do caso.

Por fim, o juiz se reúne com os advogados das partes que estarão presentes no *trial* para criar um plano para discussão das provas compartilhadas, fixar os pontos controvertidos, questões de fato e direito, que resultará na expedição da *final pretrial order* (ordem pré-julgamento final)⁵⁰ e o tribunal procederá com o agendamento do *trial*.

⁴⁷ Principle 1 and 5. THE SEDONA PRINCIPLES. Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 19 SEDONA CONF. J. 1, 2018.

⁴⁸ “The scope of a party's evidence preservation obligation can be described as follows: once a party reasonably anticipates litigation, it must suspend its routine document retention/destruction policy and put in place a litigation hold to ensure the preservation of relevant documents. As a general rule, that litigation hold does not apply to inaccessible backup tapes (e.g., those typically maintained solely for the purpose of disaster recovery), which may continue to be recycled on the schedule set forth in the company's policy. On the other hand, if backup tapes are accessible (i.e., actively used for information retrieval), then such tapes would likely be subject to the litigation hold. However, it does make sense to create one exception to this general rule. If a company can identify where particular employee documents are stored on backup tapes, then the tapes storing the documents of key players to the existing or threatened litigation should be preserved if the information contained on those tapes is not otherwise available. This exception applies to all backup tapes.” – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Southern District of New York. *Zubulake v. UBS Warburg LLC*. Juíza: Shira Scheindlin, 13 de maio de 2003. Disponível em: <https://casetext.com/case/zubulake-v-ubs-warburg-llc-6>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁴⁹ YEAZELL, Stephen C.; SCHWARTZ, Joanna C. *Civil Procedure* – Aspen Casebook Series. 9. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2015. pp. 482-494.

⁵⁰ Fed. R. Civ. P. 16(e).

4 PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

De acordo com Redfern e Hunter⁵¹, a arbitragem é o principal método de resolução de disputas internacionais envolvendo Estados, indivíduos e empresas, sendo uma das consequências do aumento da globalização do comércio e investimento mundial.

A arbitragem é, de acordo com Carlos Alberto Carmona, o

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.⁵²

De outra forma, as partes concordam em submeter o litígio a um indivíduo, no qual elas estão preparadas a confiar, de modo que cada uma apresenta seu caso e suas demandas a esse indivíduo – o árbitro -, com o intuito de possibilitar que ele ouça e considere todos os argumentos fáticos e jurídicos envolvidos na disputa e, ao final, profira uma decisão final e vinculativa às partes, uma vez que elas, no início, escolheram que se vinculariam a essa decisão.

Nesse sentido, uma arbitragem pode ser nacional ou internacional, de modo que, conforme o artigo 1 (3) da Lei Modelo, **uma arbitragem é internacional se:** (a) no momento da assinatura da convenção de arbitragem, as partes tiverem sede comercial em diferentes países; ou (b) o local da arbitragem ou o local onde uma parte substancial das obrigações tiverem de ser cumpridas ou o local onde o objeto da disputa tenha mais vínculos estiver situado fora do país onde as partes têm a sua sede; ou (c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país.

Segundo Lew, Mistelis e Kroll, a Lei Modelo combina os critérios objetivos e subjetivos do termo “internacional”, criando um sistema flexível e eficaz para a determinação do caráter internacional da arbitragem⁵³.

⁵¹ BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 1; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 88; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 93-94.

⁵² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31; Cf. BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2015. p. 2.

⁵³ LEW, Julian David Mathew. MISTELIS, Loukas A. KROLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 61.

O fato é que, na arbitragem internacional, o princípio da autonomia da vontade das partes é um pilar essencial e exerce forte influência, pois concede liberdade às partes para definirem as regras processuais e passo-a-passo do procedimento arbitral.⁵⁴ Desse modo, por exemplo, numa arbitragem institucional, as partes aderem às regras processuais da instituição, enquanto na arbitragem *ad hoc*, as partes escrevem e detalham as próprias regras processuais, já que nenhuma instituição está envolvida.

Esse princípio foi adotado no artigo 19 (1) da Lei Modelo e dispõe que: “Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por comum acordo, escolher livremente o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral”. Da mesma forma, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“Regulamento da ICC”) dispôs no artigo 19 que: “O procedimento perante o tribunal arbitral será regido pelo Regulamento, e, no que for omissis, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o tribunal arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem.”

Nesse processo de definição das regras processuais, é ideal que as partes e seus advogados ajam de acordo com as convenções internacionais de arbitragem para garantir um procedimento justo e não tentem incorporar os sistemas judiciais de *common* ou *civil law* – códigos, manuais, regulamentos, jurisprudência etc. – na arbitragem, exceto se as partes expressamente os adotarem.⁵⁵

Na prática, as partes não conseguem estabelecer através da cláusula arbitral um conjunto completo de regras processuais a serem utilizadas no procedimento e, por isso, optam por indicar as leis processuais nacionais, tanto cíveis quanto arbitrais, onde possivelmente o laudo arbitral será reconhecido e executado, para evitar a omissão de regras ou anulação do procedimento arbitral.

De toda forma, o controle dessas regras processuais e do procedimento será feito pelo tribunal arbitral, após a sua formação, o qual dialogará com as partes, emitirá ordens processuais, definirá um cronograma com as fases e prazos do procedimento e, nos casos de

⁵⁴ Cf. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 42; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 84.

⁵⁵ “As arbitration is based on the consent of the parties, it is also generally in their hands to agree on the course of the arbitral proceedings.” (NEUMAYR, Florian. *The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Document Production against the Background of Private Enforcement*. In: KLAUSEGGER, Christian. KLEIN, Peter. *Austrian Yearbook on International Arbitration*. Viena: Manzsche Verlagsbuchhandlung, 2019. p. 218; BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 386.

omissão de regras, poderá supri-las, de acordo com o poder de árbitro conferido pelas partes⁵⁶. Em tese, torna-se ideal que o tribunal seja neutro⁵⁷ ou híbrido, ou seja, formado por praticantes dos sistemas de *common* ou *civil law* para garantir equilíbrio ao procedimento, em termos de entendimento das regras processuais.

Em geral, não há regras processuais universais da arbitragem internacional, diante da diversidade e diferença de cada tribunal arbitral, litígio, partes e casos. No entanto, Redfern e Hunter afirmam que há uma estrutura subliminar básica da arbitragem internacional formada por três elementos: primeiro, as convenções internacionais (e Lei Modelo); segundo, o conjunto de regras da arbitragem internacional; terceiro, a prática de árbitros e advogados experientes⁵⁸.

De acordo com Nathan O'Malley⁵⁹, há provas contínuas na jurisprudência dos tribunais arbitrais internacionais quanto à existência de regras do processo probatório, visto que, tais tribunais referem-se, em alguns casos, às regras processuais “fundamentais”. Dessa forma, pode-se entender que há uma aplicabilidade inerente de regras processuais independentemente da ausência de um documento constitutivo estabelecendo o poder do tribunal arbitral.

A partir de uma análise processual, as arbitragens institucionais, normalmente, iniciam com o requerimento de arbitragem (*request for arbitration*) do Requerente e, em seguida, o Requerido apresenta a resposta ao requerimento (*answer to the request*) com o intuito de formalizar o termo de arbitragem (*terms of reference*). Desse modo, essa fase de declarações iniciais (*initial statements*) das partes tem o propósito de facilitar a indicação dos árbitros, guiar a instituição arbitral para estabelecer o valor inicial de depósito para os custos do procedimento, permitir que os árbitros tomem conhecimento do caso e expeçam as ordens processuais necessárias.⁶⁰

⁵⁶ BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2015. p. 158.

⁵⁷ “It may be said that in many instances the choice of international arbitration represents not only an aspiration to have the case judged by arbitrators of a neutral nationality but also to subject the dispute to a neutral procedure, including the rules on evidence which do not favour one side over the other.” (O'MALLEY, Nathan D. *Rules of Evidence in international Arbitration: An Annotated Guide*. 2. ed. London: Informa Law from Routledge, 2019. p. 7).

⁵⁸ “As described in Chapter 1, each arbitral tribunal is different, each dispute is different, and each case deserves to be treated differently. But there are basic underlying structures, built on three elements: first, the international conventions (and the Model Law), to which reference has been made; secondly, the various established sets of international arbitration rules; and thirdly, the practice of experienced arbitrators and counsel.” (BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 358).

⁵⁹ O'MALLEY, Nathan D. *Rules of Evidence in international Arbitration: An Annotated Guide*. 2. ed. London: Informa Law from Routledge, 2019. pp. 2-4.

⁶⁰ BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 373.

Nas arbitragens *ad hoc* não é tão diferente, pois as declarações iniciais (*initial statements*) são os primeiros passos a serem tomados entre as partes. Na verdade, independentemente de a arbitragem ser institucional ou *ad hoc*, o tribunal arbitral poderá ainda ordenar às partes a apresentação manifestações escritas (*written submissions*) com alegações e argumentos mais robustos e completos, bem como de provas, antes da primeira audiência do procedimento⁶¹.

Nesse âmbito, as manifestações escritas são, tecnicamente, compostas por: (a) *statement of claim*, que consiste nas alegações iniciais do Requerente; (b) *statement of defense*, que consiste nas alegações de defesa do Requerido; (c) *statement of reply*, que consiste nas alegações em réplica do Requerente; e (d) *statement of rejoinder*, que consiste nas alegações em tréplica do Requerido (*vide* APÊNDICE A). **Sendo que, todas essas manifestações são apresentadas em conjunto com as principais provas de demonstração do direito.**⁶²

De acordo com Redfern e Hunter⁶³, as discussões nas arbitragens internacionais estão entre 60% e 70% mais relacionadas aos fatos do que à aplicação dos princípios jurídicos ao caso. Ou seja, a grande maioria dos procedimentos envolvem uma combinação de fatos e direito, enquanto uma minoria depende somente de questões de direito com fatos subliminares e irrelevantes ao procedimento.

Cabe notar que o artigo 27 (1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL (*UNCITRAL Arbitration Rules* ou “Regras da UNCITRAL”) dispõe que “[...] cada parte deverá assumir o ônus de provar os fatos afirmados que sustentem sua ação ou defesa [...]”, assim, entende-se que o ônus da prova é admitido como sendo de responsabilidade da parte que faz a respectiva alegação fática⁶⁴.

Partindo disso, quando as partes visam requerer documentos entre si, o ônus da prova inicia-se com a parte requerente demonstrando que não tem a posse, custódia ou controle da prova, a relevância do documento e a materialidade para a resolução do litígio⁶⁵. Dessa maneira,

⁶¹ BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 373.

⁶² WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 829; MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*. v. 33. Kluwer Law International, 2015. p. 17; BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2015. p. 173.

⁶³ BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 375-376.

⁶⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart*. In: SCHERER, Maxi. *Journal of International Arbitration*, v. 35, 2018, p. 2; LEW, Julian David Mathew. MISTELIS, Loukas A. KROLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 560.

⁶⁵ WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 762, p. 837.

o tribunal arbitral poderá dispensar a parte requerente do ônus de provar determinadas alegações da ação ou defesa que, no geral, são essenciais para o caso.

Apesar disso, é interessante que o tribunal arbitral, através das manifestações escritas, tenha um conhecimento bom e razoável sobre as questões fáticas e jurídicas envolvidas no litígio, pois a fase de produção de provas é elemento chave e essencial para comprovar e complementar as alegações-chaves para a resolução do caso e, em consequência disso, o tribunal avaliará a relevância e a materialidade dos documentos.⁶⁶

Não há necessariamente uma regra quanto à fase de produção de documentos, porém as partes podem realizá-la após a primeira rodada das manifestações escritas, ou seja, após as alegações de defesa do Requerido, o que causará um impacto positivo às alegações posteriores das partes, que serão apresentadas em conjunto com os novos documentos constitutivos do direito⁶⁷.

