

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

JANAÍNA RIGO SANTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-351-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI foi realizado em Curitiba-Paraná, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, sob a temática CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 08 de dezembro de 2016, na sede do Centro Universitário Curitiba, e contou com a apresentação de vinte e um artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema processual civil brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, abarcando os seguintes grupos: 1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis; 2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III); 3 - Da Tutela Provisória (Livro V); 4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII); 5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III); 6 - Do Processo de Execução (Livro II); 7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III):

1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UTOPIA OU APLICAÇÃO REVERBERADA DA JUSTIÇA (Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita): Os autores abordam os critérios de Justiça e o resguardo do princípio da dignidade humana atinentes ao novo Código de Processo Civil, questionando se existe afronta a constituição; A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Raisa Duarte Da Silva Ribeiro e Juliane Dos Santos Ramos Souza): As autoras examinam o princípio da boa-fé processual, a partir de sua evolução e expansão do instituto pela leitura no direito privado e público; PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DE DIREITO: O ATIVISMO E A PROATIVIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (Janaína Rigo Santin e Gustavo Buzatto): Os autores examinam com olhar crítico o papel do Judiciário, diante do preceito da inafastabilidade da jurisdição pelas recorrentes omissões das demais funções do Estado (Legislativa e Executiva); MODELOS DE JUSTIÇA

ITINERANTE ESTADUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA (Luciana Rodrigues Passos Nascimento e Adriana Maria Andrade): As autoras abordam as inovações decorrentes da chamada Justiça Itinerante, os benefícios e malefícios por sua implantação, bem como os obstáculos enfrentados para sua efetivação;

2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III): A FIGURA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Pedro Augusto De Souza Brambilla e José Sebastião de Oliveira): Os autores examinam o instituto jurídico do amicus curiae, com o principal objetivo de desvendar os enigmas para sua implantação no sistema judicial brasileiro; DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES (Alexandre Bahry Pereira e Denise Hammerschmidt): Os autores abordam a função do Ministério Público, com foco na fiscalidade legal como uma de suas atribuições, com destaque aos casos envolvendo incapazes e o saneamento de eventuais nulidades;

3 - Da Tutela Provisória (Livro V): A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN (Renata Romani de Castro e Sofia Muniz Alves Gracioli): As autoras propõem-se ao estudo das tutelas provisórias, especificamente destacando as inovações legislativas trazidas pelo CPC/15 referentes as tutelas de evidência, com olhar sobre a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen;

4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII): NOVOS CONTORNOS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DO MUNDO VIRTUAL (Abeilar Dos Santos Soares Junior e Marina Pereira Manoel Gomes): Os autores fazem reflexão sobre os poderes instrutórios do magistrado, conciliando o princípio da verdade real com a livre investigação judicial, além da abordagem sobre os limites do acesso do julgador a informações não trazidas aos autos pelas partes; A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC/2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO (Juliano Colombo): O autor examina um dos principais institutos processuais, a prova, sua nova concepção na carga dinâmica do ônus probatório, e o postulado normativo da proporcionalidade; O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL (Juliana Sirotsky Soria): A autora aborda o chamado standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões; A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS

DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (Lorraine Rodrigues Campos Silva e Sérgio Henriques Zandona Freitas): Os autores examinam o instituto da prova comparativamente, abordando a questão de sua distribuição dinâmica no CPC/15 e a clássica inversão objeto de estudo no Direito do Consumidor;

5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III): A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE CORROBORADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Alexia Brotto Cessetti e Ana Maria Jara Botton Faria): As autoras abordam o movimento da desjudicialização de alguns procedimentos, apontando como exemplo a usucapião, com olhar sobre os princípios da celeridade e da economicidade, na busca da efetividade de resultados úteis para os afetados; O ABUSO DO PROCESSO DO TRABALHO (Vinícius José Rockenbach Portela): O autor examina os atos processuais ilícitos, sua conseqüente responsabilidade, com olhar no abuso do direito e as propostas de combate da referida prática, a partir do processo do trabalho;

6 - Do Processo de Execução (Livro II): A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (Rafael de Oliveira Lima): O autor aborda a atividade jurisdicional executiva e a sua necessária transformação para satisfação concreta dos direitos tutelados;

