

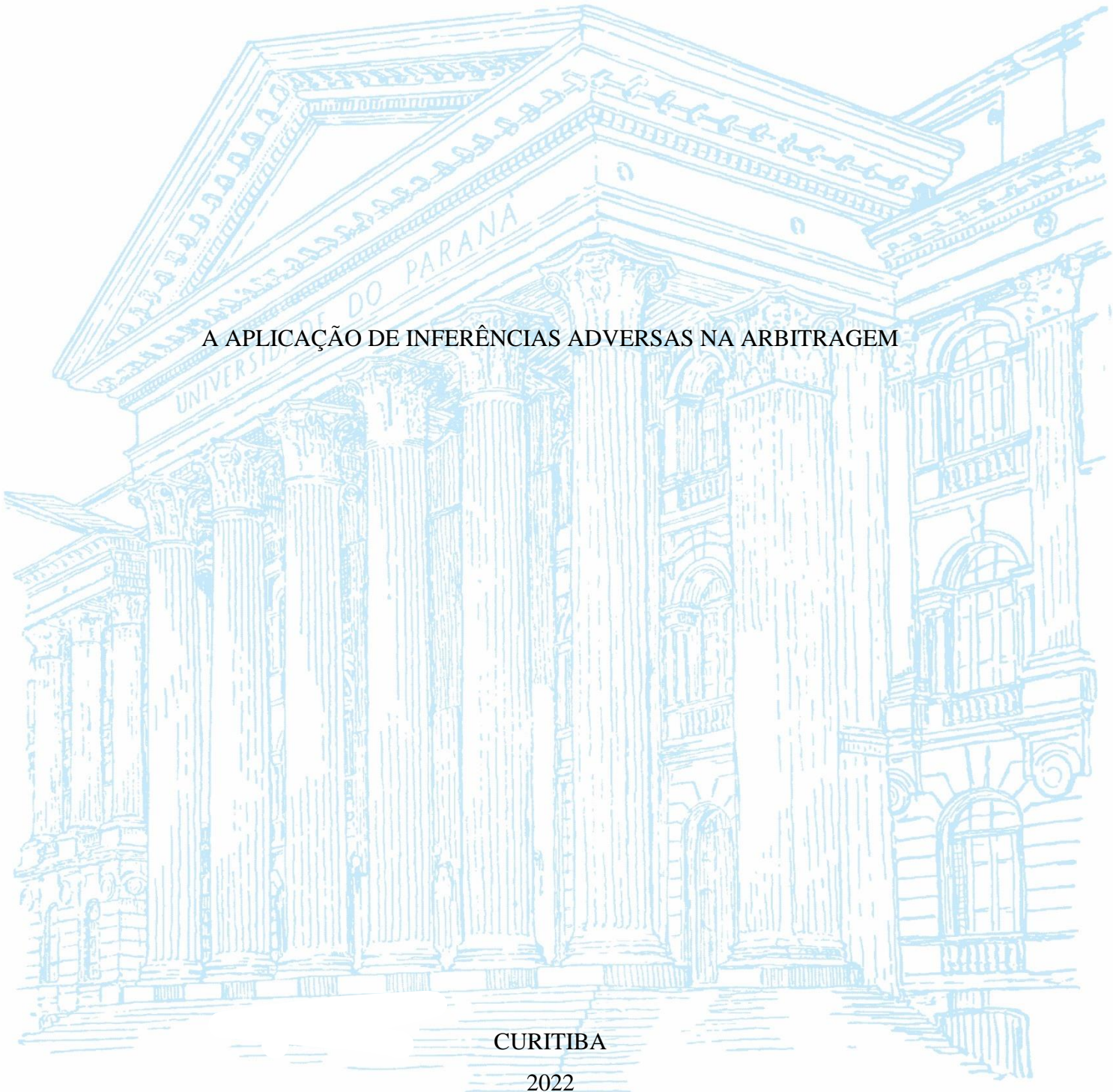
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAOLA GABRIEL ÁBILA

A APLICAÇÃO DE INFERÊNCIAS ADVERSAS NA ARBITRAGEM

CURITIBA

2022



PAOLA GABRIEL ÁBILA

A APLICAÇÃO DE INFERÊNCIAS ADVERSAS NA ARBITRAGEM

TCC apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA

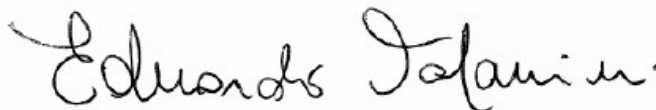
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

A aplicação de inferências adversas na arbitragem

PAOLA GABRIEL ABILA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Eduardo Talamini
Orientador

Coorientador

SANDRO MARCELO
KOZIKOSKI:13366196866

Assinado de forma digital por
SANDRO MARCELO
KOZIKOSKI:13366196866
Dados: 2022.05.10 12:36:40 -03'00'

Sandro Marcelo Kozikoski
1º Membro

PAULO OSTERNACK
AMARAL

Assinado de forma digital por
PAULO OSTERNACK AMARAL
Dados: 2022.05.10 10:25:37 -03'00'

Paulo Osternack Amaral
2º Membro

A APLICAÇÃO DE INFERÊNCIAS ADVERSAS NA ARBITRAGEM

Paola Gabriel Ábila

Resumo: Através do exame das principais obras doutrinárias e legislação vigente sobre o tema, o presente trabalho se propõe a analisar a aplicação de inferências adversas na arbitragem. Para tanto, estudou-se a flexibilidade do procedimento arbitral e as características inerentes à instrução probatória na arbitragem. Em seguida, examinou-se o que são as inferências adversas, perpassando pelas diversas definições desenvolvidas pela doutrina, como se diferenciam de outros instrumentos e quem seria a autoridade competente para aplicá-las. Por fim, analisou-se, de maneira crítica, o estudo de Jeremy K. Sharpe sobre os requisitos a serem considerados pelos árbitros antes da aplicação das inferências adversas. Conclui-se que o instituto, recepcionado de maneira diversa pelas culturas do Common Law e Civil Law, tem grande relevância para garantir a eficácia do procedimento arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem. Procedimento arbitral. Instrução. Provas. Inferências adversas.

Abstract: Through the examination of the main doctrinal works and current legislation on the subject, the present work intends to analyze the application of adverse inferences in arbitration. In order to do so, it was examined the flexibility of the arbitration procedure and inherent characteristics of the instruction in arbitration. Then, it was studied what are the adverse inferences, passing through the various definitions developed by the doctrine, how they differ from other instruments and who would be the competent authority to apply them. Finally, it was critically analyzed the study developed by Jeremy K. Sharpe on the requirements to be considered by the arbitral tribunal when drawing adverse inferences. It was concluded that the institute, received in a different way by the cultures of Common Law and Civil Law, is essential to ensure the operation of the arbitration procedure.