Nesse aspecto, o procedimento arbitral poderá se desalinhar quando os advogados das partes (*party's counsel*) são de sistemas jurídicos (*common* ou *civil law*) diferentes e trabalham com a fase de produção de provas acordo com o processo civil nacional.⁶⁸

Instantaneamente, um praticante de *common law* requisitará a realização de uma fase de *pretrial discovery* para ter acesso a documentos específicos da parte contrária, pois é fundamental que todas as partes tenham o mesmo grau de conhecimento dos fatos envolvidos na controvérsia.⁶⁹ No entanto, o praticante pode se deparar com uma rejeição e oposição da parte contrária e do tribunal arbitral.

Outrora, essa prática não é comum para um praticante de *civil law* que, além de não desejar apresentar possíveis documentos desfavoráveis aos seus argumentos, considera intrusivo, desnecessário e injusto,⁷⁰ além do receio quanto a possibilidade de sobrecarregar o ônus de prova e incorrer numa possível *fishing expedition*, que constitui numa investigação especulativa e indiscriminada, sem objetivo certo e declarado, com o intuito de encontrar provas para fundamentar alegações de acusação.

No sistema *civil law*, nas hipóteses de requerimentos de produção de prova da parte contrária, os juízes são relutantes e somente admitem quando há precisão, definição e

⁶⁶ O'MALLEY, Nathan D. Internationally Known - The IBA Rules of Evidence, *The Los Angeles Lawyer*, fev. 2014.

⁶⁷ MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*. v. 33. Kluwer Law International, 2015. p. 19.

⁶⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.

⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 125.

⁷⁰ O'MALLEY, Nathan D.; CONWAY, Shawn C. Document Discovery in International Arbitration - Getting the Documents You Need. *Global Business & Development Law Journal*, v. 18, n. 2, 2004. p. 371.

especificação no pedido, de acordo com a lei nacional de processo civil. Assim, é comum que o juiz atue de forma ativa na condução do procedimento com o intuito de resguardar o cumprimento da lei.⁷¹

Em contrapartida, no sistema *common law*, o requerimento de produção de prova da parte contrária é uma fase intrínseca ao procedimento judicial e as partes tomam mais responsabilidade quanto à condução do procedimento, investigação os fatos e definição da forma de produção das provas, sendo que a posição dos juízes é limitada para as situações de discordância entre as partes.⁷²

Apesar disso, como já mencionado, não há uma regra processual específica para a fase de produção de provas, cabendo às partes e ao tribunal arbitral escolherem e especificarem os princípios e regras que irão aplicar. Nesse sentido, conforme o artigo 18 da Lei Modelo, “[...] as partes devem ser tratadas de forma igualitária e deve ser dada a cada uma delas plena possibilidade de expor seu caso.” Com base nisso, demonstra-se que o princípio do devido processo legal deve estar intrínseco ao procedimento arbitral, desde já, concedendo às partes o direito ao tratamento igualitário e à oportunidade de serem ouvidas.⁷³

Dentre os diferentes tipos de provas, **essa pesquisa abrange somente a produção de documentos**, que traz consigo maior relevância e certeza acerca dos fatos que deram origem ao procedimento arbitral.

Para fins de esclarecimentos, cabe destacar que o termo “produção de documentos” (*document production*) se refere aos atos realizados pelas partes de apresentarem e compartilharem entre si as provas requeridas entre elas, conforme normalmente é utilizado pelos regulamentos internacionais. Em relação à terminologia, evita-se a utilização dos termos “discovery” ou “disclosure”, uma vez que “discovery” estaria associado ao método americano de provas e “disclosure” ao método inglês de provas, conforme às leis cíveis e arbitrais desses países, e não permitido no procedimento arbitral internacional⁷⁴.

⁷¹ Cf. WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 835; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 70-71.

⁷² ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71.

⁷³ De acordo com a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova Iorque (“Convenção de Nova Iorque”), o artigo V (1) (b) dispõe que “O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: [...] De que a Parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada quer da designação do árbitro quer do processo de arbitragem, ou de que lhe foi impossível, por outro motivo, deduzir a sua contestação.”; WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p.752.

⁷⁴ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 127.

Na atualidade, o termo “documento” não tem uma definição formal, mas pode ser identificado nas suas diversas formas de apresentação de conteúdo, ideias, informações e comunicação⁷⁵. Na prática, os documentos apresentados na arbitragem internacional são em formato eletrônico (*e-document* ou *soft copy*) que, *prima facie*, podem ser tratados na mesma maneira que os documentos físicos (*hard copy*), porém é importante que os documentos eletrônicos sejam tratados de acordo com suas especificidades e suas características de serem voláteis, volumosos, fáceis de criar e encaminhar, e de coexistirem em diversos lugares e tempo.⁷⁶

Com base nisso, ao longo do tempo, criaram-se instrumentos de *soft law* como diretrizes, recomendações, protocolos, guias e códigos de conduta, elaborados por comissões e organismos não estatais, cuja aplicação ao processo arbitral é condicionada à vontade das partes ou à iniciativa dos árbitros, de maneira que se busca orientar a prática de atos processuais no espaço deixado por leis nacionais, tratados internacionais e regulamentos de arbitragem (“hard law”).⁷⁷

Diante disso, o uso desses instrumentos depende do ato de escolha por árbitros, partes e advogados, mas não apenas são os responsáveis diretos pela adoção desses textos nos procedimentos arbitrais, como também pela própria criação deles, no âmbito das associações internacionais de que participam,⁷⁸ como por exemplo as instituições arbitrais e a IBA, as quais criaram protocolos regras e diretrizes acerca da produção de provas, com o intuito de criar um padrão internacional aos procedimentos arbitrais, com aspectos dos sistemas jurídicos do *common* e *civil law*.

Embora esta pesquisa seja direcionado aos regulamentos das as instituições arbitrais e as Regras da IBA sobre Produção de Provas, cabe ainda citar a existência de outros instrumentos, que regem a produção de provas, como o Protocolo sobre Produção de Documentos na Arbitragem Comercial do Instituto Internacional para Resolução e Prevenção de Conflito (*International Institute for Conflict Prevention and Resolution* ou “CPR”), as

⁷⁵ “Documentary evidence includes letters, faxes or emails exchanged between the parties, contractual instruments, protocols, minutes of meetings, records of discussions or phone calls; financial instruments, account records, warehouse records, dock receipts, bills of lading, certificates of quality, licences. More controversial, but increasingly acceptable as documents are CD, audio and visual recordings, floppy disks and hard disks”. LEW, Julian David Mathew. MISTELIS, Loukas A. KROLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 564.

⁷⁶ Tópico 4 do ICC Commission Report of Managing e-Document Production; WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p.847-848.

⁷⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 31.

Diretrizes aos Árbitros sobre o Intercâmbio de Informações do Centro Internacional de Resolução de Disputas (*International Centre for Dispute Resolution* ou “ICDR”), o Protocolo para E-Disclosure na Arbitragem Internacional do *Chartered Institute of Arbitrators* ou (“CIArb”), Guia de Melhores Práticas em Arbitragem Comercial do *College of Commercial Arbitrators* (“CCA”), Notas da UNCITRAL sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais e as Regras de Praga sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional.

4.1 REGULAMENTOS DAS INSTITUIÇÕES ARBITRAIS SOBRE PRODUÇÃO DE PROVAS

Conforme já mencionado, raramente as partes especificam nas cláusulas arbitrais as regras processuais do procedimento arbitral, quanto menos sobre a fase de produção de provas. Na arbitragem internacional, contrário aos sistemas jurídicos de *common* ou *civil law*, não existe o dever automático de requerer a produção de documentos à parte contrária ou de produzi-los pela parte contrária⁷⁹.

Por esse motivo, as partes podem adotar práticas admitidas na arbitragem ou simplesmente fazer referências aos regulamentos das instituições arbitrais, como do Centro Arbitral Internacional de Viena (*Vienna International Arbitral Centre*) (“VIAC”) e da Câmara de Comércio Internacional (*International Chamber of Commerce*) (“ICC”), porém essas instituições não necessariamente especificam a fase de produção de provas e se referem sobre a possibilidade do tribunal arbitral ordenar a produção de documentos e outras provas⁸⁰.

De acordo com André Abbud, esses regulamentos

[...] normalmente preveem os principais passos a serem tomados, com disposições sobre temas como a apresentação de razões iniciais, a composição do tribunal arbitral, objeções e impugnações a árbitros e a sentença arbitral, mas **são propositadamente lacônicas em matérias de organização e**

⁷⁹ BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2015. p. 172

⁸⁰ BORN, Gary, op. cit., p. 188.

Artigo 25 (5) do Regulamento da ICC de 2017: “A qualquer momento no decorrer do procedimento, o tribunal arbitral poderá determinar a qualquer das partes que forneça provas adicionais.”

Artigo 29 (1) das Regras de Viena da VIAC de 2018: “Se o tribunal arbitral considerar necessário, poderá por sua iniciativa recolher provas, questionar as partes ou testemunhas, solicitar às partes para apresentarem provas e ouvir peritos.”

Artigo 22.1 (v) das Regras da LCIA de 2014: “to order any party to produce to the Arbitral Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant.”

Artigo 20 (4) do Regulamento da ICDR de 2014: “A qualquer tempo durante o procedimento, o tribunal poderá determinar que as partes produzam documentos, anexos ou outras provas que considere necessárias ou apropriadas. Salvo se as partes acordarem em sentido contrário, o tribunal deverá aplicar o Artigo 21.”

condução do procedimento, produção e valoração de provas, realização de audiências, conflito de interesses etc. O mais comum é que os regulamentos prevejam expressamente a liberdade de as partes e, na ausência de regras definidas por elas a respeito, os árbitros estipulem as regras aplicáveis ao procedimento.⁸¹ (grifos nosso).

Nesse sentido, o Regulamento de Arbitragem da VIAC (“Regras de Viena”) somente dispõe que as partes apresentarão todos os fatos nas manifestações escritas e, em conjunto, anexarão as provas documentais⁸². Da mesma forma, as Regras de Arbitragem do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (*The London Court of International Arbitration* ou “LCIA”) determinam que as partes apresentem suas manifestações escritas e todos os documentos essenciais para o caso⁸³.

Já o Regulamento da ICC estabelece ainda exemplos de técnicas para a condução do procedimento arbitral com o intuito de controlar os custos e o tempo, sendo que, em referência à produção de prova documental, o tribunal arbitral poderá solicitar que as partes apresentem as provas em conjunto com as manifestações escritas, evitem ou limitem os requerimentos de produção de provas de acordo com a relevância e materialidade para a resolução do caso, e utilizem uma tabela para facilitar a resolução de questões relativas à produção de documentos⁸⁴.

Em consonância, no Regulamento da ICC, aconselha-se que as partes e o tribunal arbitral definam um procedimento claro e eficiente para requerer e apresentar os documentos, sendo que os pedidos de produção de documentos devem observar o tempo e custos gerados no procedimento e resolvidos com as seguintes medidas: (i) limitação de pedidos de cada parte; (ii) definição de prazo para produção de documentos; e (iii) utilização do *Redfern Schedule*⁸⁵.