7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III): A JURISDIÇÃO ILUSÓRIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO (Ricardo Araujo Dib Taxi e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva): Os autores têm como parâmetro as ideias de Ovídio A. Baptista da Silva, abordando o descrédito da atividade jurisdicional de primeiro grau, e seus conseqüentes riscos, tornando a prestação jurisdicional morosa e carente de efetividade; A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A CIDADANIA (Indianara Pavesi Pini Sonni e Heloisa Aparecida Sobreiro Moreno): As autoras esmiúçam os avanços e retrocessos da tutela coletiva no CPC/15 e em leis esparsas (n.º 7.347/85 e 8.078/90), num microssistema processual pouco valorizado, como instrumento potencial de acesso à Justiça e Cidadania; A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS (Vinicius Silva Lemos): O autor pesquisa o art. 10 do CPC /15, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas em todas as fases procedimentais; OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça): Os autores desenvolvem a temática dos deveres dos tribunais com CPC/15, abordando a inércia

argumentativa na revogação dos precedentes, instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico nacional; A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA (Livia Pitelli Zamarian): A autora inova no estudo da função da reclamação constitucional, com olhar sobre a segurança jurídica democrática, apesar de ser correntemente delegado ao segundo plano. A temática desenvolve-se pelo sistema de precedentes à brasileira; A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS “PRECEDENTS” DO “COMMON LAW” (Paulo Henrique Martins e Dirceu Pereira Siqueira): Os autores examinam a incorporação dos precedentes no Brasil, com juízo crítico para a efetivação de direitos, eis que apontam o estabelecimento de um rol de “jurisprudências defensivas” nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à própria efetividade dos direitos; A LÓGICA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA ÀS DEMANDAS REPETITIVAS: DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA À TUTELA COLETIVA DE DIREITOS (Semírames De Cássia Lopes Leão e Gisele Santos Fernandes Góes): As autoras esmiúçam a lógica dos precedentes judiciais como alternativa às demandas repetitivas, com olhar sobre os novos institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, em especial, o primeiro e sua força vinculante na tutela coletiva dos direitos, na litigiosidade massificada, sob as exigências da razoável duração do processo, isonomia das partes e segurança jurídica.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação *Stricto Sensu*, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de temas e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual Civil brasileiro, com juízo crítico sobre o Devido Processo Constitucional Democrático.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas (dentre elas, a Universidade FUMEC; Universidade de Passo Fundo; Instituto Mineiro de Direito Processual; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Estadual de Maringá; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Universidade Federal Fluminense; Universidade Federal do Paraná; Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Universidade Tiradentes; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Centro Universitário de Maringá; Universidade Estadual de Londrina; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Instituto Catuaí de Ensino Superior; Universidade de

Barcelona; Universidade de Salamanca; Universidade de Ribeirão Preto; Centro Universitário de Franca; Universidade Católica do Salvador; Universidade Federal da Bahia; Universidade Estadual do Norte do Paraná; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Università Degli Studi di Parma; Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Federal do Pará; University of London; Universidade de São Paulo; e, a Universidade da Amazônia), bem como as fontes de fomento a pesquisa (FAPEMIG, CNPq, FUNADESP, CAPES, dentre outras), pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento constitucionalizado do Direito Processual Civil democrático brasileiro.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - UPF

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC e FCH

**O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA
ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL**
**STANDARD OF PROOF AND BURDEN OF PROOF IN INTERNATIONAL AND
NATIONAL ARBITRATION**

Juliana Sirotsky Soria ¹

Resumo

O presente trabalho pretende fazer uma breve análise do standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões, cuja análise vem sendo deferida, tanto em função da sua complexidade, como amplitude. Por fim, o trabalho faz uma análise dos institutos na arbitragem nacional, haja vista o novo Código de Processo Civil, bem como denota a ausência de doutrina sobre o assunto abordado, realizando algumas breves sugestões.