Keywords: Arbitral. Arbitral procedure. Instruction. Adverse inferences.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. ARBITRAGEM: MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	6
2.1. PREVISÃO LEGAL.....	6
2.2. CONVENÇÃO ARBITRAL: EXPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES	6
2.3. A FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO.....	7
2.3.1. Regulamentos arbitrais.....	9
3. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NA ARBITRAGEM	10
3.1. ÔNUS DA PROVA.....	11
3.2. O ÁRBITRO E SEUS PODERES INSTRUTÓRIOS.....	13
3.3. INFERÊNCIA PROBATÓRIA.....	17
4. INFERÊNCIAS ADVERSAS	17
4.1. AS INFERÊNCIAS ADVERSAS “IMPRÓPRIAS”.....	19
4.2. A AUTORIDADE DO ÁRBITRO PARA APLICAR INFERÊNCIAS ADVERSAS.....	20
4.3. O TESTE DE SHARPE.....	21
3.3.1. A parte que requereu a aplicação da inferência adversa deve ter produzido todas as provas disponíveis que corroborem com a sua tese.....	22
4.3.2. A prova requerida deve estar acessível à parte que sofrerá as consequências da aplicação da inferência adversa.....	23
4.3.3. A inferência pleiteada deve ser razoável, consistente com os fatos demonstrados e logicamente relacionada à natureza provável da inferência retida.....	24
4.3.4. A parte que requer a aplicação de inferência adversa deve produzir prova <i>prima facie</i>	25
4.3.5. A parte deve ter oportunidade suficiente de produzir provas antes de ser extraída inferência adversa contra ela.....	26
5. CIVIL LAW E COMMON LAW	27
6. CONCLUSÃO	28
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	30

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem é o meio adequado de solução de litígios por meio do qual as partes, guiadas pelo princípio da autonomia da vontade, escolhem submeter um determinado conflito à autoridade arbitral, podendo convencionar sobre o direito e o procedimento a serem aplicados.

Esse método adequado de solução de conflitos se dá em três fases: (i) a pré-arbitral – período entre as negociações da convenção arbitral e a instituição da arbitragem; (ii) arbitral propriamente dita – tem início com a instituição da arbitragem, nos termos do artigo 19 da Lei 9.307/96, e término com prolação da sentença arbitral; e (iii) pós-arbitral – que envolve tudo aquilo que decorrer da arbitragem¹.

Em comparação ao procedimento judicial, o procedimento arbitral é muito mais flexível – e isso se deve, em grande parte, ao fato de a arbitragem decorrer justamente da autonomia da vontade das partes.

Dentre as vantagens da flexibilidade do procedimento arbitral estão a sua maior adaptação a cada caso concreto, a possibilidade de conjunção de regras e técnicas de diferentes sistemas jurídicos e a sua contribuição para a celeridade da própria arbitragem².

Entretanto, nem sempre as partes atuam de maneira diligente durante a instrução probatória, deixando, por vezes, de produzir provas contrárias à posição que sustentam na demanda.

Nesse contexto, as inferências adversas - método pelo qual os árbitros inferem que determinada prova requerida que deixou de ser produzida por uma das partes, sem nenhum motivo justificável, é contrária aos seus interesses, - surgem como uma maneira de disciplinar o procedimento arbitral e auxiliar o julgador a compor todas as informações necessárias ao julgamento de mérito da causa.

Conforme se verá a seguir, poucos são os regulamentos arbitrais que tratam expressamente sobre o tema. Além disso, a doutrina diverge sobre pontos cruciais para o entendimento das inferências adversas.

¹ MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. p. 351.

² MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. pp. 352-353.

2. ARBITRAGEM: MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1. PREVISÃO LEGAL

A arbitragem é definida por Carlos Alberto Carmona como a intervenção de uma ou mais pessoas, legitimadas por uma convenção privada, para solucionar uma controvérsia sem a intervenção do Estado, proferindo uma decisão com a mesma eficácia de uma sentença judicial³.

No Brasil, a revisão e posterior reforma da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei 13.129 de 26 de junho de 2015, conhecida como Lei de Arbitragem, é resultado do esforço desenvolvido pela comunidade jurídica e pelo Governo para conferir maior eficiência à prestação jurisdicional do Estado⁴.

A Lei de arbitragem, logo em seu primeiro artigo, atribui como objeto da arbitragem os “*litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”⁵. Trata-se da chamada arbitralidade, que é definida por Diego Franzoni como a “*aptidão genérica de uma determinada lide para que seja submetida a julgamento arbitral*”⁶.

A doutrina subdivide, ainda, para fins teóricos, a arbitralidade em subjetiva - aptidão de determinada cláusula arbitral ter efeitos sobre sujeitos relacionados ao litígio e objetiva – aptidão de determinada matéria de ser submetida à jurisdição arbitral⁷.

2.2. CONVENÇÃO ARBITRAL: EXPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

A instauração de uma arbitragem é condicionada ao interesse das partes. Sem qualquer obrigatoriedade, como expressão do princípio da autonomia da vontade e com fundamento no art. 5º da Constituição Federal⁸, as partes podem firmar a convenção arbitral.

³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (e-book).

⁵ Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022).

⁶ FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (e-book).

⁷ FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (e-book).

⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

Além disso, o Código Civil, em seus artigos 851 e 852, reconhece expressamente a possibilidade de que partes com capacidade para contratar deleguem ao juízo arbitral o exame de litígios que não envolvam “*questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial*”⁹.

As partes formalizam a escolha da arbitragem como meio para resolução de litígios por intermédio da convenção arbitral, que é considerada gênero do qual fazem parte as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral, de acordo com a previsão do artigo 3º da Lei de Arbitragem¹⁰.

A maior diferença entre a cláusula e o compromisso reside no momento em que são firmados. Enquanto a primeira atua em caráter preventivo, condicionando à arbitragem eventuais conflitos advindos de um contrato, o segundo é firmado diante de um conflito já existente e deflagrado entre as partes, que optam por direcioná-lo ao juízo arbitral¹¹.

2.3. A FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO

Em comparação à extensa e detalhada disciplina do Código de Processo Civil acerca do procedimento adotado nos processos judiciais, poucos são os dispositivos da Lei de Arbitragem que se dedicam a disciplinar o procedimento arbitral e seus atos processuais.

Para Cândido Rangel Dinamarco, desde que respeitados os elementos estruturais de um processo de conhecimento – demanda, inclusão e resposta do réu, instrução e sentença, e as garantias constitucionais do devido processo legal, as partes possuem grande liberdade para convencionar sobre o procedimento que será adotado na arbitragem¹².

nos termos seguintes (...) (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27.04.2022).

⁹ Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. (BRASIL, Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27.04.2022).

¹⁰ Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. (BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022).

¹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (e-book).

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. pp. 54-55.

Ao acordarem sobre o procedimento arbitral, as partes podem indicar lei ou regulamento de entidade arbitral a ser seguido ou disciplinar, ainda no compromisso ou cláusula ou através de termos conjuntos ao longo de uma arbitragem já instaurada, suas próprias regras procedimentais¹³.

Em seu artigo 21, § 1º, a Lei 9.307/96 confere ao árbitro ou ao tribunal arbitral a competência para estipular o procedimento, caso as partes não tenham o feito¹⁴.

Além disso, cumpre destacar, ainda, que não há qualquer norma prevendo a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na arbitragem. O que pretende o legislador, em verdade, é consagrar o princípio da autonomia da vontade, conferindo às partes a escolha da regra procedimental.

Ato contínuo, caso houvesse algum dispositivo nesse sentido, estaria em conflito com o previsto nos artigos 2º, § 1º¹⁵; 11, inciso IV¹⁶, 19, § 1º¹⁷; e 21, §§ 1º e 2º¹⁸, da própria Lei de Arbitragem.

Ainda, conforme exposto anteriormente, a Lei 9.307/96 transfere ao árbitro ou tribunal arbitral o poder original das partes de fixação do procedimento, caso permaneçam silentes sobre o tema. Portanto, impor a aplicação subsidiária obrigatória de qualquer fonte significaria tornar

¹³ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (e-book).

¹⁴ Art. 21. § 1º. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. (BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022).