Especificamente sobre os documentos eletrônicos, a ICC recomenda que as partes e o tribunal arbitral levem em consideração as seguintes características: (i) aumento do volume de materiais, que causa atraso e custos na produção de documentos e falta de revisão deles pela parte requerida, ou seja, podem ser apresentados documentos irrelevantes ao caso; (ii) dispersão de documentos, que causa a sobrecarga no ônus de produzi-los e custos excessivos de acesso do sistema interno da parte requerida; (iii) durabilidade e fragilidade, que causa controvérsias acerca do conteúdo e custos de documentos deletados do sistema; (iv) uso de *hardware* e *software*, que causa incompatibilidade de leitura e dificuldade de produção; (v) metadados

⁸¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

⁸² Artigo 9.2 das Regras de Viena da VIAC de 2018: “As partes invocarão todos os fatos nas suas peças escritas e todas as provas documentais serão anexadas às peças escritas.”

⁸³ Artigo 15.2 a .5 das Regras da LCIA de 2014.

⁸⁴ Apêndice IV (d)(i) a (v) do Regulamento da ICC.

⁸⁵ Tópico 51 e 52 da ICC Commission Report of Controlling Time and Costs in Arbitration.

visíveis e embutidos, que causam suspeitas de fraude, falsificação e adulteração do documento; e (vi) ferramentas e técnicas eletrônicas de busca e revisão, que cada uma tem sua limitação e o uso de qualquer tecnologia gera custos às partes e seus advogados.⁸⁶

Com base nessas características, podemos identificar que, além da modernização do procedimento arbitral, a produção dos documentos eletrônicos gera custos e demanda tempo adicional às partes e seus advogados, que terão de buscar no sistema interno os documentos requeridos ou contratar empresas especialistas em auditoria e *compliance* para agilizar a produção deles, analisar e revisar o conteúdo de cada documento antes de produzi-los e apresentar objeção acerca da relevância e materialidade.

Além do mais, a parte requerida deve observar os metadados dos documentos antes da produção, caso contrário, poderá ser surpreendida com manifestação da parte contrária alegando que houve fraude, falsificação e adulteração do documento. Ao final dessa fase, as partes ainda terão de avaliar o conteúdo dos documentos, formular estratégia e comprovar se, de fato, aquele documento contribui com alguma alegação fática ou jurídica do caso.

A respeito disso, a ICC formulou técnicas de gestão da produção de documentos eletrônicos, com o intuito de, acerca do escopo da produção, as partes e o tribunal arbitral atentem-se aos pedidos descritos minimamente e aos documentos com relevância e materialidade ao caso para serem produzidos, evitando qualquer tipo de *fishing expeditions*. Já sobre a forma de produção, aconselha-se que os documentos sejam produzidos da forma mais rápida, eficaz e eficiente, observando que a conversão de documentos eletrônicos em formato legível pode gerar aumento de custos e perda de metadados, caso sejam relevantes às partes⁸⁷.

Diferentemente, o Regulamento do ICDR introduziu um tópico sobre intercâmbio de informações, onde admite que as partes apresentem todos os documentos em que pretendem fundamentar suas alegações no prazo estabelecido pelo tribunal arbitral, bem como que o tribunal exija a uma das partes a apresentação de documentos que estejam em seu poder, se assim for requerido e caso a parte requerente não os tenha e demonstre a relevância e materialidade dos documentos para a resolução do caso⁸⁸.

Em consonância, quando houver documentos eletrônicos (ESI), os requerimentos de produção de documentos devem ser específicos e estruturados de forma que a busca possa ser feita de maneira econômica, aliás, o tribunal poderá determinar a realização de testes por amostragem ou outra forma para restringir e limitar as buscas por documentos⁸⁹.

⁸⁶ Tópicos 4.1 a 4.12 do ICC Commission Report of Managing e-Document Production.

⁸⁷ Tópicos 5.6 (b), 5.24 a 5.26 do ICC Commission Report of Managing e-Document Production.

⁸⁸ Artigo 21 (3) e (4) do Regulamento da ICDR de 2014.

⁸⁹ Artigo 21 (7) do Regulamento da ICDR de 2014.

Nessa perspectiva, segundo as diretrizes da ICDR sobre o intercâmbio de informações, requer-se que os pedidos de produção de documentos sejam limitados e estruturados para tornar a busca mais econômica possível e autoriza-se a produção deles da forma mais conveniente e econômica, salvo em ordem contrária do tribunal⁹⁰. De toda maneira, a ICDR recomenda que os árbitros sejam criativos nas soluções para alcançar o intercâmbio de informações, evitando custos e atraso ao procedimento⁹¹.

Além disso, conforme o Regulamento da ICDR, o tribunal arbitral poderá adotar medidas para garantir o sigilo técnico ou comercial de documentos e, nos casos de objeção à apresentação de documentos, exigir que a parte requerente informe o tempo e as despesas dessa produção ao procedimento arbitral, com o intuito de condicionar o deferimento do pedido através do pagamento total ou parcial desses custos. Nas hipóteses de não observação à ordem de produção de documentos, o tribunal poderá sancionar a parte requerida em custas do procedimento⁹².

Nesses regulamentos, as instituições arbitrais dispõem mínima e genericamente sobre as regras de produção de provas e garantem o poder do tribunal arbitral de requerer provas suplementares ao caso, uma vez que as partes não têm a expectativa de que as regras das instituições serão tão detalhadas ao ponto de serem forçadas ao procedimento. Por esse motivo, algumas instituições publicam estudos e técnicas arbitrais que visam meramente aconselhar as partes sobre possíveis formas de condução da arbitragem.

De forma geral, as partes e o tribunal arbitral deverão encarar com a omissão de regras processuais específicas do procedimento e, portanto, fazer referência às regras complementares como, por exemplo, as Regras da IBA sobre Produção de Provas, as quais dispõem detalhadamente sobre a fase de produção de provas, o requerimento, a produção, as objeções da parte contrária, os tipos de provas e o poder decisório do tribunal arbitral.

4.2 REGRAS DA IBA SOBRE PRODUÇÃO DE PROVAS

Numa perspectiva histórica, em 1983, a IBA adotou “Regras Suplementares sobre a Apresentação e Colheita de Provas na Arbitragem Comercial Internacional”, as quais foram bem recebidas e discutidas pela comunidade internacional. Em 1997, a IBA sentiu a necessidade de atualizar essas regras, em razão do surgimento de novos procedimentos, normas

⁹⁰ Tópico 4 das Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information da ICDR.

⁹¹ Tópico 6(a) das Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information da ICDR.

⁹² Artigo 21 (5) e (8) do Regulamento da ICDR de 2014.

e escopos das arbitragens e, assim, constituiu um grupo de trabalho formado por 16 (dezesesseis) membros.⁹³

Após diversas discussões e conferências, em 1999, a IBA concluiu as Regras sobre Produção de Provas (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*), as quais também foram bem recebidas e utilizadas em harmonia com as regras processuais das arbitragens internacionais. No entanto, em 2008, a IBA constituiu um novo grupo de trabalho para revisar e, se necessário, atualizar essas regras, que, por fim, em 2010, a IBA lançou as Regras sobre Produção de Provas revisadas.⁹⁴

Nesse instrumento, a IBA deixou consignado no preâmbulo que essas regras têm a intenção de oferecer um processo eficiente, econômico e justo para a produção de provas em arbitragens internacionais, particularmente naquelas entre partes oriundas de tradições jurídicas distintas.

Acerca disso, Florian Neumayr afirma que as Regras da IBA sobre Produção de Provas visam alcançar um compromisso entre as abordagens dos sistemas jurídicos de *common* e *civil law*.⁹⁵ Além disso, Redfern e Hunter entendem que elas foram universalmente reconhecidas como o padrão internacional para uma produção de provas documentais mais efetiva, pragmática e relativamente econômica.⁹⁶

Em complemento, Nathan O'Malley⁹⁷ reconhece que elas se tornaram amplamente aceitas com um órgão autoritário de padrões que comprovam a existência de regras do processo probatório para a arbitragem internacional. Tão logo, André Abbud⁹⁸ acredita que essas regras “[...] procuram combinar o que há de melhor nos vários sistemas jurídicos, verbalizando a harmonia emergente sobre as práticas internacionais ao permitir a exibição forçada de documentos de modo limitado.”

⁹³ Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. p. 2; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 40.

⁹⁴ Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. p. 2; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 40.

⁹⁵ NEUMAYR, Florian. The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Document Production against the Background of Private Enforcement. In: KLAUSEGGER, Christian. KLEIN, Peter. *Austrian Yearbook on International Arbitration*. Viena: Manzsche Verlagsbuchhandlung, 2019. p. 219; SATTAR, Sameer. Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a commentary. *International Arbitration Law Review*, 2011.

⁹⁶ BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 381

⁹⁷ O'MALLEY, Nathan D. *Rules of Evidence in international Arbitration: An Annotated Guide*. 2. ed. London: Informa Law from Routledge, 2019. p. 5.

⁹⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 126.

De início, nas definições das Regras da IBA sobre Produção de Provas, o termo “documento” significa qualquer escrito, comunicação, fotografia, desenho, programa ou dado de qualquer tipo, gravado ou mantido em papel ou por meio eletrônico, visual, de áudio ou por qualquer outro meio. Desse modo, resta claro que não há diferença entre os documentos em formatos físicos ou eletrônicos, assim, não há limitação quanto à aplicabilidade das Regras.

Dentre as Regras, acerca da produção da prova documental, as partes deverão submeter ao tribunal arbitral todos os documentos disponíveis que baseiam suas alegações⁹⁹. Caso contrário, poderão submeter um requerimento de produção de prova à parte contrária contendo: (a) a descrição de cada documento ou categoria de documento requerido, de forma restrita e específica; (b) a declaração de relevância do documento ao caso e materialidade ao resultado; e (c) as razões que justificam a posse, custódia e controle do documento pela parte contrária.¹⁰⁰

Em seguida, a parte contrária poderá produzir todos os documentos requeridos e/ou apresentar objeção a algum dos ou a todos os documentos requeridos¹⁰¹. Se não houver concordância entre as partes, o tribunal arbitral apreciará o requerimento de produção de prova e a(s) objeção(ões) da parte contrária para determinar a produção ou não de algum ou todos os documentos requeridos. Caso necessário, o tribunal poderá nomear perito independente e imparcial para examinar qualquer desses documentos e reportar sobre a objeção¹⁰².

Nas Regras da IBA sobre Produção de Provas, o artigo (3)(a)(ii) determina que a parte requerente ou o tribunal arbitral poderá determinar que seja obrigada a identificação dos arquivos específicos, termos de busca ou outros meios de busca de tais documentos de forma eficiente e econômica. Em consonância, o artigo (3)(12)(b) dispõe que a parte solicitada deverá produzir os documentos eletrônicos da forma mais conveniente ou econômica para ser utilizada pela parte requerente.

A respeito dos documentos eletrônicos, em crítica às Regras da IBA sobre Produção de Provas, Robert Smit e Tyler Robinson¹⁰³ criaram orientações para a produção de documentos eletrônicos, com o intuito de endereçar os problemas dos documentos eletrônicos com antecedência e expressamente durante o procedimento, identificar o formato da produção dos documentos, indicar o dever de preservar a informação, mostrar as preocupações de renúncia e

⁹⁹ Artigo (1) das Regras da IBA sobre Produção de Provas. Cf. SMIT, Robert H. Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A North American Viewpoint. ICC *International Court of Arbitration Bulletin*. Special Supplement, 2006.

¹⁰⁰ Artigo (3)(a)(b)(c), (11) e (12) das Regras da IBA sobre Produção de Provas.

¹⁰¹ Artigo (3)(5) das Regras da IBA sobre Produção de Provas.

¹⁰² Artigos (3)(7)(8) e 9 (1) a (7) das Regras da IBA sobre Produção de Provas.