Palavras-chave: Standard, Prova, Ônus, Arbitragem internacional, Arbitragem nacional

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyses the standard of proof and burden of proof within international and national arbitration. It's known that the subject it's crucial in the result of the arbitration, albeit the arbitral tribunals abstain from saying too much about the matter at hand. Last, an analysis of the Brazilian arbitration system is made, due to the new Civil Procedural Code and the lack of doctrine and discussion in the matter.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Standard, Burden of proof, International arbitration, Brazilian arbitration system

¹ Mestranda em Direito na linha de Teoria Geral da Jurisdição e Processo com foco em arbitragem pela PUC/RS e Advogada no Carvalho, Machado & Timm Advogados.

INTRODUÇÃO

A prova tem um papel crucial em qualquer tipo de disputa. O resultado da grande maioria das arbitragens internacionais é determinado pelos fatos do caso ou, pelo menos, por uma combinação dos problemas legais e factuais (BLACKABY; PARTASIDES,; REDFERN,; HUNTER, 2009, p. 384) . A demanda, a defesa e o resultado dependem da existência de certos fatos (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 552). Como consequência, a prova é um aspecto crucial na arbitragem internacional, o que faz com que a comunidade arbitral esteja, cada vez mais, dispensando recursos para o desenvolvimento de mecanismos de prova na prática.

Entre diversos assuntos no campo da prova, a distribuição do ônus da prova e o *standard* de prova não têm recebido atenção suficiente da prática arbitral. Tem-se observado que poucas autoridades fazem referência a estes assuntos, ainda que em uma pesquisa realizada pelo Conselho de Arbitragem Comercial no encontro bianual, ocorrido em Miami em 2014, indicou que problemas de ônus de prova são frequentemente determinantes para o resultado da arbitragem (FRANCK, 2014).

Dessa forma, quando as partes não estão cientes dos riscos relacionados a distribuição de ônus probatório, ou qual será o *standard* de prova utilizado pelo tribunal, problemas sérios podem surgir, fazendo com que o estudo e limitação desses institutos seja ainda mais necessário, em função da previsibilidade das arbitragens e a segurança jurídica esperada da instituição.

No mais, o trabalho faz uma breve relação com o instituto da arbitragem no Brasil, visto que a falta de estudo no assunto é similar, podendo dar origem aos mesmos problemas, em menor escala.

1. Prova em arbitragem internacional

Em geral, a arbitragem garante aos árbitros ampla autoridade para decidir questões relativas à prova. Por exemplo, o artigo 19(2) da Lei Modelo (Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985 com alterações adotadas em 2006):

o tribunal arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida.

Regras institucionais contém, tipicamente, previsões gerais confirmando o controle dos árbitros sobre o procedimento ou que aqueles possuem discricionariedade quanto a admissibilidade e a valoração da prova. Nesse mesmo sentido, as regras da IBA na aceitação

de provas dispõem de forma similar à Lei Modelo, onde mesmo na ausência de tais previsões, os tribunais têm, de forma implícita, autoridade para resolver questões relativas à prova.

No entanto, questões relacionadas à prova são tão frequentes na arbitragem quanto em litígios domésticos, havendo pouca doutrina dispendo sobre a distribuição do ônus probatório no contexto arbitral. Nessa senda, PIETROWSKI (2009, p. 373) sublinha que:

convenções de arbitragem internacional, leis de arbitragem nacional, *compromis*, regras arbitrais e mesmo decisões de tribunais arbitrais são uniformemente silentes quanto ao *standard* de prova na arbitragem

Porém, algumas regras institucionais (tal como a UNCITRAL em seu Art. 27(1) “*Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defense*”, fazem referência à problemática de forma rasa, prevendo que cada parte tenha o ônus de provar os fatos necessários às suas demandas, sejam elas positivas (constitutivas) ou negativas (impeditivas e/ou excludentes). Essa posição está em uníssono com comentários e laudos arbitrais, que aduz a *actori incumbit probatio*: cada parte tem o ônus de provar os fatos que suportam seu caso. No entanto, certas alegações requerem provas mais contundentes do que outras.

2. Lei aplicável para *standard* e ônus de prova

Qualificar o ônus e o *standard* de prova como material ou processual não é simples. No entanto, necessário definir os conceitos de matéria e procedimento na arbitragem.