¹⁵ Art. 2º. § 1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. (BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022).

¹⁶ Art. 11. Inc. IV. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes. (BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022).

¹⁷ Art. 19. § 1º. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022).

¹⁸ Art. 21. § 1º. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. (BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022).

morta a alternativa trazida pelo legislador para, através da colaboração entre partes e árbitro, preencher eventuais lacunas¹⁹.

2.3.1. Regulamentos arbitrais

Além dos regulamentos desenvolvidos pelos órgãos institucionais arbitrais para orientar as arbitragens que conduzem – a título de exemplo, em cenário nacional, cita-se os regulamentos do Centro de Arbitragem AMCHAM, do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo (CIESP/FIESP), da Câmara de Arbitragem do Mercado – B3, da Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV) e da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), também existem os chamados regulamentos arbitrais “autônomos”. Dentre esses últimos, os mais conhecidos são o *UNCITRAL Arbitration Rules* e o *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules)*²⁰.

O *UNCITRAL Arbitration Rules* tem como objetivo abordar todos os aspectos do processo arbitral, trazendo às partes um modelo de cláusula arbitral, as regras procedimentais relativas à nomeação do árbitro e condução do processo, e disposições sobre a forma, efeito e interpretação da sentença arbitral²¹.

Já o *IBA Rules* visa regular apenas a fase instrutória da arbitragem, servindo como um recurso para auxiliar as partes e árbitros a disciplinar, principalmente, a apresentação de documentos, inquirição de testemunhas, realização de inspeções e audiências²².

¹⁹ MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. pp. 115-118.

²⁰ MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. p. 108.

²¹ Definição extraída do site das Nações Unidas. (Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>. Acesso em: 27.04.2022).

²² Preâmbulo. *These IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are intended to provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitrations, particularly those between Parties from different legal traditions. They are designed to supplement the legal provisions and the institutional, ad hoc or other rules that apply to the conduct of the arbitration. (...) (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration. Londres: International Bar Association, 2020).*

3. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NA ARBITRAGEM

Ainda que nenhum domínio do conhecimento humano seja capaz de atingir a verdade absoluta²³, a atividade probatória tem grande relevância, porque permite às partes comprovarem a procedência de suas alegações de fato²⁴. Sabe-se que 60% a 70% dos casos de arbitragens comerciais internacionais são decididos com base em fatos e não nas disposições normativas²⁵.

A prova, portanto, tem como principal objetivo comprovar a veracidade de uma alegação, de modo a subsidiar e influenciar o convencimento de alguém²⁶.

De acordo com Paulo Osternack Amaral, em geral, “*a parte que for mais diligente e eficiente na fase probatória tende a vencer a causa*”²⁷.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a Lei de Arbitragem não disciplina o procedimento da instrução, ou seja, nada estabelece acerca do momento, ordem ou modo em que as provas devam ser produzidas²⁸.

Vigem, portanto, durante a instrução probatória na arbitragem, as disposições da lei ou do regulamento arbitral elegido pelas partes ou as regras livremente estipuladas pelas partes ou árbitros - desde que, em relação às arbitragens domésticas, respeitadas as garantias constitucionais.

²³ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

²⁴ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (e-book).

²⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. Journal of International Arbitration 35, nº 1, 2018. p. 1.

²⁶ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v2. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (e-book).

²⁷ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (e-book).

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 158.

3.1. ÔNUS DA PROVA

Para grande parte da doutrina, é inequívoca a existência de um direito fundamental à prova²⁹, que atua como expressão dos princípios constitucionais do acesso à justiça, ampla defesa e contraditório³⁰.

O direito à produção probatória abrange, inclusive, a necessidade de uma situação de igualdade entre as partes para pleitearem e participarem da instrução da causa³¹.

O ato de provar os fatos que fundamentam a alegação ou a defesa, além de ser um direito das partes, também é um ônus.

Nesse contexto, o ônus da prova é instrumento de concretização e reafirmação do direito à prova – indissociável à atividade cognitiva do julgador e resultado da demanda, vez que auxilia a orientar a instrução do processo arbitral³².

O ônus, portanto, é uma faculdade atribuída a uma parte que, caso seja exercida, pode lhe trazer alguma vantagem ou evitar uma situação que contraria seus interesses³³.

Logo, o conceito de ônus está intimamente ligado à ideia de risco. Se a parte não se desonera do encargo que lhe foi atribuído, assume o risco de um provimento final em sentido oposto ao que esperava³⁴.

Sendo assim, o ônus da produção probatória é classificado como imperfeito. Ou seja, é uma faculdade que, caso não seja cumprida, gerará à parte onerada uma mera probabilidade de desvantagem.

²⁹ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v2. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (e-book); PASCHOAL, Thaís Amoroso. Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2018. p. 108; e DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. v2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 41.

³⁰ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v2. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (e-book).

³¹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (e-book).

³² BRASIL, Samuel Meira Jr. Inversão do ônus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. **Revista dos Tribunais Thomson Reuters**, São Paulo, v. 283/2018, p. 257-284, set. 2018. p. 2.

³³ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v2. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (e-book).

³⁴ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (e-book).

Indo além, a regra geral quanto à distribuição do ônus da prova, nas arbitragens nacionais e internacionais, costuma seguir o princípio *onus probandi incumbit ei qui dicit*, que sugere que a parte que alegou o fato tem o ônus de prová-lo.

A similaridade entre as redações dos dispositivos que regulam a disciplina do ônus probatório em diversos países se deve à consagração legal, por vezes não tão explícita, da teoria das normas³⁵.

A teoria das normas, conhecida também como teoria rosenberguiana, ganhou prestígio doutrinário a partir da obra de Leo Rosenberg e consiste, através de uma separação rígida entre fato e direito, em breve síntese, em atribuir à parte que pretende obter o efeito da aplicação de determinada norma o ônus de provar o fato a ela subjacente³⁶.

No Brasil, mais especificamente, de acordo com Artur Thompsen Carpes, a distribuição estática do ônus da prova, que incumbe o requerente de provar os fatos constitutivos e o requerido os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, também estaria relacionada ao direito fundamental de igualdade entre as partes no processo, chamado também de paridade de armas. Isso porque, a parte que alegou a existência de um fato, na maioria das vezes, tem melhores condições de prová-lo. Logo, atribuir à parte diversa o ônus de demonstrar sua veracidade consistiria em violação à isonomia³⁷.

Porém, nem sempre a distribuição estática do ônus da prova será suficiente ao se considerar os diversos fatores que influenciam cada caso concreto.

Ainda que o ônus estático garanta segurança jurídica e previsibilidade aos litigantes, permitir que as partes tenham conhecimento de todos os fatos que lhes convém provar dá margem para situações em que um dos polos da demanda se mantém inerte e prevalece da dificuldade ou impossibilidade do outro para produzir determinada prova, a fim de aguardar provimento final que lhe beneficie³⁸.

³⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. (e-book).

³⁶ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea 1956, p. 91. Apud. CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. (e-book).

³⁷ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. (e-book).

³⁸ BRASIL, Samuel Meira Jr. Inversão do ônus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. **Revista dos Tribunais Thomson Reuters**, São Paulo, v. 283/2018, p. 257-284, set. 2018. p. 2.

Com a grande margem de liberdade que as partes possuem em relação à escolha do procedimento, podem estipular, ainda no momento de celebração da convenção de arbitragem, regras específicas de distribuição do ônus probatório.

Igualmente, pode o árbitro, ao se deparar com uma situação de desequilíbrio em relação à atividade probatória, distribuir o ônus de maneira dinâmica, considerando as especificidades da relação jurídica material e critérios individuais e subjetivos das partes³⁹.