¹⁰³ SMIT, Robert H.; ROBINSON, Tyler B. E-Disclosure in International Arbitration. *The Journal of the London Court of Arbitration International*, v. 24, mar. 2008. p. 123, pp. 130-133.

privilégio ligadas aos documentos, e alcançar um equilíbrio entre a necessidade do documento pela parte solicitante e os custos e ônus associados à parte solicitada para acessar, revisar e produzir a informação

Posteriormente, em 2010, as Regras da IBA sobre Produção de Provas passaram a determinar que as partes especifiquem os termos de busca específicos para localizar e filtrar os documentos requeridos, o que, de certa forma, reduz a possibilidade de pedidos de documentos volumosos, podem trazer rapidez na busca e produção e não impactaria tanto os custos da arbitragem.

Diante disso, o objeto das Regras da IBA sobre Produção de Provas é possibilitar que as partes requeiram provas importantes para o caso, as quais não foram apresentadas no procedimento pela parte contrária. Destaca-se que, antes da produção da prova, a parte deve apresentar suas razões e justificar acerca da relevância de um documento ao caso e materialidade ao resultado do procedimento, tornando-os em pressupostos e limitações da prova, uma vez que, na arbitragem internacional, essa fase poderá ser trabalhosa e duradoura para as partes e ao tribunal arbitral.

Os requisitos de relevância e materialidade estão associados diretamente com o tema principal do procedimento, o conteúdo dos documentos requeridos e as alegações da parte requerente. Assim, se houver objeção ao pedido de produção de documentos, o tribunal poderá averiguar, de acordo com a descrição do pedido e a objeção, se o documento requerido representa, de fato, relevância e materialidade para a resolução do litígio.

Além disso, o tribunal arbitral observará a produção da prova baseada no ônus de produção, proporcionalidade, economia processual, justiça e igualdade entre as partes, uma vez que todos esses elementos estão interligados e devem ser sopesados antes do deferimento da produção do documento. Especificamente, o tribunal arbitral determinará a admissibilidade, relevância, materialidade e valor da prova.¹⁰⁴

Em 2016, o Comitê de Arbitragem da IBA publicou o resultado da pesquisa mundial realizada com profissionais da arbitragem internacional para avaliar o uso das Regras da IBA sobre Produção de Provas (*Report on the reception of the IBA arbitration soft law products*) e, segundo os dados, 48% das arbitragens conhecidas por esses profissionais utilizam essas regras, enquanto 52% não utilizam.

Especificamente, as regiões do Oriente Médio (58%), Ásia Pacífico (57%), América do Norte (57%) e Europa (52%) demonstraram alto uso das Regras da IBA sobre Produção de

¹⁰⁴ Artigo (9)(1) das Regras da IBA sobre Produção de Provas.

Provas, porém a América Latina (30%) e África (25%) demonstraram os menores índices de uso. Nos EUA, o uso das regras nas arbitragens é de 55%, em contrapartida, o uso é de 11% no Brasil.

De acordo com a pesquisa, é interessante notar que muitos entrevistados na América Latina indicaram que a limitação do uso das regras nas arbitragens está associada à falta de conhecimento da existência das Regras da IBA sobre Produção de Provas e do seu conteúdo, e apontaram a necessidade de divulgação e distribuição dessas regras de forma mais ampla nos países.

Como já era esperado, a pesquisa demonstrou que, dentre as maiores sedes de arbitragem no mundo, a familiaridade com o uso das Regras da IBA sobre Produção de Provas é presumida. Dessa forma, das arbitragens conhecidas pelos profissionais, aquelas com sede em Singapura (78%), Inglaterra (72%), Suíça (62%), França (62%) e Estados Unidos (56%) apresentaram maior uso às regras.

Além disso, os resultados da pesquisa revelaram que, os artigos mais utilizados são o Artigo 3 sobre produção de documentos (21%) e o Artigo 9 sobre admissibilidade e valoração das provas (13%) das Regras da IBA sobre Produção de Provas nas arbitragens conhecidas pelos profissionais entrevistados.

Ainda, a pesquisa indicou que 79% das arbitragens utilizam as Regras da IBA sobre Produção de Provas como diretrizes não vinculativas ao procedimento e tribunal arbitral, enquanto em 21% das arbitragens elas são tratadas como obrigatórias e vinculativas. A partir disso, foi realizada uma análise regional, onde se constatou que 35% dos procedimentos e tribunais arbitrais na América Latina se consideram vinculados às Regras da IBA sobre Produção de Provas e, aproximadamente, 15% a 20% nas outras regiões.

Aliás, a pesquisa mostrou que essa diferença da vinculação das regras pode não estar interligada à popularidade da jurisdição da sede ou do sistema jurídico da arbitragem, visto que o percentual foi de 18% nos EUA, 15% na Inglaterra – países de *common law* –, 27% na França e 8% na Suíça – países de *civil law*.

Com base nisso, a pesquisa concluiu que as Regras da IBA sobre Produção de Provas foram tratadas como vinculativas após o início da arbitragem, uma vez que, em 90% das arbitragens, as partes estipularam isso no Termo de Referência (*Terms of Reference*) ou na Ordem Processual nº 1 (*Procedural Order no. 1*), sendo que, em particular, em 42% aconteceu no Termo de Referência e 51% na Ordem Processual nº 1. Por outro lado, somente 8% das arbitragens as partes tinham acordado que elas seriam vinculadas pelas Regras da IBA sobre Produção de Provas no Termo de Arbitragem.

Em 2012, a School of International Arbitration da Queen Mary University of London publicou uma pesquisa,¹⁰⁵ onde se concluiu que as Regras da IBA sobre Produção de Provas são adotadas em 60% das arbitragens, de modo que 85% dos entrevistados consideram que essas regras são úteis. Além disso, verificou-se que os requerimentos de produção de prova são comuns nas arbitragens internacionais e 62% dos entrevistados afirmam que mais da metade das arbitragens que eles estão envolvidos são feitos pedidos de produção de prova documental.

O fato é que, em comparação com os regulamentos das instituições arbitrais, as Regras da IBA sobre Produção de Provas se mostram mais eficientes e específicas para as regras processuais das arbitragens. Todavia, é importante dizer que elas não são definitivas, vinculativas e obrigatórias, de modo que visam somente fornecer um mero ponto de referência às partes ante a necessidade do estabelecimento das normas processuais.

De todo modo, segundo Nathan O'Malley¹⁰⁶, pode-se concluir que essas regras são relevantes e um corpo preeminente de regras do processo probatório da prática arbitral moderna, mesmo que elas sejam frequentemente consideradas como não vinculativas.

Nesse aspecto, o artigo 1 (5) das Regras da IBA sobre Produção de Provas dispõe que

Na medida em que as Regras da IBA sobre Provas e as Regras Gerais forem silentes sobre quaisquer questões relativas à produção de provas e as Partes não tenham acordado o contrário, o Tribunal Arbitral conduzirá a produção de provas como considerar apropriado, de acordo com os princípios gerais das Regras da IBA sobre Provas. (grifos nossos)

Ou seja, desde a sua concepção, as regras devem ser consideradas como complementares ao procedimento arbitral, com a finalidade suprir uma omissão causada pelas normas processuais da arbitragem que fazem – ou não – referência às regras processuais da produção da prova.

Por diversas razões, as Regras da IBA sobre Produção de Provas ainda podem não ser aplicadas em todos os procedimentos arbitrais, mas, considerando que as partes e seus advogados podem ter origem jurídica distintas, elas podem ser um ponto inicial para garantir equilíbrio e igualdade entre as partes.

Sejam elas adotadas ou não, numa fase de produção de provas, as Regras da IBA sobre Produção de Provas somente fornecem critérios para realizar o requerimento e produção das

¹⁰⁵ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. White & Case LPP. International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process. 2012. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/>. Acesso em junho de 2020.

¹⁰⁶ O'MALLEY, Nathan D. *Rules of Evidence in international Arbitration: An Annotated Guide*. 2. ed. London: Informa Law from Routledge, 2019. p. 8-9.

provas documentais, mas não fornecem um amparo de como será feita a organização e estruturação desses pedidos. Sendo assim, as partes ainda poderão adotar o instrumento do *Redfern Schedule*, com o objetivo de organizar e estruturar os requerimentos e objeções para a produção da prova documental,¹⁰⁷ conforme se detalha a seguir.

¹⁰⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 135.

5 REDFERN SCHEDULE

5.1 CRIAÇÃO, CONCEITO E FORMA DE UTILIZAÇÃO

Originalmente, George Alexander Scott (1862-1933)¹⁰⁸ desenvolveu uma tabela chamada de *Scott Schedule* ou *Official Referee's Schedule*, com o objetivo de ser utilizado em casos de construção. Na prática, o instrumento é composto pelas seguintes colunas: (i) número de ordem; (ii) alegação do Requerente com descrição do defeito, erro ou falha; (iii) custo estimado do Requerente; (iv) resposta do Requerido; (v) custo estimado do Requerido; e (v) uso reservado para o juiz com valor de condenação. Dessa forma, o tribunal consegue entender o litígio e o valor envolvido, as alegações das partes e garantir que todas as alegações serão decididas pela sentença.¹⁰⁹

Com efeito, esse instrumento ainda é utilizado no Reino Unido pelo Tribunal de Tecnologia e Construção (*Technology and Construction Court* ou “TCC”) na fase de *pre-hearing* para resumir os argumentos das partes e listar diversos defeitos de construções com referência às alegações que requerem uma decisão do tribunal.

Em meados de 2000, Alan Redfern participava de um tribunal arbitral de um procedimento envolvendo 3 (três) empresas – um requerente e dois requeridos. Após meses de trocas de pedidos de produção de documentos entre os advogados das partes, o tribunal arbitral precisava deliberar sobre as objeções das partes e foi questionado como tais objeções poderiam ser resolvidas diante de inúmeras correspondências dispersas.

Em seguida, Alan Redfern sugeriu que as partes, após essa fase de troca de pedidos e correspondências, fizessem uma lista definitiva, que representasse a posição deles sobre o que desejam e estão dispostos a dar à outra parte, na forma de uma tabela com 4 (quatro) colunas. Ao final, o presidente do tribunal concordou com a sugestão e aderiu ao procedimento, chamando-o de *Redfern Schedule*¹¹⁰.

Partido disso, o instrumento original foi adaptado por Alan Redfern e conhecido atualmente como *Redfern Schedule*, como método de listar e requerer a produção de

¹⁰⁸ Em 1920, George Scott foi indicado como Juiz Oficial (*Official Referee*) do Tribunal de Tecnologia e Construção da Queen's Bench Division, parte da High Court of England and Wales (“EWHC”).

¹⁰⁹ NAON, Horacio Grigera. MASON, Paul E. *International Commercial Arbitration Practice – 21st Century Perspectives*. LexisNexis, 2019. §6B.02 [2][E]; STEPHENSON, Douglas A. *Arbitration Practice in Construction Contracts*. 3. ed. Londres: E & FN SPON, 2003. p. 36; Artigo 5.6 do TCC Guide.

¹¹⁰ KHODYKIN, Roman Mikhailovich. MULCAHY, Caroll. FLETCHER, Nicholas Hugo Martin. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Oxford University Press, 2019. p. 164.

documentos à parte contrária, com o objetivo de prevenir *fishing expeditions* e restringir a troca somente dos documentos relevantes para o caso.¹¹¹

Na arbitragem internacional, é comum que árbitros e advogados experientes tragam consigo diversas práticas jurídicas admitidas no sistema jurídico de sua formação. No entanto, o ideal é que a arbitragem não seja transformada na réplica desses sistemas jurídicos e, na verdade, sejam aplicadas as regras admitidas pela comunidade internacional como a utilização do *Redfern Schedule*¹¹².