É geralmente aceito que questões processuais são relativas a atividade dos árbitros e a condução do procedimento arbitral, tal como medidas emergenciais, admissibilidade de *discovery* e exame de testemunhas. Em contraste, questões materiais abrangem todo e qualquer assunto pertinente ao relacionamento entre as partes, o mérito da disputa, tal como a interpretação contratual e determinação de danos (SMIT, 1990-1991, p. 1311)

Caracterizar o *standard* e o ônus da prova tem consequências na lei aplicável, uma vez que, tomada essa decisão, o tribunal irá decidir aplicar (i) a lei do lugar da arbitragem; (ii) a lei material que regula o mérito da disputa; ou (iii) um padrão de arbitragem internacional (BORN, 2014. p. 2314). Ou seja, se *standard* e ônus de prova são considerados processuais, eles devem ser governados pela *lex arbitri* ou algum padrão da arbitragem internacional. Por outro lado, se for considerado material, será aplicada a lei material específica ao mérito da disputa.

a. Abordagens a natureza do *standard* e ônus da prova

É possível identificar três abordagens quanto a natureza do *standard* e do ônus da prova, ainda que sistemas de *common law* normalmente os classifiquem como procedimental e os de *civil law*, como material (WAINCYMER, 2012, p. 761).

A primeira abordagem trata do *standard* e do ônus da prova como procedimental. Nesse caso, é dado mais peso ao ônus probatório, uma vez que a distribuição deste é feita de acordo com a responsabilidade e com o nível de interesse de cada parte em provar alegações e fatos que serão apreciados pelos árbitros (BORN, 2014, p. 2314).

A segunda abordagem trata do *standard* e do ônus da prova como material, já que o *standard* e do ônus da prova está intimamente conectado a existência da demanda apresentada (REINER, 1994, p. 330). É discutido que essa abordagem facilita a previsibilidade do procedimento, já que as partes escolhem a lei material que será aplicada, fazendo com que os árbitros respeitem a escolha da lei feita, sem estar sujeito a um sistema nacional ou procedimental.

A terceira e última abordagem a ser trazida no presente trabalho, ainda que elas não se esgotem aqui, reflete uma posição intermediária. BORN (2014, p. 1857), reconhecendo as dificuldades de um posicionamento rígido, defende que os árbitros deveriam criar uma gama de regras especializadas à luz do problema do mérito e procedimental específico do caso, ao invés de aplicar regras de uma jurisdição específica.

b. Técnicas da *civil law* e técnicas da *common law*

Como sabido, uma das vantagens da arbitragem, com maior ocorrência na modalidade internacional, é a possibilidade de criação de procedimentos que tenham elementos de mais de um sistema jurídico, ou que sejam inspirados em regras nacionais de países diferentes.

Essa modalidade híbrida, onde aproveita-se as melhores partes dos sistemas de *civil law* e de *common law*, tem vantagens no que toca as diferentes origens dos árbitros, normalmente, que constituem um tribunal arbitral (RAU; SHERMAN; PEPPET, 2002, p.30), pois é possível que haja um *standard* mais razoável de prova, bem como na adaptação e utilização de diferentes técnicas de valoração da prova, que, como será visto, continua sendo um campo deficiente na arbitragem tanto internacional, como nacional.

Dessa forma, a doutrina aponta que, nas arbitragens internacionais, a colheita e valoração das provas é uma mistura dos sistemas, onde se busca utilizar as vantagens de cada um, depurando suas imperfeições e excessos (WILBRAHAM, 2006, p. 104; CORRÊA, 2009, p. 194).

No entanto, ainda que na esfera internacional existam a *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules)* e a *UNCITRAL Arbitration Rules*, que tentam combinar as regras dos sistemas de *civil law* e de *common law*, não existe uma receita única. Assim, quais regras de cada sistema serão implementadas, e com qual intensidade, depende, minimamente, de três elementos.