Cumprе ressaltar, ainda, que o ônus da prova não deve ser analisado apenas sob uma perspectiva objetiva – que reconhece o julgador como destinatário exclusivo da prova. A prova a ser produzida também se destina ao convencimento das próprias partes, que determinam suas condutas durante o processo tendo como base suas chances de êxito e seu ônus⁴⁰.

Tem o ônus da prova, portanto, dupla função: a de servir como vetor para a atuação dos litigantes na fase de instrução – vez que indica a conduta a ser esperada de cada parte, e a de atuar como regra de julgamento, auxiliando o julgador a concluir a atividade cognitiva e estabelecer e avaliar os fatos, em casos de ausência de provas⁴¹.

3.2. O ÁRBITRO E SEUS PODERES INSTRUTÓRIOS

O artigo 13 da Lei de Arbitragem define que “*pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes*”⁴².

Em seu artigo 18, a Lei 9.307/96 reconhece ainda que “*o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*”⁴³.

Poderá atuar como árbitro, portanto, toda e qualquer pessoa natural que tenha a confiança das partes⁴⁴.

³⁹ BRASIL, Samuel Meira Jr. Inversão do ônus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. **Revista dos Tribunais Thomson Reuters**, São Paulo, v. 283/2018, pp. 257-284, set. 2018. p. 4.

⁴⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **A produção de prova no processo arbitral brasileiro: estamos no rumo certo?** (Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2899731&forceview=1>. Acesso em: 27.04.2022).

⁴¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. pp. 2-3.

⁴² BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022.

⁴³ BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022.

⁴⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (e-book).

Para Francisco José Cahali, além da celeridade e pragmatismo, ao recorrer à arbitragem, os litigantes buscam também a *expertise* do árbitro, que, ao contrário do juiz togado, tem jurisdição apenas temporária e destinada exclusivamente para o processo em que foi investido⁴⁵.

Para Guilherme Rizzo Amaral, a autoridade do árbitro deriva de um conjunto complexo composto pela vontade das partes, lei que rege a convenção de arbitragem, lei do local em que se dará a arbitragem e lei do local em que a sentença será reconhecida e cumprida⁴⁶.

Além disso, os árbitros carecem de qualquer poder para implementar suas decisões de maneira forçada. Os poderes de coerção e execução são inerentes aos juízes togados e a autoridade do árbitro se dá apenas através da atividade típica do processo de conhecimento⁴⁷.

Os predicados atribuídos ao árbitro podem ser extraídos da própria Lei de Arbitragem, que em seu artigo 13, § 6º, reconhece que “*no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição*”⁴⁸.

Assim como os juízes estatais, o árbitro também tem o dever de instruir a causa, colhendo todas as provas que julgar necessárias, a fim de formar o seu convencimento e proferir uma decisão⁴⁹.

Deve-se entender como necessárias as provas úteis e pertinentes, que tenham por objeto os fatos controvertidos e não os notórios ou aqueles em que há alguma presunção legal em favor de uma parte⁵⁰.

O árbitro não fica restrito ao requerimento das partes em matéria probatória, podendo, de ofício, de acordo com o artigo 22 da Lei de Arbitragem, “*tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias*”⁵¹.

⁴⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (e-book).

⁴⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. p. 5.

⁴⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (e-book).

⁴⁸ BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022.

⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 312-313.

⁵⁰ MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. pp. 292-293.

⁵¹ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. (BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022).

No mesmo sentido estão os regulamentos das principais Câmaras Arbitrais nacionais, que também garantem aos árbitros autonomia durante a produção probatória⁵².

Ademais, a Lei de Arbitragem não previu que o árbitro determinasse desde o primeiro momento todas as provas a serem produzidas, podendo, assim, deferir de imediato a produção de algumas provas e, posteriormente, deliberar sobre a necessidade de outras⁵³.

Para Cândido Rangel Dinamarco, quando comparados aos juízes togados, é muito mais natural que os árbitros se façam verdadeiramente ativos durante a instrução probatória, seja ao impulsionar a produção de uma prova não requerida, ao colher o depoimento de uma testemunha não arrolada ou reinquirir testemunhas já inquiridas⁵⁴.

A atuação mais ativa dos árbitros durante a instrução diz respeito, em grande parte, ao menor volume de causas pelas quais são responsáveis, em oposição ao grande número de litígios examinados pelos juízes estatais.

Entretanto, a posição da doutrina não é unânime no que se refere à participação direta do árbitro durante o período de produção e colheita de provas.

Segundo Flávio Luiz Yarshell, a intervenção do árbitro em matéria probatória coloca em risco sua imparcialidade enquanto julgador, devendo, na verdade, dedicar seus esforços à fixação dos pontos controvertidos, distribuição clara do ônus da prova, determinação do ritmo e ordem da instrução e à valoração das provas⁵⁵.

Já para Marcos André Franco Montoro, a iniciativa do árbitro em matéria probatória não violaria qualquer garantia processual. Ao determinar a realização de uma prova, que seria

⁵² Por exemplo: Regulamento AMCHAM Brasil. 15.1. O Tribunal Arbitral procederá à instrução da causa com brevidade, cabendo a ele decidir sobre a produção de provas solicitadas pelas Partes ou determinar a realização das que entender cabíveis. Regulamento. Regulamento CAM-CCBC. 7.4.1. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir e estabelecer as provas que considerar úteis, necessárias e adequadas, segundo a forma e a ordem que entender convenientes ao caso concreto. Regulamento CAMARB. 8.4. Encerrado o prazo para impugnação, salvo se estabelecido momento diverso no Termo de Arbitragem, o Tribunal Arbitral deliberará sobre a produção de provas, incluindo prova pericial ou técnica, diligências fora do local da arbitragem e o adiantamento dos respectivos custos pelas partes.

⁵³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 315.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. pp. 163-164.

⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **A produção de prova no processo arbitral brasileiro: estamos no rumo certo?** (Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2899731&forceview=1>. Acesso em: 27.04.2022).

submetida ao contraditório, o árbitro estaria trazendo mais elementos para dentro do processo, em busca da correta prestação da tutela jurisdicional⁵⁶.

De todo modo, para que o procedimento arbitral possa se desdobrar da melhor maneira possível, é necessário que haja equilíbrio, pautado nos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, entre a liberdade do árbitro enquanto julgador e a autonomia da vontade das partes.

Conforme exposto anteriormente, os árbitros carecem dos poderes coercitivos atribuídos aos juízes togados. Para Alexander Sevan Bedrosyan, esse fato pode servir como incentivo para que as partes deixem de produzir provas contrárias ao seu interesse⁵⁷.

Indo além, de acordo com Guilherme Rizzo Amaral, caso a parte deixe de atender à determinação de produção de alguma prova, algumas são as alternativas que podem ser adotadas pelo árbitro: (i) impor sanções econômicas; (ii) distribuir desigualmente as custas do procedimento arbitral; (iii) requerer a cooperação do Poder Judiciário – quando admitido na jurisdição sede da arbitragem; e (ii) extrair inferências adversas⁵⁸.

Entende-se, entretanto, que, em oposição à disciplina aplicável aos terceiros, a produção probatória para as partes, assim como a grande maioria das normas processuais relativas às suas atividades no processo, corresponde a um ônus e não a um dever⁵⁹. Diante disso, salvo em casos de expressa previsão normativa – em que a produção da prova se torna um dever, nem o juiz poderia coagir a parte a produzir a prova, restando como alternativas mais eficientes, portanto, as sanções econômicas e inferências adversas.