O propósito do *Redfern Schedule* é evidenciar as causas do litígio e os documentos aptos a fundamentar as alegações, bem como influenciar o resultado da disputa. Assim, o tribunal arbitral conhece a posição das partes e a concordância entre elas acerca da produção e compartilhamento de documentos que, em consequência, conseguirá decidir plausivelmente da necessidade ou não da produção de um ou mais documentos.

Na perspectiva de Alan Redfern:

“O Redfern Schedule criado para cristalizar as questões da produção de documentos, que estavam sendo discutidas pelas partes. O tribunal arbitral saberia as decisões que as partes chegaram durante a fase de troca de documentos, que pode ter durado vários meses. **O Redfern Schedule possibilita que os advogados das partes e o tribunal arbitral saibam qual é a posição das partes em relação aos requerimentos detalhados de produção de documentos e as razões de suas objeções a esses requerimentos.** O tribunal pode então analisar esses requerimentos, um por um, e decidir como cada um será tratado.” (grifos nossos)¹¹³

Assim, na fase de produção de documentos, a partir do artigo 3 das Regras da IBA sobre Produção de Provas, cada parte deverá submeter ao tribunal arbitral todos os documentos que fundamentam suas alegações e limitar os pedidos de produção de documentos demonstrando a relevância e materialidade para o resultado do caso. Se houver objeção aos pedidos, as partes deverão utilizar o chamado *Redfern Schedule*¹¹⁴ (*vide* ANEXO A) como meio para formular requerimentos de produção de documentos.

¹¹¹ LUTTRELL, Sam. HARRIS, Peter. Reinventing the Redfern. *Journal of International Arbitration*, v. 33, 2016. p. 354.

¹¹² KHODYKIN, Roman Mikhailovich. MULCAHY, Caroll. FLETCHER, Nicholas Hugo Martin. A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Oxford University Press, 2019. p. 164; WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p.871.

¹¹³ Idem, *ibidem*, p. 164.

¹¹⁴ At the stage of documentary disclosure, the usual procedure (using the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration as guidelines) will be for each party to submit to the tribunal all of the documents on which it relies and to limit requests for disclosure of documents by the other side to such documents as are ‘relevant and material to the outcome of the case’. If there are disputed requests for documents that are of any length, they

Nesse sentido, o tribunal arbitral do caso “Elektrim SA vs. Vivendi Universal S.A.”¹¹⁵, tramitado na LCIA, era formado pelos co-árbitros Alan Redfern e Jerzy Rajski e o árbitro-presidente Wolfgang Peter, e foi estabelecido que as partes deveriam apresentar seus pedidos de produção de documentos em concordância com o procedimento conhecido na arbitragem internacional como *Redfern Schedule*.

De forma prática, o *Redfern Schedule* consiste numa tabela composta de 4 (quatro) colunas, sendo que cada coluna deve ser resumidamente preenchida pelos advogados das partes com atenção aos seguintes pontos:

- a) Na primeira coluna, a parte requerente faz uma breve descrição do documento requerido, sendo suficiente para identificá-lo, ou uma descrição com detalhes suficientes para identificar uma classe de documentos que possam existir – vide artigo 3(3)(a) das Regras da IBA sobre Produção de Provas;
- b) Na segunda coluna, a parte requerente declara por quê o documento requerido é relevante ao caso e tem materialidade para o resultado – vide artigo 3(3)(b) e (c) das Regras da IBA sobre Produção de Provas;
- c) Na terceira coluna, a parte requerida declara com qual limite da produção do documento está preparada para concordar e, se apresentar objeção, deverá explicar as suas razões – vide artigo 3(5) e 9(2) das Regras da IBA sobre Produção de Provas;
- d) Na quarta coluna, deixa-se em branco para a decisão do tribunal arbitral. Se o tribunal considerar que o instrumento não contém informação suficiente para emitir uma decisão, ele poderá pedir às partes por informação adicional ou, excepcionalmente, agendar uma reunião com as partes para discutirem sobre os pedidos e documentos – vide artigo 3(4), (6) e (7) das Regras da IBA sobre Produção de Provas.

De toda forma, esse respectivo instrumento pode causar desconforto aos advogados e árbitros em comparação aos seus sistemas jurídicos. Na prática do *civil law*, as partes não são obrigadas a produzir outros documentos senão aqueles que fundamentam seu direito, além do

will usually be dealt with by means of the so-called Redfern schedule. BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 67-68.

¹¹⁵ INGLATERRA. England and Wales High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court. *Elektrim SA v Vivendi Universal SA & Ors Rev 1*. Relator: Richard Aikens, 19 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/11.html>. Acesso em: 17 de abril de 2020.

fato de que alguns documentos não demonstram qualquer aspecto relevante ao caso, porém, excepcionalmente, o juiz pode determinar a produção de um documento específico.

Já na prática do *common law*, há uma obrigação das partes de produzirem todos os documentos relevantes ao caso, o que ocasiona um grande ônus à parte requerida em termos de custos e tempo, bem como à parte requerente e ao juiz que terão de analisar todos os documentos e descobrir fatos-chaves para a resolução do litígio.

Em 2012, a School of International Arbitration da Queen Mary University of London¹¹⁶ publicou uma pesquisa sobre as práticas atuais e preferidas dos procedimentos arbitrais e, segundo os dados, em média, 37% das arbitragens internacionais envolvem o uso do *Redfern Schedule* como um método de gerenciar a fase de produção de documentos, sendo que utilizado com mais frequência nas arbitragens com advogados de formação *common law*.

Nessa pesquisa, constatou-se também que os requerimentos de produção de documentos são mais frequentes e utilizados nos procedimentos com advogados de origem *common law* (74%) do que com advogados de origem *civil law* (21%), sendo que 59% dos entrevistados declaram que os documentos obtidos nessa fase afetaram materialmente o resultado da disputa.

Não obstante, a pesquisa apurou que, em geral, a maioria dos entrevistados com experiência no uso do *Redfern Schedule* acreditam que este instrumento é um método eficiente de gerenciar o processo de produção de documentos, sendo que 46% afirmaram que o *Redfern Schedule* é melhor que qualquer outro instrumento para essa fase da arbitragem, enquanto 34% responderam que depende do caso, 16% disseram não ter opinião sobre isso e 4% acreditam que o instrumento é ineficiente.

Pensando nisso, pode-se depreender que, apesar de não ser tão utilizado por praticantes do *civil law*, as partes podem se beneficiar do instrumento e requerer uma categoria de documentos, nos quais podem conter informações relevantes para a resolução do caso. Em consequência disso, se a parte solicitada observar que as informações contidas no documento causarão risco de perda do procedimento arbitral, a próxima ação seria contatar a parte contrária e tentar negociar um acordo para pôr fim ao litígio.

Nas hipóteses de utilização do *Redfern Schedule* na arbitragem, as partes e o tribunal arbitral concordam com o uso desse instrumento através do Termo de Referência ou da Ordem Processual nº 1 expedida pelo tribunal.¹¹⁷ Além do mais, as partes e o tribunal formulam o

¹¹⁶ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. White & Case LLP. International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process. 2012. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/>. Acesso em: 29 jun. 2020.

¹¹⁷ BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 384.

cronograma do procedimento, prazos das manifestações escritas, produção de documentos, oitiva de testemunhas e apresentação dos laudos periciais, dentre outras regras.

5.2 TEMPO, CUSTO, PODER DAS PARTES E GESTÃO DOS DOCUMENTOS

Após a formação do tribunal arbitral, este será responsável pela condução e controle do procedimento, embora esse poder não seja total e imediato¹¹⁸. No início da arbitragem, o tribunal arbitral geralmente discute com as partes sobre a organização do caso e as regras processuais aplicáveis, com o intuito de prever e sanar, desde logo, possíveis problemas em relação ao tempo, custo, poder das partes e à gestão dos documentos produzidos pelas partes.

Segundo André Abbud,

[...] a prova documental tem sido vista pelos usuários como um dos fatores centrais responsáveis pelo aumento do custo e do tempo despendidos no processo arbitral. Ainda que em boa parte dos casos seja produzido um número relativamente pequeno de documentos, nas arbitragens mais complexas a coleta intensiva de documentos pode gerar verdadeiro ‘tsunami’ ou ‘avalanche’ de papéis ou arquivos eletrônicos, cuja produção e análise consomem excessivos recursos das partes e atrasam a solução da disputa.¹¹⁹ (grifos nossos).

Na perspectiva da produção de documentos, o tempo é elemento fundamental para o cumprimento do cronograma estabelecido entre as partes. É inevitável que as partes, ao se submeterem à arbitragem internacional, tenham plena ciência de que o tempo pode ser decisivo para o tribunal arbitral ao analisar o requerimento de produção de documentos e objeções.

Ocorre que, apesar de os documentos serem relevantes e essenciais para o caso, a parte solicitada não terá tempo hábil para buscar e produzir os documentos e, depois, a parte solicitante não conseguirá analisar o conteúdo de todos os documentos produzidos antes de apresentá-los no procedimento.¹²⁰

Em função disso, em casos complexos, as partes podem contratar empresas e sistemas especialistas em auditoria e *compliance* para realizar a busca e filtragem dos documentos como, por exemplo, do software Relativity, que, através de uma plataforma online, oferece o

¹¹⁸ BLACKABY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 354.

¹¹⁹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 124-125.

¹²⁰ KHODYKIN, Roman Mikhailovich. MULCAHY, Caroll. FLETCHER, Nicholas Hugo Martin. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Oxford University Press, 2019. p. 131.

processamento, gerenciamento, a revisão, etiquetagem e produção de documentos eletrônicos aos advogados.

Nesse escopo, o tempo de análise dos documentos pode ser reduzido, embora ainda seja fundamental a conferência do conteúdo dos documentos antes da produção deles, com a finalidade de manter a confidencialidade de alguma informação.

À vista disso, o custo é outro elemento tão quanto significativo para a produção de provas.¹²¹ As partes entendem que, além dos custos de deslocamento do tribunal arbitral e do próprio procedimento, um requerimento de produção de documentos amplo e genérico pode causar custos inesperados tanto à parte solicitada quanto à parte solicitante¹²². Assim, havendo discordância e alegação do custo excessivo, tribunal arbitral deverá averiguar a necessidade de produção dos documentos e, de repente, ratear entre as partes os custos da produção.

Aliás, o custo excessivo pode estar relacionado ao abuso das partes na formulação do requerimento de produção de documentos, uma vez que uma das partes pode ou ter origem do sistema *common law*, em que se admite grandes pedidos e produção de inúmeros documentos, ou simplesmente desconhecer a existência de documentos relevantes e requerer uma vasta categoria de documentos, imaginando-se que haja documentos relacionados ao caso.

Na hipótese de ocorrência de abuso das partes, as próprias deparam-se com a gestão dos documentos produzidos, embora não sejam todos apresentados no procedimento arbitral. Como já mencionado, a produção de documentos recai principalmente na forma eletrônica que, na sua essencialmente, traz consigo um volume de conteúdo e dados a serem analisados pelas partes. Dependendo do nível de experiência, as partes podem concordar em estabelecer a forma, tipo, tamanho e grau de informação do arquivo antes da produção, visando facilitar a gestão e análise dos documentos¹²³.

Diante desses problemas decorrentes do uso do *Redfern Schedule*, o tribunal arbitral poderá atuar no procedimento para, desde já, limitar o tempo para as partes formularem e apresentarem objeções aos requerimentos de produção de provas, bem como de produzi-las. Não obstante, as partes podem, de início, concordar com a limitação ou o rateamento dos custos, definir especificamente os requisitos e critérios do *Redfern Schedule* e estabelecer a forma de produção dos documentos.