Primeiro, das regras criadas ou adaptadas pelas partes para aquele procedimento, existem regulamentos que permitem a ampla aplicação do *discovery*, a critério do tribunal arbitral (CASTRO, 2009, p. 21). Segundo, como serão aplicadas, em cada procedimento arbitral, as regras que permitem a utilização de certos meios de prova, também dependerá da formação jurídica do árbitro, que, em função da sua origem, estará muito mais inclinado a realização da *discovery* sendo um país de *common law*, por exemplo (HANESSIAN, 2005, p. 156-157). Terceiro, poderá também incidir a lei do local da arbitragem, processual estatal ou que regula a arbitragem (SCHANER; SCHLAPPENBACH, 2009, p. 179-182)

3. Ônus da prova

Ônus da prova é um mecanismo que possibilita aos árbitros a resolução de disputas que, caso contrário, permaneceriam sem decisão. Seu principal propósito é controlar quem vai suportar o risco da falta de provas de uma demanda, já que os árbitros, assim como juízes, não podem deixar de julgar uma causa se o seu convencimento não estiver pleno. Como resultado, o ônus probatório funciona claramente como uma regra de julgamento de incertezas (BÖCKSTIEGEL, 2001, p. 2).

Dada a sua função e propósito, estabelecer qual parte será responsável pela evidência e persuasão do árbitro, pode-se concluir que se trata de um problema procedimental. Ainda que árbitros geralmente possuam discricionariedade quanto ao procedimento, há um entendimento consolidado nesse campo, de que a parte que alega ou contesta algo, possui o ônus de provar os fatos onde ela sustenta suas afirmações/negações, sendo esta, sem dúvida, a regra que prevalece (BLACKABY; PARTASIDES; REDFERN; HUNTER, 2009, p. 320). Não obstante, essa regra é sujeita a três exceções.

Primeiro, as partes são livres para acordar na diferente distribuição do ônus probatório. Em outras palavras, podem existir circunstâncias onde as partes disponham em seus termos de arbitragem uma distribuição específica de ônus. Por exemplo, em um contrato de compra e venda de mercadorias, as partes podem acordar que o comprador que alega a não-conformidade da mercadoria não tem o dever de provar isso, e, sim, o vendedor que deverá provar a sua

conformidade (CARMONA, 2009, p. 298). Dependendo da mercadoria objeto da transação, este tipo de cláusula reduz de forma significativa o custo de transação do procedimento e da situação. Logo, o acordo entre as partes deverá ser respeitado independentemente da distribuição do ônus probatório tradicional.

Segundo, uma previsão específica por reverter a regra tradicional, fazendo com que a parte responsável pelo ônus probatório não seja a requerente da demanda. Árbitros podem estar obrigados por leis materiais que preveem, por exemplo, que em um certo tipo de demanda, o ônus será suportado pelo requerido, como resultado de uma presunção legal, cujo objetivo é facilitar a produção de provas (REINER, 1994, p. 330).

Terceiro, os árbitros podem realizar a distribuição do ônus probatório de maneira não tradicional, quando pretendem sancionar uma das partes que se recusou, de maneira injustificada, a produção de certas evidências. Como regra geral, da parte que faz afirmações positivas é esperado que traga à arbitragem provas para sustentar tais afirmações. Em situações excepcionais, no entanto, pode ocorrer que tais provas não estejam à disposição da parte, e sim, nas mãos do requerido (SHARPE, 2006, p. 549). Assim, sendo a arbitragem um processo privado, os árbitros não possuem os mesmos poderes para forçar as partes a obedecer a distribuição do ônus, devendo, portanto, advertir as partes que em caso de falha na produção de provas, decisões adversas poderão sobrevir do processo (DAMASKA, 1997, p. 83).

Desta forma, deve ser ressaltado que o tribunal arbitral deve respeitar o disposto pelas partes, sob pena de estar excedendo a sua autoridade, ao tentar aplicar uma distribuição diferente de ônus daquele decidido pelas mesmas. No mais, o tribunal deve tomar cuidado com a advertência que faz às partes em relação à produção de evidências, para que, mais tarde, não seja motivo para que a parte vencida não proceda com o cumprimento da sentença arbitral (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1999, p. 947).

4. *Standard de prova*

A natureza do *standard* de prova na arbitragem internacional é um tema polêmico. Mas mesmo se sua natureza não fosse controversa, não seria fácil estabelecer regras que fossem aceitas de forma generalizada, uma vez que instituições arbitrais evitam se posicionar em questões como essa (PARK, 2012, p. 778), fazendo referência somente de forma rasa em seus regulamentos, como supramencionado.