⁵⁶ MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. pp. 291-292.

⁵⁷ BEDROSYAN, Alexander Sevan. Adverse inferences in international arbitration: toothless or terrifying? **Legal Scholarship Repository**, Penn Law, 2016. p. 244.

⁵⁸ AMARAL, Guilherme. **O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem**. Disponível em: <https://www.soutocorrea.com.br/artigos/o-onus-da-prova-e-inferencias-negativas-na-arbitragem/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁵⁹ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória**. v2. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (e-book); TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. v1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (e-book).

3.3. INFERÊNCIA PROBATÓRIA

Ainda que de maneira controvertida, a doutrina subdivide as provas em diretas ou imediatas – que são aquelas que se relacionam de maneira direta com o fato a ser comprovado, e indiretas ou circunstanciais – apresentam elementos a partir dos quais se pode inferir a ocorrência de uma hipótese. Ambas exigem raciocínio por inferência⁶⁰.

A principal diferença entre as provas diretas e indiretas reside em objeto e grau. Em oposição às diretas, as provas indiretas não têm por objeto o fato a ser provado e o grau de inferência que exigem é sensivelmente maior, porque requerem inferências adicionais⁶¹.

Nesse contexto, a inferência é uma espécie de raciocínio indutivo – por meio do qual, ainda que as premissas sejam verdadeiras, a conclusão sempre será provavelmente verdadeira, uma vez que pode ser alterada por novas informações⁶².

4. INFERÊNCIAS ADVERSAS

Há casos em que a parte que possui o ônus de provar determinado fato não está apta a se desonerar deste sem provas que estão em posse da parte contrária. A parte que tem acesso a prova pode optar, então, por produzi-la ou negar sua exibição por motivos legítimos⁶³.

De acordo com o artigo 9.2 das *IBA Rules*, devem ser considerados os requerimentos das partes para excluir provas já existentes ou não produzir um documento, declaração, testemunho ou inspeção quando: (i) não forem relevantes para o caso ou para seu resultado; (ii) houver impedimento legal ou privilégio sob os aspectos legais do Tribunal Arbitral; (iii) a sua produção for atribuir a parte ônus injustificável; (iv) houver perda ou destruição do documento ou comprovação de razoável probabilidade de assim ter ocorrido; (v) estiver de acordo com fundamentos de sigilo comercial ou técnico; (vi) os documentos a serem apresentados forem classificados como secretos por um governo ou por uma instituição pública internacional; ou (vii)

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista dos Tribunais Thomson Reuters**, São Paulo, v. 282/2018, pp. 113-19, ago. 2018. pp. 1-2.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista dos Tribunais Thomson Reuters**, São Paulo, v. 282/2018, pp. 113-19, ago. 2018. pp. 1-2.

⁶² ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista dos Tribunais Thomson Reuters**, São Paulo, v. 282/2018, pp. 113-19, ago. 2018. p. 3.

⁶³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart*. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. pp. 4-5.

a produção da prova for violar os princípios da economia processual, proporcionalidade e igualdade entre as partes⁶⁴.

Nesse contexto, como ressaltado no capítulo anterior, quando a parte deixa de apresentar a prova requerida sem uma razão plausível, as inferências adversas representam uma alternativa disponível aos árbitros, desde que não haja nenhuma disposição prévia das partes em sentido contrário à sua aplicação.

Esse instrumento tem a dupla função de impor disciplina ao procedimento arbitral e servir como meio para que o julgador consiga obter conclusões específicas sobre o mérito da questão⁶⁵.

A própria ameaça de aplicação dessa ferramenta já pode ser suficiente para influenciar as partes a produzirem todas as provas relevantes que estão ao seu alcance.

As inferências adversas atuam, portanto, em conjunto com múltiplos e alternativos elementos⁶⁶, preenchendo a lacuna da prova que restou ausente, em um contexto de substituição⁶⁷.

Não há na doutrina uma posição unânime acerca da classificação desse instrumento.

Alexander Sevan Bedrosyan classifica as inferências adversas como uma espécie de prova indireta. Ao aplicar esse instrumento, o julgador consideraria que a atitude da parte ao não produzir uma prova constituiria uma prova indireta para o fato⁶⁸.

Já para Simon Greenberg e Felix Lautenschlager, trata-se, na verdade, em alguns casos, de inversão do ônus da prova. Isso porque, a parte que requer a aplicação da inferência adversa pode trazer ao processo prova *prima facie*, que, por si só, não é suficiente para fundamentar sua tese, mas desperta suspeitas dos árbitros sobre o tema. Logo, o ônus de produção daquela prova

⁶⁴ Art. 9.2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons: (a) lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome; (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable (see Article 9.4 below); (c) unreasonable burden to produce the requested evidence; (d) loss or destruction of the Document that has been shown with reasonable likelihood to have occurred; (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or (g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling. (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*. Londres: *International Bar Association*, 2020).

⁶⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart*. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. p. 5.

⁶⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart*. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. p. 9.

⁶⁷ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse inferences in international arbitral practice. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 22/number 2, 2011. p. 46.

⁶⁸ BEDROSYAN, Alexander Sevan. Adverse inferences in international arbitration: toothless or terrifying? *Legal Scholarship Repository*, Penn Law, 2016. p. 247.

específica seria, em casos como esse, transferido à parte contrária que, passaria a ter o encargo de desconstituir a prova *prima facie*, para que não fossem aplicadas inferências adversas em seu desfavor⁶⁹.

Nessa situação, Jeremy K. Sharpe defende que não há uma inversão do ônus da prova propriamente dito, mas do ônus de produção da prova. Há uma regra geral na arbitragem que aquele que alegou o fato é responsável por fornecer as provas necessárias para comprová-lo. Para Sharpe, esse ônus “final” nunca seria deslocado entre as partes, o que se inverteria seria o ônus de produção da prova, quando a parte contrária precisa rebater uma prova *prima facie* – essa parte, entretanto, não passaria a carregar o ônus final de provar o fato, que permaneceria com a parte que o alegou⁷⁰.

Para Guilherme Rizzo Amaral, no entanto, as inferências adversas não são provas indiretas e muito menos invertem o ônus da prova ou da produção da prova. O ônus ainda recairia sobre a parte incapaz de produzir a prova, a inferência adversa apenas preencheria a lacuna causada pela sua ausência. No mesmo sentido, entende que a falta da prova não seria ocupada por uma prova circunstancial, mas por um conjunto de múltiplos e alternativos elementos – que inclui a versão dos fatos sustentada pela parte que requereu a aplicação da inferência adversa e seu grau de probabilidade⁷¹.

4.1. AS INFERÊNCIAS ADVERSAS “IMPRÓPRIAS”

As inferências adversas chamadas de “impróprias” não têm como objetivo preencher alguma lacuna, mas funcionam como uma ferramenta para auxiliar os árbitros no momento de ponderar as provas já produzidas⁷².

Recebem a denominação de “impróprias” não para diminuir sua importância – já que, na verdade, são um instrumento essencial para os árbitros na hora de avaliar as provas e,

⁶⁹ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse inferences in international arbitral practice. ICC **International Court of Arbitration Bulletin**, v. 22/number 2, 2011. p. 47.

⁷⁰ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. p. 552. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁷¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. pp. 8-10.

⁷² AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. p. 5.

provavelmente, são o tipo de inferências adversas mais utilizado⁷³, mas devido a maneira como funcionam.