¹²¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 131.

¹²² WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p.841.

¹²³ WAINCYMER, Jeffrey Maurice, op. cit., p. 882.

5.3 RELEVÂNCIA E MATERIALIDADE

De acordo com o artigo 3.3 (b) das Regras da IBA sobre Produção de Provas, a parte solicitante deve, no requerimento de produção de prova, inserir uma declaração sobre como os documentos requeridos são **relevantes para o caso** e apresentam **materialidade para o resultado**. A partir disso, conforme o artigo 9.2 (a), o tribunal arbitral poderá excluir qualquer documento, em razão da insuficiência de relevância e materialidade para o resultado.

Segundo Reto Marghitola, o termo “relevância” é um requisito utilizado normalmente no sistema de *common law* com amplo entendimento, de modo que não é questionado se os documentos requeridos são necessários para o juiz decidir sobre o caso, uma vez que as partes não teriam defendido ainda suas alegações, pois estariam na fase de disclosure e discovery, focando-se, então, na perspectiva das partes daquilo que é relevante para as partes se prepararem para o julgamento do caso¹²⁴.

A partir disso, é possível pontuar que a expressão “relevante para o caso” não será analisada pelo tribunal arbitral, mas pelas partes do procedimento arbitral, as quais deverão analisar se determinado documento requerido contribuirá para a apresentação do caso. Nesse aspecto, o propósito dessa expressão é excluir os documentos que não estão relacionados com o caso, como, por exemplo, quando as partes buscam encontrar documentos que podem gerar novas alegações¹²⁵.

Acerca dessa análise, Nathan O'Malley afirma que o tribunal arbitral analisará se a parte solicitante do documento apresentou um argumento acreditável sobre a possível ou *prima facie* relevância da prova requerida, que seja capaz de suportar um elemento controvertido do caso¹²⁶.

No sistema de *common law*, é possível ainda que as partes submetam amostras (*sampling*) ao tribunal, a fim de ser verificado a relevância das informações e do documento. No entanto, Reto Marghitola entende que esse método somente pode ser utilizado para reduzir o ônus excessivo da produção da prova e não pode ser substituído pelo requerimento de produção de documentos no procedimento arbitral¹²⁷.

Já o termo “materialidade” origina do sistema de *civil law*, pois, após as partes terem apresentado suas manifestações, o juiz examina a natureza e requisitos da ação, a fim de

¹²⁴ MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*. v. 33. Kluwer Law International, 2015. p. 48.

¹²⁵ Idem, *ibidem*, p. 49.

¹²⁶ O'MALLEY, Nathan D. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. Informa Law, 2012. §3.36. apud MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*. v. 33. Kluwer Law International, 2015. p. 50.

¹²⁷ MARGHITOLA, op. cit., p. 50.

verificar se todas as alegações e provas da parte requerente foram contestadas pela parte requeridas. Assim, o pedido de produção de documento somente é concedido se o objetivo for provar algum ponto controvertido, que não foi provado de outra forma durante o procedimento¹²⁸.

Sob o olhar de Reto Marghitola, “um documento tem materialidade para o resultado se este for necessário para permitir uma análise completa das questões fáticas, das quais as conclusões jurídicas são tiradas”¹²⁹, sendo que, dessa forma, é necessário que o tribunal arbitral tenha clareza dos fatos do caso para possibilitar a exclusão de argumentos irrelevantes que as partes apresentam nas suas manifestações com o intuito de desqualificar a parte contrária.

Nessa mesma linha, Jeffrey Waincymer entende que a materialidade é utilizada para evitar repetição desnecessária e a produção de material desnecessário, sendo que aquilo que for necessário deve se relacionar com as alegações e as possíveis questões que o documento poderá comprovar, de modo que seja capaz de influenciar no julgamento do tribunal arbitral¹³⁰.

Com base nesses termos, o tribunal arbitral deve assegurar que as partes irão reduzir o número de pedidos e documentos requeridos, a fim de incentivar que os documentos sejam aqueles que irão, certamente, corroborar para a análise e julgamento final do caso.

Por exemplo, dentre a categoria de documentos requeridos, somente um documento pode apresentar alguma informação relevante para o caso que, de certa forma, já foram apresentadas provas suficientes sobre o respectivo fato, assim, não há razão para se admitir a produção dessa categoria de documentos.

Por outro lado, se a parte solicitante demonstrar que a categoria de documentos em si será necessária para sustentar pontos fracos de suas alegações, as quais são essenciais para o caso, o tribunal arbitral poderá conceder e determinar a produção desses documentos.

Com efeito, as definições desses termos são meramente pontos de partida para a interpretação e compreensão das partes e dos árbitros, no entanto, a falta de clareza sobre esses termos no ato de formulação do requerimento de produção de provas pode impactar negativamente o tribunal arbitral, uma vez que terá de decidir sobre a admissibilidade, relevância, materialidade e valor da prova documental solicitada e, ao final, considerar no julgamento do caso.

¹²⁸ MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*. v. 33. Kluwer Law International, 2015. p. 48.

¹²⁹ MARGHITOLA, op. cit., p. 53.

¹³⁰ WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p.859.

Diante dessa situação, em razão da fase de produção de documentos ocorrer após a primeira rodada de manifestações das partes, é provável que o tribunal arbitral ainda não tenha clareza sobre todos os fatos e os pontos controvertidos do caso e, por isso, a análise sobre a relevância e materialidade será, tão logo, *prima facie*, o que pode ou não ser suficiente para o (in)deferimento dos pedidos das partes.

6 ANÁLISE CRÍTICA DO REDFERN SCHEDULE

De acordo com Klaus Berger, na última década, muitos autores têm escrito sobre maneiras de criar uma ponte entre os sistemas jurídicos de common e *civil law* na arbitragem internacional. Dentre as experiências dos praticantes, emergiu-se um consenso de que, diferentemente da arbitragem nacional, a arbitragem internacional não pertence a nenhum dos dois sistemas jurídicos, mas constitui uma terceira categoria formada por procedimentos transnacionais e híbridos, que combina elementos de ambos os sistemas e é regida por regras práticas não estatutárias.¹³¹

Dentre as maneiras de criar uma ponte entre os sistemas jurídicos, os instrumentos de *soft law* vem desempenhando uma enorme responsabilidade de consolidar uma disciplina transnacional e padronizada para o processo arbitral, buscando-se combinar as melhores práticas de cada sistema e construir diretrizes para guiar as arbitragens internacionais em qualquer lugar do mundo, sendo praticado por pessoas de qualquer nacionalidade e formação.

Em síntese, André Abbud afirma que os instrumentos de *soft law* trazem impactos positivos aos procedimentos arbitrais, sendo eles: (i) aumento de previsibilidade, (ii) harmonização de diferenças culturais, (iii) difusão do conhecimento e promoção da igualdade entre as partes, (iv) ganho de eficiência, e (v) reforço à legitimidade da arbitragem¹³².

No entanto, pensando que as partes se submetem à arbitragem com a expectativa que a resolução do conflito acontecerá de forma mais autônoma, eficaz e ágil, é possível que tais expectativas sejam frustradas, como ocorre na fase de produção de provas.

Nesse ponto, André Abbud cita o posicionamento de Toby Landau, o qual diz que

[...] a prática solidificou um modelo-padrão de procedimento que não se adapta às variáveis de cada caso concreto e não se presta a decidir bem os conflitos. Ao iniciar uma arbitragem, as partes, os advogados e os próprios árbitros já têm uma expectativa preconcebida de como será o procedimento e relutam em se afastar dela.¹³³

Nesse sentido, Toby Landau, Pierre Lalive e Phillipe Fouchard¹³⁴ entendem que esse modelo-padrão (*standard*) é caro, demorado, trabalhoso e ineficiente, sendo o procedimento arbitral adotado permanece o mesmo e os árbitros têm receio de fugir da fórmula consagrada,

¹³¹ BERGER, Klaus Peter. Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End? *In*: SCHERER, Maxi. *Journal of International Arbitration*, v. 36, 2019. pp. 295-296.

¹³² ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56.

¹³³ Idem, *ibidem*, p. 103.

¹³⁴ Idem, *ibidem*, p. 103.

com receio de que o laudo arbitral seja impugnada ou anulado, e, por isso, a arbitragem perde a principal característica: flexibilidade.

Em verdade, acredita-se que os instrumentos de *soft law* seria um dos fatores responsáveis pela indesejável padronização do processo arbitral e, assim, os praticantes da arbitragem deixam de adaptar as regras processuais para o caso específico, deixando de ser um processo *taylor-made*¹³⁵ para um processo *boilerplate*¹³⁶.

Dentre esses instrumentos, conforme abordado, utiliza-se frequentemente o instrumento do *Redfern Schedule* para justamente organizar a produção de documentos entre as partes que, no entanto, a utilização do instrumento tem sido penosa e dificultosa aos praticantes da arbitragem internacional¹³⁷.

Na verdade, é um método de questionar o tribunal somente acerca dos pedidos e objeções das partes, porém, dependendo da questão em análise, as partes poderão requerer a apresentação de inúmeros documentos, o que pode gerar tempo e custos excessivos, bem como não há a possibilidade de relacionar os pedidos com aspectos gerais do procedimento, o que possibilitaria o tribunal arbitral a ter um senso maior de importância de cada documento.

Aliás, André Abbud cita o posicionamento de Michael Schneider – contra a proliferação de diretrizes e protocolos destinados aos procedimentos arbitrais –, o qual entende que não existe controle sobre o modo de produção e a qualidade do teor desses atos e “[...] podem conter disposições erradas ou simplesmente triviais, cujo resultado são ludibriar o profissional menos experiente e impedir o pensamento independente.”¹³⁸

De acordo com o Subcomitê 40 de Arbitragem da IBA, as principais dificuldade encontradas atuais são: (i) pedidos de documentos amplos e repetitivos; (ii) objeções padronizadas e repetitivas; e (iii) falta de identificação da correlação dos pedidos, do caso em análise e da importância da categoria dos documentos¹³⁹.

Desse modo, segundo o Subcomitê, o *Redfern Schedule* poderia ser apresentado de forma horizontal com pedidos divididos em tópicos e referências cruzadas, em conjunto com

¹³⁵ De acordo com o Dicionário de Cambridge, o termo “tailor-made” significa que é algo feito especialmente para um propósito específico e particular. (TAILOR-MADE. In: CAMBRIDGE DICTIONARY. Cambridge: University of Cambridge, [2020?]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/boilerplate>. Acesso em: 29 out. 2020).

¹³⁶ De acordo com o Dicionário de Cambridge, o termo “boilerplate” significa que é um texto que pode ser copiado ou usado em documentos jurídicos ou em programas de computador com somente poucas mudanças, e um jeito de escrever ou pensar de maneira não especial e não demonstra imaginação. (BOILERPLATE. In: CAMBRIDGE DICTIONARY. Cambridge: University of Cambridge, [2020?]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/boilerplate>. Acesso em: 29 out. 2020).

¹³⁷ IBA ARB40 SUBCOMMITTEE. *Compendium of arbitration practice*. [S. l.]: IBA, 2017. p. 15

¹³⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 107.

¹³⁹ IBA ARB40 SUBCOMMITTEE, op. cit., p. 16

uma breve explicação da relevância e materialidade de cada pedido. Além disso, os pedidos de produção de documentos poderiam ser incluídos nas alegações fáticas e, ao final da manifestação escrita, agregar uma lista com esses documentos e suas referências cruzadas.