Dessa forma, ao reforçar repetidamente o poder dos árbitros de valorar a prova livremente, legislações nacionais e arbitrais, que tem semelhante adoção de livre apreciação da prova, acabam por seguir este *standard*, tido como óbvio nos sistemas legais modernos.

No entanto, o padrão de livre avaliação da prova não prevê nenhum *standard* positivo de avaliação da prova. Significa, assim, que aquele que deveria analisar a evidência está livre de obrigações legais relativas à sua avaliação (TARUFFO, 2004, p. 173), fazendo com que o nível probatório que deve ser atingido na arbitragem internacional fique sem definição (BLACKABY; PARTASIDES; REDFERN; HUNTER, 2009, p. 388). Porém, ao usar a terminologia advinda da *common law*, o padrão geral de *standard* de prova nesse caso, seria o balanço de probabilidades (CARON; CAPLAN, 2012, p. 561). Ou seja, um cenário onde a evidência apresentada seja razoavelmente convincente, para que o árbitro possa decidir por uma parte, em detrimento da outra (SELBY, 1992, p. 144).

Um aspecto prático importante é que, em razão da natureza privada da arbitragem, os árbitros – equiparados a juízes na maioria dos países – podem dispensar mais tempo para alcançar uma decisão mais perto da realidade dos fatos (PARK, 2010, p. 26).

No mais, devido a esta falta de rigidez em relação a prova, que ocorre em função da liberdade procedimental característica da arbitragem, tribunais arbitrais acabam mantendo decisões baseadas em evidências que, muitas vezes, não seriam sustentadas em cortes estatais. Como referido no caso *Petroleum Separating Co. v. Interamerican Refining Corp* (EUA, Segundo Circuito, 1961), “ Os árbitros aceitaram rumores como provas, aparentemente, como é da discricionariedade deles o fazer. Se as partes assim não o desejassem, elas não deveriam ter feito a inclusão de cláusula arbitral em seus contratos”.

Ainda que exista bastante divergência quanto ao *standard* de prova, costuma ser um problema pouco presente nas arbitragens internacionais, mesmo quando as partes envolvidas são de países de *common law* e *civil law*. A razão disso, é que árbitros de ambas origens exigem um *standard* parecido de prova, qual seja, de que seja apresentada pelas partes evidência necessária para que possa convencer de que os fatos são mais prováveis de serem verdadeiros do que o contrário (CARON; CAPLAN, 2012, p. 561), tornando as diferenças mais aparentes do que reais (SCHWEIZER, 2013, p. 23)

Essa conclusão pode ser exemplificada de forma simples. Sob a lei de Nova Iorque, os juízes aplicam o *standard* da preponderância de evidência em casos envolvendo problemas contratuais. Já na legislação brasileira, o *standard* será preenchido quando uma das partes demonstrar razoavelmente a existência do fato. Em uma arbitragem internacional envolvendo uma companhia Brasileira e outra de Nova Iorque, sobre uma disputa contratual, a expectativa

do *standard* de prova a ser utilizado será similar para as duas partes e, em caso de dúvida razoável, os árbitros irão decidir contra a parte demandante. Em que pese as terminologias diferentes, o conflito é praticamente inexistente, sendo o cenário mais típico em arbitragem comercial internacional (CARRETEIRO, 2016, p. 86).

De outra senda, existem hipóteses mais complicadas que podem surgir quando tratamos da diferença de origem das partes quando a demanda versa sobre fraude, por exemplo, em vez de uma demanda contratual.

Sob a legislação nova-iorquina, os juízes entendem que o *standard* para a prova é de que ela deve ser clara e convincente, para que os interesses individuais sejam protegidos em casos de fraude. No Brasil, não há indicação clara do *standard* a ser utilizado pelos juízes em uma demanda envolvendo fraude. Assim, tendo em vista a possibilidade de divergência quanto ao *standard* de prova no caso, dois cenários distintos devem ser considerados: (i) uma arbitragem que ocorrerá em território brasileiro, onde as partes escolheram a lei material de Nova Iorque; e (ii) uma arbitragem em Nova Iorque onde as partes escolheram a lei material brasileira.