Pode-se citar como exemplo, para melhor compreensão do instituto, o que ocorre quando ambas as partes produziram provas testemunhais, que conflitam entre si, mas uma delas se recusa a apresentar um documento requerido pelo árbitro que seria capaz de auxiliá-lo a esclarecer qual das versões é correta. Nesse caso, não há nenhuma ausência propriamente dita, o que ocorre apenas é que o peso atribuído para cada depoimento testemunhal será diferente, tendo em vista a falta de colaboração de uma das partes⁷⁴.

Logo, as inferências adversas “impróprias” podem ser utilizadas, em alguns casos, sem a solicitação de nenhuma das partes e, como funcionam apenas como critério para ponderar o conteúdo probatório, nem sempre será necessário que o árbitro advirta a parte antes de aplicá-las⁷⁵.

4.2. A AUTORIDADE DO ÁRBITRO PARA APLICAR INFERÊNCIAS ADVERSAS

Os regulamentos arbitrais ainda apresentam discrepâncias ao tratar sobre a autoridade dos árbitros para aplicarem inferências adversas.

O *IBA Rules*, em seu artigo 9 (6), reconhece que se uma parte deixa de apresentar um documento requerido pelo Tribunal Arbitral sem qualquer explicação satisfatória, poderá inferir-se que, se apresentada, tal prova seria contrária aos interesses dessa parte⁷⁶.

Já o *UNCITRAL*, prevê as inferências adversas de maneira não tão explícita em seu artigo 28 (2) e (3), que dispõe que se qualquer uma das partes não comparecer a uma audiência ou deixar de produzir provas documentais, sem demonstrar causa suficientemente justificável para tal falha, o Tribunal Arbitral poderá continuar o procedimento e proferir sentença⁷⁷.

⁷³ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse inferences in international arbitral practice. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 22/number 2, 2011. p. 45.

⁷⁴ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse inferences in international arbitral practice. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 22/number 2, 2011. p. 46.

⁷⁵ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse inferences in international arbitral practice. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 22/number 2, 2011. p. 46.

⁷⁶Article 9. *Admissibility and Assessment of Evidence. 6. If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party. (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration. Londres: International Bar Association, 2020).*

⁷⁷Article 28. 2. *If one of the parties, duly notified under these Rules, fails to appear at a hearing, without showing sufficient cause for such failure, the arbitral tribunal may proceed with the arbitration. 3. If one of the parties, duly*

De qualquer maneira, segundo Guilherme Rizzo Amaral, a prática demonstra que não há dúvidas de que os árbitros podem aplicar inferências adversas, uma vez que essa autoridade derivaria da liberdade de julgamento e da discricionariedade dos árbitros para apreciarem e valorarem o conteúdo probatório⁷⁸.

4.3. O TESTE DE SHARPE

Ao analisar o conjunto de decisões proferidas pelo *Iran-United States Claims Tribunal* – que adotou, com pequenas modificações, o regulamento autônomo *UNCITRAL* - por mais de duas décadas, Jeremy K. Sharpe desenvolveu alguns requisitos com o objetivo de auxiliar os árbitros ao decidirem sobre a aplicação ou não das inferências adversas⁷⁹.

Para evitar que esse instrumento seja utilizado pelos julgadores de maneira arbitrária, Sharpe entendeu que cinco critérios devem ser preenchidos: (i) a parte que requereu a aplicação da inferência adversa deve ter produzido todas as provas disponíveis que corroborem com a sua tese; (ii) a prova requerida precisa estar acessível a outra parte; (iii) a inferência pleiteada deve ser razoável e consistente com os fatos demonstrados e logicamente relacionada à natureza provável da prova retida; (iv) a parte que busca a inferência adversa deve produzir prova *prima facie*; e (v) a parte a qual será aplicada a inferência adversa deve ter ciência sobre a sua obrigação de produzir prova⁸⁰.

Para além desses requisitos, o árbitro deve sempre analisar as circunstâncias específicas de cada caso concreto.

invited to produce documentary evidence, fails to do so within the established period of time, without showing sufficient cause for such failure, the arbitral tribunal may make the award on the evidence before it. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>. Acesso em: 27.04.2022.

⁷⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart*. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. pp. 5-8.

⁷⁹ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 551-552. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁸⁰ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. p. 551. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

4.3.1. A parte que requereu a aplicação da inferência adversa deve ter produzido todas as provas disponíveis que corroborem com a sua tese

Os árbitros tendem a negar a aplicação de uma inferência adversa quando a própria parte que a requereu não foi capaz de produzir todas as provas as quais teria acesso e que estariam no mesmo sentido da inferência pretendida⁸¹.

Ou seja, quando a parte requerente deixou de produzir, sem nenhuma justificativa razoável, todas as provas que estariam em sua posse, o árbitro não deve se valer do instrumento da inferência adversa⁸².

De acordo com Guilherme Rizzo Amaral, esse critério seria fundamental para evitar que as inferências adversas se tornem verdadeiras *fishing expeditions*⁸³ - conhecidas como especulações probatórias, ocorrem quando uma das partes, sem alvo definido, pretende obter toda e qualquer prova em posse da parte adversa que seja capaz de embasar seus argumentos.

No entanto, importante ressaltar que interpretar esse requisito somente sob o aspecto da disponibilidade da prova requerida pode ser prejudicial à parte que teria o ônus de produzi-la, mas só conseguiria se desonerar deste a um custo excessivo de tempo ou dinheiro⁸⁴.

Logo, para que o primeiro requisito de Sharpe realmente faça sentido, será necessário que o árbitro observe o cabimento, a necessidade e a proporcionalidade ao demandar provas adicionais da parte que requereu a aplicação da inferência adversa⁸⁵.

O requerimento será cabível quando as provas disponíveis corroborarem com a inferência buscada, será necessário quando não houver um meio menos oneroso para alcançar o mesmo fim e, por fim, será proporcional se houver equilíbrio entre a satisfação de um princípio e o sacrifício de outro⁸⁶.

⁸¹ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence.** pp. 554-557. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁸² SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence.** pp. 554-557. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁸³ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart.** Journal of International Arbitration 35, n° 1, 2018. pp. 12-14.

⁸⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart.** Journal of International Arbitration 35, n° 1, 2018. pp. 12-14.

⁸⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart.** Journal of International Arbitration 35, n° 1, 2018. pp. 12-14.

⁸⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart.** Journal of International Arbitration 35, n° 1, 2018. pp. 12-14.

4.3.2. A prova requerida deve estar acessível à parte que sofrerá as consequências da aplicação da inferência adversa

A inferência adversa não deve ser aplicada pelo árbitro se a parte que a requisitou não demonstrou que a parte contrária tem, ou pelo menos deveria ter, acesso à prova requerida⁸⁷.

Da mesma forma, os julgadores também podem se recusar a aplicar a inferência adversa a uma parte se a prova pretendida estiver em mãos de terceiros que se recusam a colaborar com o julgamento da causa⁸⁸.

Guilherme Rizzo Amaral, pontua, entretanto, que provar efetivamente que a parte contrária está na posse ou tem acesso a determinada prova constituirá, muitas vezes, uma tarefa onerosa. Isso porque há grandes chances de retenção ou destruição intencional de provas pela parte oponente⁸⁹.

Simon Greenberg e Felix Lautenschlager, no mesmo sentido, entendem que os árbitros podem ter facilidade em aplicar a inferência adversa nos casos em que a parte a que ela se impõe se recusa, manifestamente, a produzir a prova requerida. O mesmo não ocorreria nos casos em que, por exemplo, uma parte indica no *Redfern Schedule*⁹⁰ que um documento não existe⁹¹.