Apesar disso, alguns árbitros praticantes adotam outras técnicas que podem facilitar o procedimento como a obrigação de *meet and confer* com as partes para alinharem a fase de produção de documentos, antes de qualquer pedido e objeção. De outra forma, o tribunal poderia agendar uma audiência com as partes ou somente os advogados para questionar sobre os pedidos de documentos, uma vez que o tribunal se beneficiaria dessa prática e ter mais conhecimento sobre o litígio.

Na perspectiva de Luttrell e Harris¹⁴⁰, as arbitragens internacionais sempre tentam manter os custos baixos e evitar qualquer conexão com o *discovery* americano, no entanto, as alegações das partes nos requerimentos e objeções de produção de documentos tendem a ser estritamente jurídicos, embora tivessem de focar na relevância e materialidade do documento, o que acaba gerando custos altos, pedidos amplos e genéricos.

Para solucionar isso, os autores sugerem o acréscimo de uma coluna ao *Redfern Schedule* para estimativa de custos de *compliance* para cada pedido de produção de documentos, a fim de mostrar ao tribunal o pedido em termos monetários e trazer à discussão elementos fáticos e jurídicos do requerimento. Aliás, nos procedimentos complexos envolvendo grandes e médias empresas, é imprescindível que a produção de documentos demandará uma força tarefa de pessoas internas e, após, dos advogados, que terão de analisar os termos dos documentos antes da produção.

Assim, se a parte requerente fizer um pedido amplo e genérico de documentos, a parte requerida apresentaria sua objeção e uma proposta de produção de documentos mais limitada, de acordo com as possibilidades de produção. Em seguida, a parte requerida também apresentaria os custos de *compliance* para o pedido amplo da parte requerente e para a proposta limitada. Assim, as partes seriam estimuladas a limitarem e especificarem mais seus pedidos.

Todavia, de acordo com o relatório da ICC¹⁴¹, deve-se observar que a divisão de custos não reduz os custos totais da arbitragem, pode ser um substituto para o limite do requerimento de produção de documentos, possibilita que as partes “comprem” acesso à produção eletrônica de documentos daquilo que está realmente disponível e, por fim, seria uma ferramenta de abuso entre as partes de condições financeiras desiguais.

¹⁴⁰ LUTTRELL, Sam. HARRIS, Peter. Reinventing the Redfern. *Journal of International Arbitration*, v. 33, 2016. p. 354. p. 356.

¹⁴¹ Tópicos 5.20 a 5.23 do ICC Commission Report of Managing e-Document Production.

Dependendo do número de pedidos feitos, as partes ainda estariam sujeitas ao aumento do tempo e atraso na condução do procedimento. Não obstante, o tribunal arbitral poderia discutir melhor com as partes a relevância e a materialidade de cada documento, antes que ambas incorram em prejuízos inesperados no procedimento.

Aliás, é importante que as partes tenham clareza sobre os documentos, que serão requeridos no procedimento arbitral, no sentido de auxiliar na comprovação dos argumentos mais importantes e controvertidos do caso, a fim de evitar todos os problemas acima expostos.

De forma geral, sobre os instrumentos de *soft law*, André Abbud observa que “[...] Aqueles textos que, por suas próprias virtudes, demonstram maior utilidade prática, acabam sendo adotados com cada vez mais frequência, além de terem seu uso promovido e divulgado entre os pares [...]”,¹⁴² como é o caso do Redfern Schedule.

Outro fator importante é, como já mencionado, a origem dos praticantes da arbitragem internacional, visto que aquele que não tem prática ou conhecimento, seja com o procedimento arbitral ou com o requerimento de produção de documentos, dificilmente enxergará uma oportunidade de encontrar um documento relevante e essencial para o caso concreto.

No Brasil, o procedimento de produção de documentos ocorre de forma extraordinária e o rito ordinário dos procedimentos judiciais iniciam com a apresentação de todos, ou a maioria, dos documentos relevantes ao litígio. Nos EUA, está intrínseco ao procedimento judicial a fase de produção de documentos, que, antes dos documentos serem produzidos, as partes ainda podem interrogar terceiros para tentar encontrar potenciais documentos¹⁴³.

O fato é que, logicamente, a arbitragem internacional tornou-se um campo “neuro” e “híbrido”, em que esses praticantes dos diferentes países e sistemas jurídicos se encontram e, em razão de alguns já estarem mais habituados, é possível que eles queiram aplicar as regras processuais específicas e conhecidas no sistema judicial de origem.

Nesse aspecto, o *Redfern Schedule*, ao invés de surgir como uma possibilidade de padronização e unificação do procedimento arbitral internacional, pode privilegiar uma das partes, a depender do costume, prática e conhecimento sobre a utilização desse instrumento. Desse modo, aquilo que era para ser neutro e universal, pode se tornar numa ferramenta favorável e benéfica a uma das partes envolvidas.

¹⁴² ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

¹⁴³ MARGHITOLA, Reto. Document Production in International Arbitration. v. 33. Kluwer Law International, 2015. p. 119.

Nessa circunstância, vale lembrar que o propósito do *Redfern Schedule* é servir de instrumento para organização e estruturação dos requerimentos de produção de prova documental, pois se trata, simplesmente, de uma tabela.

Apesar de ser “somente” uma tabela, sendo irrelevante o sistema jurídico dos praticantes, o uso de forma arbitrária e sem correlação com os argumentos fáticos e jurídicos poderá ensejar em graves problemas ao procedimento arbitral, como o tempo e custo excessivo, abuso de poder das partes, falha da gestão de documentos produzidos e dificuldade de análise pelo tribunal arbitral sobre a relevância e materialidade dos requerimentos de produção e dos documentos a serem produzidos ou já produzidos.

7 CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, verificou-se que o procedimento judicial brasileiro é instaurado por meio de alegações escritas com argumentos fáticos e jurídicos e as provas constitutivas do direito alegado, ou seja, desde o início, as provas são conhecidas e, excepcionalmente, o juiz poderá ordenar a produção de provas específicas para a formação do seu convencimento e o julgamento do caso.

Do outro lado, o procedimento judicial americano é instaurado por meio de breves alegações escritas com argumentos fáticos e jurídicos, de modo que as provas serão requeridas, produzidas e compartilhadas por iniciativa das partes, sendo que, entre elas, será definido o procedimento, cronograma, indicação e tipo de documentos, justificativas e objeções e, caso não haja um consenso, as partes poderão requerer a ordem do juiz para decidir sobre a prova. Após essa fase de produção de provas entre as partes, o juiz julga o caso.

Ocorre que os praticantes desses sistemas jurídicos de *civil* e *common law* podem estar envolvidos em procedimento arbitrais internacionais, de modo que, em razão da origem e formação jurídica, tentam aplicar os procedimentos as regras processuais nacionais, apesar da arbitragem ser conhecida como um método específico para o caso concreto e regido pelo princípio da autonomia da vontade, ou seja, as partes devem criar e/ou decidir sobre as regras processuais que serão aplicadas.

Nesse contexto, surge uma geração de praticantes da arbitragem internacional focada na criação de instrumentos de *soft law* capazes de guiar, instruir e criar regras processuais, que transformam-se em um método padrão aplicável aos procedimentos e, se possível, em qualquer – ou todas – (as) arbitragem(ns).

Sabendo disso, as instituições arbitrais criaram seus regulamentos internos aplicáveis aos procedimentos arbitrais, embora sejam genéricas e sirvam somente como ponto de partida do início da arbitragem. De maneira mais específica, a IBA criou as Regras sobre Produção de Provas, visando guiar e estabelecer critérios para a fase instrutória dos procedimentos arbitrais, cabendo aos praticantes optarem pela aplicação total ou parcial dessas regras à arbitragem.

Nessa sintonia, Alan Redfern adaptou um instrumento utilizado nos procedimentos judiciais ingleses envolvendo construções para ser aplicado em procedimentos arbitrais, surgindo, então, o *Redfern Schedule*, como método de listar e requerer a produção de documentos à parte contrária, com o intuito de, por meio dos documentos requeridos, comprovar o direito discutido no caso em concreto.

De início, a diferença entre o *Redfern Schedule* e as Regras da IBA sobre Produção de Provas está inserido na esfera da criação e desenvolvimento, visto que o *Redfern Schedule* foi criado e desenvolvido por um único indivíduo técnico e especialista em arbitragem internacional, enquanto as Regras da IBA sobre Produção de Provas foram por um grupo de trabalho formado por técnicos e especialistas em arbitragem internacional de várias partes do mundo, o qual tinha o objetivo de discutir, negociar, monitorar soluções, verificar as tendências, criar e atualizar regras processuais capazes de abranger o melhor do *common* e *civil law*.

Em relação à problemática dessa pesquisa, primeiramente, conclui-se que o *Redfern Schedule* consiste simplesmente em uma tabela com quatro colunas, que servem para organizar os pedidos de produção de documentos entre as partes, que pode ser utilizado em qualquer procedimento, seja judicial ou arbitral, brasileiro ou americano.

Dentro dos benefícios da *soft law* mencionados por André Abbud, não há dúvidas que o *Redfern Schedule* traz: (i) aumento de previsibilidade das regras aplicáveis ao procedimento arbitral; (ii) ganho de eficiência na fase de requerimento e produção da prova documental; e (iii) reforça à legitimidade da arbitragem internacional.

No entanto, não se pode concluir que esse instrumento fornece harmonização das diferenças culturais, difusão do conhecimento e promoção da igualdade entre as partes envolvidas na arbitragem, uma vez que, conforme a pesquisa realizada pela Queen Mary University of London, o uso do *Redfern Schedule* está, majoritariamente, associado com o costume e prática das partes do sistema jurídico do *common law*.

Logo, pensando na padronização da arbitragem internacional, pode-se afirmar que o *Redfern Schedule* nunca objetivou estabelecer uma ponte entre os sistemas de *common* e *civil law*.

Não obstante, esse instrumento é altamente aceito na comunidade da arbitragem internacional e, diante do objetivo de organizar os pedidos de produção de documentos entre as partes, é certo de que não há impacto negativo à arbitragem internacional e aos envolvidos nos procedimentos arbitrais, que optem em utilizar esse instrumento.

Cumprido destacar ainda que a escolha e aplicação do *Redfern Schedule* na arbitragem internacional poderá prejudicar as partes, os advogados e os árbitros envolvidos no procedimento quando o uso for feito de forma incorreta e inadequada, em razão da falta de conhecimento e/ou prática, gerando o tempo e custo excessivo, o abuso de poder entre as partes e má gestão dos documentos produzidos e, conseqüentemente, o tribunal arbitral poderá ter dificuldade em decidir sobre a admissibilidade, relevância, materialidade e valor da prova documental solicitada.

Quanto aos problemas acima identificados, sugere-se o acréscimo de mais uma coluna ao *Redfern Schedule* à parte solicitada, como parte de suas objeções ao pedido realizado, para informar o custo envolvido e a estimativa do tempo para a produção da prova documental solicitada. Dessa forma, ao submeter o requerimento ao tribunal arbitral, além de ser verificada a relevância e materialidade da prova documental, o tribunal arbitral avaliaria a necessidade da prova à vista dos custos e do tempo da produção e seus impactos ao procedimento.