No primeiro cenário, os árbitros deveriam aplicar o *standard* de prova clara e convincente geralmente utilizado pelas cortes de Nova Iorque, ou eles deveriam se dar por satisfeitos com as provas apresentadas pelas partes? Se considerarmos que o *standard* normalmente utilizado em Nova Iorque tem natureza procedimental, já que faz alusão a suficiência da prova frente aos fatos apresentados, os árbitros no Brasil não deveriam se preocupar em atender a este *standard*, já que regras técnicas de evidência e os padrões rígidos utilizados em cortes nacionais geralmente não se aplicam na arbitragem internacional (PATOCCHI; MEAKIN, 1996, p. 895).

Dessa forma, quando as partes escolhem a legislação de Nova Iorque para governar o contrato, estamos falando da lei material e não do procedimento aplicado pelas cortes. Assim, já que a lei material não possui nenhuma regra quanto a necessidade de preponderância de evidência, esta não causa nenhum impacto na solução do caso, já que, a cláusula de escolha da lei aplicável na arbitragem não importa regras processuais.

No segundo cenário, o mesmo raciocínio apresentado anteriormente deverá ser aplicado. Mesmo se o *standard* de prova clara e convincente fosse considerado em função dos valores legislativos de Nova Iorque, os árbitros não estariam obrigados a aplica-lo. Essa conclusão só seria divergente caso as partes tivessem acordado de forma expressa que o aspecto procedimental do lugar da arbitragem fosse incorporado ou que o *standard* utilizado em Nova Iorque fosse obrigatório (BORN, 2014, p. 2196). Por outro lado, já que a lei material brasileira

não faz referência a nenhum *standard* específico para casos de fraude, os árbitros teriam discricionariedade para ajustar o grau de prova necessário para sua livre convicção.

De qualquer forma, o controle e potenciais erros na aplicação dos *standards* de prova é ainda mais difícil de ser constatado do que na distribuição do ônus probatório. Considerando a ampla autoridade do tribunal arbitral em considerar a suficiência da prova submetida, a chance de um recurso com fulcro na insuficiência probatória prosperar é ínfima, dependendo quase de forma exclusiva de uma potencial falha na aplicação da lei escolhida pelas partes (BOND, 2011, p. 316).

5. Proposta para regras de *standard* e ônus probatório

PARK (2012, p. 777), questiona os benefícios da discricionariedade dos árbitros, sugerindo que as instituições arbitrais deveriam considerar seriamente a adoção de provisões mais precisas quanto aos procedimentos para servir de exemplo aos árbitros de como eles deveriam conduzir os processos.

Uma das propostas apresentada por ele é de que as regras arbitrais deveriam falar expressamente de distribuição do ônus da prova, uma vez que existe a percepção da comunidade arbitral que problemas relacionados ao ônus da prova são frequentemente decisivos no resultado da arbitragem, ainda que quase nunca discutidos (FRANCK, 2014). Indica, assim, que agora seja o tempo oportuno para a criação dessas regras, a fim de aumentar a previsibilidade no contexto da arbitragem internacional

Ainda que algumas regras façam o regulamento de alguns aspectos da distribuição de ônus da prova, essas provisões se mostram insuficientes aos árbitros e às partes.

À luz dessas considerações, CARRETEIRO (2016, p. 89) propõe algumas inclusões nas regras arbitrais de diversas instituições, a fim de prever um padrão eficiente para os árbitros quando fazendo a distribuição do ônus probatório ou na utilização de um *standard* de prova:

- (1) A não ser que seja acordado pelas partes ou expressamente previsto pela lei aplicável, a parte que alega o fato detém o ônus probatório de provar os fatos que suportam sua demanda ou sua defesa.
 - a. Se a parte, em posse ou controle de prova relevante, falha na produção da mesma após ser intimada a fazê-lo, o tribunal arbitral poderá concluir de forma diversa daquilo que a suposta prova deveria evidenciar.
- (2) A não ser que seja expressamente estabelecido pela lei aplicável, os fatos serão considerados provados quando o tribunal arbitral estiver convencido suficientemente de sua certeza.