Além disso, embora materialmente acessíveis, algumas provas podem ser legalmente inacessíveis devido a restrições, como cláusulas de confidencialidade ou segurança nacional, por exemplo⁹².

⁸⁷ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 557-558. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁸⁸ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 557-558. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁸⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. Journal of International Arbitration 35, nº 1, 2018. pp. 14-16.

⁹⁰ *Refere Schedule* é um instrumento utilizado para organizar os pedidos de produção de documentos pelas partes. Foi concebido inicialmente como uma maneira de limitar a produção de documentos aos que forem realmente relevantes ao caso (...). HARRIS, Peter. **Reinventing the Redfern**. Journal of International Arbitration, 2016, 33, Issue 4, pp. 353-364. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/33.4/JOIA2016021>. Acesso em: 27.04.2022.

⁹¹ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse inferences in international arbitral practice. ICC **International Court of Arbitration Bulletin**, v. 22/number 2, 2011. p. 52.

⁹² AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. Journal of International Arbitration 35, nº 1, 2018. pp. 14-16.

Os árbitros podem concluir, ainda, que a impossibilidade de se produzir uma prova se dá em razão de sua destruição. Nessa hipótese, a aplicação ou não da inferência adversa dependerá das circunstâncias específicas de cada caso⁹³.

O critério para avaliar se cabem ou não inferências adversas, nesse caso específico, de acordo com Guilherme Rizzo Amaral, residiria na análise do momento em que ocorreu a destruição da prova e não da intenção da parte que a destruiu. Se a parte desconhecer a probabilidade de instauração de um processo arbitral ou a relevância de uma prova para o processo, não deve ser punida por destruí-la, desde que não haja má-fé⁹⁴.

Portanto, cabe ao árbitro analisar (i) a (in)acessibilidade da prova requerida à luz das demais provas já existentes, da prática comum ao mercado e dos padrões comportamentais⁹⁵; e (ii) se o motivo do desaparecimento da prova poderia ou não ter sido evitado pela parte⁹⁶.

4.3.3. A inferência pleiteada deve ser razoável, consistente com os fatos demonstrados e logicamente relacionada à natureza provável da inferência retida

As inferências são conclusões lógicas que se originam não só de fatos devidamente comprovados, mas também da experiência e intuição comum⁹⁷.

Para que esse instrumento não dê margem para que cada árbitro passe a examinar a causa com base em suas experiências individuais e culturais, alguns critérios precisam ser observados.

Em primeiro lugar, as inferências devem ser razoáveis. Ou seja, para inferir que um ato foi praticado ou que um fato realmente ocorreu, os árbitros devem se basear somente em circunstâncias que acompanham aquele ato ou fato. Meras suspeitas não podem ser elementos das constatações do julgador⁹⁸.

⁹³ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. p. 558. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁹⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. pp. 16-19.

⁹⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. pp. 14-16.

⁹⁶ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. **Adverse inferences in international arbitral practice**. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 22/number 2, 2011. p. 53.

⁹⁷ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. p. 558. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

⁹⁸ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 558- 564. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

Além disso, a inferência requisitada precisa ser consistente em relação aos outros fatos. Isso significa que os árbitros não devem considerar apenas os fatos externos, como a realidade comercial, por exemplo, ao aplicarem uma inferência adversa. A inferência precisa estar de acordo com os fatos do caso incontestavelmente comprovados por outras provas⁹⁹.

Por último, a parte que requisita a aplicação da inferência adversa precisa estabelecer uma conexão lógica entre a provável natureza da prova retida e a inferência buscada¹⁰⁰.

Esse requisito também serve para determinar que as partes especifiquem de maneira clara qual é a prova pretendida¹⁰¹.

4.3.4. A parte que requer a aplicação de inferência adversa deve produzir prova *prima facie*

A prova *prima facie* é aquela que é suficiente para sustentar um fato na ausência de qualquer prova em sentido contrário¹⁰². Ou seja, é aquela que deveria prevalecer caso não seja efetivamente contrariada por nenhuma prova ou argumento¹⁰³.

Para Guilherme Rizzo Amaral, a definição comum de prova *prima facie* não seria apropriada para definir um requisito quando se fala em inferências adversas próprias. Isso porque, provas que comprovam um fato na ausência de outras em sentido contrário são provas que transferem o ônus da prova e, portanto, pertencem ao âmbito das inferências adversas chamadas de impróprias. A prova *prima facie* no âmbito das inferências adversas próprias é insuficiente para estabelecer um fato, ainda que promova uma indicação de qual seria o sentido correto, e não teria o condão de inverter o ônus da prova¹⁰⁴.

⁹⁹ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 558- 564. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

¹⁰⁰ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 558- 564. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

¹⁰¹ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse inferences in international arbitral practice. ICC **International Court of Arbitration Bulletin**, v. 22/number 2, 2011. p. 53.

¹⁰² SHARPE, JEREMY K. Drawing adverse inferences from the non-production of evidence. pp. 558- 564. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

¹⁰³ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. Journal of International Arbitration 35, n° 1, 2018. pp. 23-25.

¹⁰⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. Journal of International Arbitration 35, n° 1, 2018. pp. 23-25.

Jeremy Sharpe defende que os árbitros não devem aplicar a inferência adversa caso a parte que a requereu deixe de produzir provas consistentes, completas, formais e detalhadas¹⁰⁵.

Se a prova é contraditória por si só ou se contraria a argumentação desenvolvida pela parte, não tem os parâmetros necessários para ser considerada *prima facie*. O mesmo se dá em relação às provas vagas ou incompletas¹⁰⁶.

4.3.5. A parte deve ter oportunidade suficiente de produzir provas antes de ser extraída inferência adversa contra ela

Segundo Jeremy Sharpe, os árbitros tendem a se esforçar para desenvolver não apenas um procedimento justo e livre de parcialidade ou favoritismo, mas que também pareça justo às partes envolvidas. Logo, os árbitros teriam o dever de alertar as partes acerca de suas obrigações durante o processo arbitral, inclusive em matéria probatória¹⁰⁷.

Nesse contexto, a parte que deixa de atender a um requerimento do árbitro de produção de determinada prova, deve ter conhecimento sobre as possíveis consequências de seu ato¹⁰⁸.

O requisito de que as partes tenham ciência sobre os possíveis efeitos de sua não colaboração aumenta a previsibilidade e, conseqüentemente, fortalece a legitimidade do procedimento arbitral, contribuindo para o efeito disciplinante das inferências adversas¹⁰⁹.

Além disso, esse critério também garante o cumprimento dos princípios da não surpresa e do devido processo legal.

Guilherme Rizzo Amaral defende, entretanto, que esse requisito não deve ser interpretado de maneira tão extensa a se considerar que se deve exigir que os árbitros efetivamente notifiquem a parte de que uma inferência adversa será aplicada. O que se pretende, na verdade, é apenas

¹⁰⁵ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 558- 564. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

¹⁰⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. Journal of International Arbitration 35, n° 1, 2018. pp. 23-25.

¹⁰⁷ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 558- 564. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

¹⁰⁸ SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. pp. 558- 564. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

¹⁰⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart**. Journal of International Arbitration 35, n° 1, 2018. pp. 23-25.

garantir que as partes possam ter conhecimento das possíveis consequências de não colaborarem com as ordens emitidas pelos árbitros durante o procedimento¹¹⁰.