Por fim, sugere-se que as partes, a depender da complexidade dos procedimentos arbitrais, contratem sistemas e empresas especialistas em auditoria e/ou *compliance*, com o objetivo de filtrar, organizar e gerir previamente os documentos do caso, cabendo aos advogados somente a revisão mínima do conteúdo de documentos específicos para proteger informações sigilosas ou privilegiadas antes de entregá-las à parte solicitante, garantindo, assim, máxima eficácia nessa fase de produção de provas documentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart*. In: SCHERER, Maxi. *Journal of International Arbitration*, v. 35, 2018.
- BERGER, Klaus Peter. *Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?* In: SCHERER, Maxi. *Journal of International Arbitration*, v. 36, 2019.
- BLACKBAY, Nigel. CONSTANTINE, Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Kluwer Law International: Oxford University Press, 2015.
- BOILERPLATE. In: CAMBRIDGE DICTIONARY. Cambridge: University of Cambridge, 2020. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/boilerplate>. Acesso em: 29 out. 2020.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2015.
- BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 09 abr. 2020.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN: Thomson-West, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CURY, Cesar Felipe. *Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista FONAMEC, 2017. v. 1.
- DAINOW, Joseph. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*. *The American Journal of Comparative Law*. v. 15.

DIDIDER JR., Fredie. *Curso de Direito de Processo Civil – Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição (1789)]. *Constitution of the United States of 1789*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a6. Acesso em: 17 maio 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure of 2019*. U.S. Government Publishing Office. Washington: 2020. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf. Acesso em: 17 maio 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court of Kansas. *Heartland food products, LLC. And Fleener*. Memorandum and Order. Before the Court is E. Allen Fleener's Motion to Compel Production of Documents from Heartland Food Products and Roch Capital (ECF No. 31).¹ Heartland and Roch oppose the motion (ECF No. 35). E. Allen Fleener ("Fleener") has not filed a reply, and the time to do so has passed.² For the reasons discussed below, the Court denies the motion. Juíza: Teresa J. James, 17 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/infcco20190618c25>. Acesso em: 17 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Southern District of New York. *Zubulake v. UBS Warburg LLC*. Opinion and Order. Female former employee brought action against former employer, asserting city, state, and federal law gender discrimination and retaliation claims. Employee moved for an order compelling production of archived e-mails. The District Court, Scheindlin, J., held that: (1) employee was entitled to discovery of relevant e-mails that had been deleted and resided only on backup disks, and (2) consideration of cost-shifting of discovery costs was proper. Juíza: Shira Scheindlin, 13 de maio de 2003. Disponível em: <https://casetext.com/case/zubulake-v-ubs-warburg-llc-6>. Acesso em: 17 abr. 2020.

FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, pp. 107-128, 2003. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1184#quotation>. Acesso em: 11 out. 2019.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

INGLATERRA. England and Wales High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court. *Elektrim SA v Vivendi Universal SA & Ors Rev 1*. Judgment. [...] By its Procedural Order No 2, published on 25th May 2005, the tribunal fixed the timetable for the arbitration. It decided that the first phase of the proceedings would focus on: (i) the validity of the TIA; (ii) whether Vivendi was obliged to apply for Governmental Approvals under the TIA and (iii) whether the "Effective Date" had occurred. In the same Order, the tribunal also set out the procedure to be adopted for production of documents. The parties were to present their requests for production of documents in accordance with a procedure known in international arbitration as "the Redfern Schedule". The routine is that the party requesting the documents identifies the documents requested and the reasons for the request. The opposing party then sets out its reasons for its opposition to production (if any). The schedule then sets out the decision of the tribunal. [...]. Relator: Richard Aikens, 19 de janeiro de 2007.

Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/11.html>. Acesso em: 17 de abril de 2020.

INGLATERRA. Her Majesty's Courts and Tribunals Service (HMCTS). *Technology and Construction Court Guide*. 2. ed. 5. rev. Londres, 2005. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/819807/technology-and-construction-court-guide.pdf. Acesso em: 07 de maio de 2020.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). Arb40 Subcommittee. *Compendium of arbitration practice*. [S. l.]: IBA, 2017. [Indisponível]. Acesso em: 07 maio 2020.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. 1999 IBA Working Party 1 & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee. Disponível em: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Acesso em: 07 de maio de 2020.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional de 2010. Londres, 2010. Disponível em: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Acesso em: 07 maio 2020.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee. *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products*. [S. l.]: IBA, 2016. [Indisponível]. Acesso em: 07 maio 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information. *ICDR*, 2012. Disponível em: <https://wcart.files.wordpress.com/2012/07/icdr-guidelines-for-arbitrators-concerning-exchanges-of-information.pdf>. Acesso em: 07 maio 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). *Regulamento de Arbitragem Internacional de 2014*. [S. l.]: ICDR, 2014. Disponível em: https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_Portuguese_0.pdf. Acesso em: 07 de maio de 2020.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Regulamento de Arbitragem de 2017*. Paris: ICC, 2019. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 07 maio 2020.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Report on Managing E-Document Production*. Paris: ICC, 2016. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-managing-e-document-production/>. Acesso em: 07 maio 2020.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*. 2. ed. Paris: ICC, 2018. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/>. Acesso em: 07 maio 2020.

KHODYKIN, Roman Mikhailovich. MULCAHY, Caroll. FLETCHER, Nicholas Hugo Martin. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Oxford University Press, 2019.

LEW, Julian David Mathew. MISTELIS, Loukas A. KROLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). Arbitration Rules of 2020. Londres, 2020. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2022. Acesso em: 07 maio 2020.

LUTTRELL, Sam. HARRIS, Peter. Reinventing the Redfern. *Journal of International Arbitration*, v. 33, 2016.

MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*. v. 33. Kluwer Law International, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NAON, Horacio Grigera. MASON, Paul E. *International Commercial Arbitration Practice – 21st Century Perspectives*. LexisNexis, 2019.

NEUMAYR, Florian. The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Document Production against the Background of Private Enforcement. In: KLAUSEGGER, Christian. KLEIN, Peter. *Austrian Yearbook on International Arbitration*. Viena: Manzsche Verlagsbuchhandlung, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

O'MALLEY, Nathan D. *Rules of Evidence in international Arbitration: An Annotated Guide*. 2. ed. London: Informa Law from Routledge, 2019.

O'MALLEY, Nathan D. Internationally Known - The IBA Rules of Evidence, *The Los Angeles Lawyer*, fev. 2014.

O'MALLEY, Nathan D.; CONWAY, Shawn C. Document Discovery in International Arbitration - Getting the Documents You Need. *Global Business & Development Law Journal*, v. 18, n. 2, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). *Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira de 1958*. Nova Iorque: UNCITRAL, 2015. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>. Acesso em: 07 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem*

Comercial Internacional de 1985, com emendas adotadas em 2006. Viena: UNCITRAL, 2008. Disponível em: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). *Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 1976, revisadas em 2010*. Nova Iorque: UNCITRAL, 2011. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf>. Acesso em: 07 maio 2020.

PAULSSON, Jan. Overview of Methods of Presenting Evidence in Different Legal Systems. In: VAN DEN BERG, Albert Jan. *ICCA Congress Series n° 7, Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable in International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. White & Case LPP. International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process. 2012. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/>. Acesso em: 29 jun. 2020.

SATTAR, Sameer. Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a commentary. *International Arbitration Law Review*, 2011.

SHERER, James A. CHOI, David. BOGA-LOFARO, Csilla. Court Guideposts for the Path to Technology Assisted Review Adoption. *The Computer & Internet Lawyer*, v. 35, n. 2, fev. 2018.

SMIT, Robert H. Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A North American Viewpoint. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Special Supplement, 2006.

SMIT, Robert H. ROBINSON, Tyler B. E-Disclosure in International Arbitration. *The Journal of the London Court of Arbitration International*, v. 24, mar. 2008.

STEPHENSON. Douglas A. *Arbitration Practice in Construction Contracts*. 3. ed. Londres: E & FN SPON, 2003.

TAILOR-MADE. In: CAMBRIDGE DICTIONARY. Cambridge: University of Cambridge, [2020?]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/boilerplate>. Acesso em: 29 out. 2020.

TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified). *La. L. Rev*, v. 60, n. 3, 2000.

THE SEDONA PRINCIPLES. Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 19 SEDONA CONF. J. 1, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THOMSONS REUTERS. Glossary: Bates Number. 2020. Disponível em:
[https://content.next.westlaw.com/Document/I1c633845ef2811e28578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://content.next.westlaw.com/Document/I1c633845ef2811e28578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default). Acesso em: 15 jun. 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 318-368*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VIENNA INTERNATIONAL ARBITRAL CENTRE (VIAC). *Regras VIAC de Arbitragem e Mediação de 2018*. 2. ed. Viena: VIAC, 2020. Disponível em:
https://www.viac.eu/images/documents/vienna_rules/Vienna_Rules_2018_Portuguese.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

WAINCYMER, Jeffrey Maurice. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

YEAZELL, Stephen C. Schwartz, Joanna C. *Civil Procedure – Aspen Casebook Series*. ed. 9. Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

**APÊNDICE A – MODELO DE CRONOGRAMA DA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL**

#	Description (ENG)	Descrição (PT)
1	Request for Arbitration	Requerimento de Arbitragem
2	Answer to Request for Arbitration and Counterclaims	Resposta ao Requerimento de Arbitragem & Pedido Contraposto
3	Reply to Counterclaims	Réplica do Pedido Contraposto
4	Constitution of the Arbitral Tribunal	Constituição do Tribunal Arbitral
	Terms of Reference	Termo de Arbitragem
5	Statement of Claim	Alegações Iniciais
6	Statement of Defense	Alegações de Defesa
7	Request to Produce Documents	Requerimento de Produção de Documentos
8	Objections on Request to Produce Documents and/or Production of Documents	Objeção ao Requerimento de Produção de Documentos e/ou Produção de Documentos
9	Arbitral Tribunal's Decision on Request to Produce Documents	Decisão do Tribunal Arbitral sobre o Requerimento de Produção de Documentos
10	Production of Documents	Produção de Documentos
11	Statement of Reply	Réplica
12	Statement of Rejoinder	Tréplica
13	Hearings	Audiências
15	Arbitral Award	Sentença Arbitral

ANEXO A – REDFERN SCHEDULE

Document requested	Relevance and materiality of the documents requested to the outcome of the dispute	Responses and objections to the claimant's request to produce documents	Decision of the arbitral tribunal
1. Any and all documents (including documents in electronic form) consisting of information on the general structure of management and the decision-making processes of the respondent, including minutes of board meetings, shareholders' meetings, and other documentation related to the decision-making process at the top level	<p>The claimant asserts that the way in which the management processes were organised at respondent were inadequate and/or were the cause of the delays to production and the generally poor quality of the product.</p> <p>To prove these assertions, the claimant needs to know the respondent's management structure and needs documents normally produced for the purposes of a company's management at the level of top management (i.e. boards, shareholders' meetings, etc.).</p>	This request is so wide that an order for their production would impose an unreasonable burden on the respondent: see the IBA Rules on the Taking of Evidence, Art. 9.	
2. A record of all previous complaints from customers since production began	Such documents will allow the claimant to establish by the respondent, and to demonstrate that this the management methodology adopted methodology was inadequate and unprofessional.	This request is too wide. However, the respondent is prepared to produce a list of complaints received over the last 18 months, whilst keeping the names of the customers confidential.	
3. All correspondence and other documents with the respondent's legal advisers concerning complaints by other customers	Such correspondence will demonstrate the steps to which the respondent went to deny liability for obvious deficiencies in the product.	To the extent that any such correspondence exists (which is denied), it would be covered by legal professional privilege.	

Fonte: BLACKABY, 2015, p. 68.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Murilo Diniz da Silva Matos

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3163332-3, Período Noturno, Turma R,

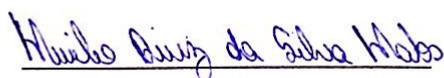
tendo realizado o TCC com o título: O Redfern Schedule sob a Perspectiva das Common e Civil Law: Em busca da Padronização da Arbitragem Internacional

sob a orientação do(a) professor(a): Prof. Dr. Daniel Tavela Luís

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 06 de novembro de 2020.



Assinatura do discente