Por fim, cumpre destacar que as partes não devem contar com os árbitros para aconselhá-las sobre como agir em seus casos. Os tribunais arbitrais presumem, com razão, que as partes irão apresentar todas as provas que estiverem em sua disposição e forem capazes de sustentar suas alegações¹¹¹.

5. CIVIL LAW E COMMON LAW

Nas jurisdições de *Common Law*, as partes são requeridas a produzir todas as provas que estiverem ao seu alcance, inclusive aquelas que, de alguma forma, podem prejudicar a tese que defendem. Já nas jurisdições de *Civil Law*, ao contrário, as partes não costumam ter a obrigação de produzir provas que lhes são prejudiciais¹¹².

Segundo Gabrielle Kaufmann-Kohler e Phillipe Bärtsch, ao menos que sejam aconselhadas por advogados experientes em arbitragem internacional, as partes tendem a importar para o procedimento arbitral a cultura processual da jurisdição de seu país de origem¹¹³.

As técnicas e a sistemática de produção de provas representam um dos principais contrastes entre os sistemas de *Civil* e *Common Law*¹¹⁴.

Em países de *Common Law*, por exemplo, costuma-se utilizar a técnica de *Discovery*, em que uma parte pleiteia à outra a exibição de todos os documentos relacionados a discussão travada no litígio¹¹⁵.

¹¹⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart*. *Journal of International Arbitration* 35, nº 1, 2018. pp. 23-25.

¹¹¹ SHARPE, JEREMY K. *Drawing adverse inferences from the non-production of evidence*. pp. 558- 564. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

¹¹² KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; BÄRTSCH, Phillipe. *Discovery in international arbitration: how much is too much?* *SchiedsVZ*, 2004, Heft 1.

¹¹³ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; BÄRTSCH, Phillipe. *Discovery in international arbitration: how much is too much?* *SchiedsVZ*, 2004, Heft 1.

¹¹⁴ MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. pp. 298-301.

¹¹⁵ MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. pp. 313-314.

De mais a mais, no âmbito das arbitragens internacionais, costuma-se mesclar as regras oriundas do *Common* e *Civil Law*. O *IBA Rules* é exemplo disso, ao passo que define uma abordagem híbrida para a produção de provas em geral, incluindo as documentais¹¹⁶.

No que se refere às inferências adversas, o sistema do país de origem de cada árbitro e das partes pode influenciar na aplicação dessa ferramenta.

Além de as partes poderem expressamente convencionar sobre o tema, Alexander Sevan Bedrosyan defende que, ainda que o regulamento arbitral ou lei que comanda o procedimento preveja a aplicação de sanções às partes, alguns árbitros podem relutar a aplicá-las por serem contrárias a cultura dos países de *Civil Law*¹¹⁷.

Logo, entende-se que, para além das normas que regulam o procedimento arbitral, o sistema do país de origem das partes e dos árbitros é essencial para compreender a organização da instrução probatória.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a examinar a aplicação pelos árbitros do instrumento das inferências adversas na arbitragem. Para tanto, analisou-se o conceito de arbitragem e suas principais determinações legais e institutos inerentes ao procedimento arbitral que são essenciais para a compreensão do tema.

Vigora na arbitragem, desde o momento em que as partes decidem firmar a convenção arbitral até a prolação da sentença arbitral, o princípio da autonomia da vontade das partes.

Nesse contexto, as partes têm liberdade para determinar regulamento ou lei ou criar suas próprias regras para disciplinar o procedimento arbitral.

As provas são de extrema importância não somente no processo de convencimento dos julgadores, mas também para orientar o próprio comportamento das partes durante o processo arbitral, que passam a ter conhecimento acerca de suas chances de êxito e de seu ônus.

¹¹⁶ WEBSTER, Thomas H. Obtaining documents from adverse parties in international arbitration. **Arbitration International**, v. 17, nº. 1. LCIA, 2001. pp. 41-42.

¹¹⁷ BEDROSYAN, Alexander Sevan. Adverse inferences in international arbitration: toothless or terrifying? **Legal Scholarship Repository**, Penn Law, 2016. p. 257.

Ainda, se sabe que nem sempre as partes atuam de maneira diligente durante a instrução probatória. Logo, as inferências adversas são uma das alternativas que podem ser adotadas pelos árbitros quando a parte não atende o seu requerimento de produção de determinada prova.

Como foi visto, não há na doutrina convergência acerca da natureza das inferências adversas, mas é de extrema importância diferenciá-las de outros fenômenos, como, por exemplo, as chamadas inferências adversas “impróprias”.

Por fim, constatou-se que as inferências adversas representam relevante instrumento para impor disciplina ao procedimento arbitral, uma vez que apenas o risco de que seja aplicada uma inferência adversa pode influenciar a parte a apresentar as provas relevantes que detém, e para que o julgador consiga construir um raciocínio lógico ao julgar o mérito da demanda.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for and Inference Chart*. Journal of International Arbitration 35, nº 1, 2018.

AMARAL, Guilherme. **O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem**. Disponível em: <https://www.soutocorreia.com.br/artigos/o-onus-da-prova-e-inferencias-negativas-na-arbitragem>. Acesso em: 27.04.2022.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, (e-book).

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista dos Tribunais Thomson Reuters**, São Paulo, v. 282/2018, pp. 113-19, ago. 2018.

MARTINS, Pedro A. Batista. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. Disponível em: <http://batistamartins.com/panoramica-sobre-as-provas-na-arbitragem-2/>. Acesso em: 27.04.2022.

BEDROSYAN, Alexander Sevan. Adverse inferences in international arbitration: toothless or terrifying? **Legal Scholarship Repository**, Penn Law, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27.04.2022.

BRASIL, Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27.04.2022.

BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27.04.2022.

BRASIL, Samuel Meira Jr. Inversão do ônus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. **Revista dos Tribunais Thomson Reuters**, São Paulo, v. 283/2018, p. 257-284, set. 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, (e-book).

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, (e-book).

DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. v2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, (e-book).

GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse inferences in international arbitral practice. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 22/number 2, 2011.

HARRIS, Peter. **Reinventing the Redfern**. *Journal of International Arbitration*, 2016, 33, Issue 4, pp. 353-364. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/33.4/JOIA2016021>. Acesso em: 27.04.2022.

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration. Londres: International Bar Association, 2020.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; BÄRTSCH, Phillipe. **Discovery in international arbitration: how much is too much?** *SchiedsVZ*, 2004, Heft 1.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

SCHARF, Michael P.; DAY, Margaux. The international court of justice's treatment of circumstantial evidence and adverse inferences. **Chicago Journal of International Law**, v. 13, nº. 1, article 6. (Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol13/iss1/6>. Acesso em: 27.04.2022).

SHARPE, JEREMY K. **Drawing adverse inferences from the non-production of evidence**. Disponível em <http://arbitration.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 27.04.2022.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória**. v2. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, (e-book).

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. v1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, (e-book).

TARUFFO, Michele. **A prova**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

YARSHELL, Flávio Luiz. **A produção de prova no processo arbitral brasileiro: estamos no rumo certo?** (Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2899731&forceview=1>. Acesso em: 27.04.2022).

WEBSTER, Thomas H. Obtaining documents from adverse parties in international arbitration. **Arbitration International**, v. 17, nº. 1. LCIA, 2001.

WESTGAVER, Claire Morel de; ZINATULLINA, Ellina. **Will adverse inferences help make document production in international arbitration more efficient?** (Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/02/will-adverse-inferences-help-make-document-production-international-arbitration-efficient/>. Acesso em: 27.04.2022).