Essa proposta não é de todo nova, possuindo ressonância na arbitragem internacional. Sua força reside no fato que afirma a regra tradicionalmente aceita por tribunais quanto a

distribuição do ônus probatório, ao mesmo tempo que evita potenciais problemas que podem surgir ao ignorar certas abordagens.

6. Breve análise do cenário da arbitragem brasileira

Tal como visto no cenário da arbitragem internacional, na arbitragem nacional, não há regulação quanto a distribuição do ônus de prova ou o *standard* a ser utilizado pelos árbitros quando da resolução das disputas, até porque as partes deverão obedecer ao procedimento da Câmara Arbitral escolhida, ou, quando não houver previsão expressa, à discricionariedade do tribunal arbitral

Na Lei Brasileira de Arbitragem (LBA) , em linhas gerais, tem-se que:

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.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Reflete, assim, as diversas formas de prova que podem ser solicitadas pelo árbitro, não estabelecendo nenhum *standard* ou distribuição de ônus. Ademais, ressaltamos que inexistente previsão na LBA vinculando as partes ao Código de Processo Civil, na ausência de fixação de procedimento próprio. Ao contrário, a referida legislação autoriza as partes a criarem as regras procedimentais que serão aplicadas ao processo arbitral (art. 2º, §1º, art. 11, IV, art. 19, § único, e art. 21, caput e §§ 1º e 2º).

Assim, no procedimento arbitral, diferentemente do previsto pelo artigo 373 do Novo Código de Processo Civil, não existe previsão legal que disponha sobre a distribuição do ônus da prova. Disso podemos dizer que, aquele que tiver interesse no esclarecimento do fato, deve produzir ou requerer a produção da prova que entender conveniente.

No mais, o árbitro pode determinar que as partes esclareçam os fatos ou tragam documentos necessários para a formação da sua convicção, bem como tem livre disposição para requerer a produção de provas que entender necessário.

Nesse sentido, CARMONA (2009, p. 314-315) entende que:

Em princípio, a parte que solicitou a prova arcará com os ônus iniciais para sua produção (em outros termos: fará os adiantamentos necessários para custear tal prova); mas a regra poder ser alterada a critério das partes, que poderão estabelecer nos procedimentos que quiserem ver aplicados pelo árbitro outros critérios (por exemplo, podem determinar que todas as despesas serão divididas pela metade, ou que antecipará as despesas a parte que instaurar o procedimento arbitral)

Dessa forma, podemos entender que, ante a ausência de disposição na LBA, que quem tiver interesse pelo esclarecimento do fato, deve produzir ou requerer a produção da prova que entender conveniente, para que o árbitro, revestido da jurisdição de juiz de fato e de direito (art. 18 da LBA), que possui poderes instrutórios semelhantes aos ao conferido ao do Juiz de Direito, possa valorar de acordo com a sua discricionariedade, utilizando o *standard* que entender necessário ao caso.

Em que pese, há que se fazer um paralelo do poder do árbitro de determinar as provas de ofício com o artigo 370 do Código de Processo Civil.

Na prática, parece que o exercício de poderes instrutórios de ofício é mais comum na arbitragem do que no processo estatal. Isso porque os árbitros, que foram escolhidos pelas partes, normalmente têm poucos processos. Como prestadores de serviço, buscam com mais afinco a chamada “verdade real” ou “verdade material”, exercendo, assim, de forma mais aprofundada seus poderes de determinar provas de ofício (MONTORO, 2010, p. 289)

Quando o julgador (árbitro ou juiz) determina a realização de uma prova, ele não sabe qual será o seu resultado. Mesmo quando ele tem a suspeita de que a prova poderá auxiliar uma das partes, ele nunca pode garantir que o resultado será exatamente aquele que ele pensava. Por isso, ao determinar uma prova ele não estará ajudando uma das partes, e, sim, estará trazendo mais elementos de fato, mais provas, para dentro do processo.

Essas, submetidas ao contraditório, tanto no judiciário quanto na arbitragem, são mais um elemento na tarefa de auxiliar a correta prestação da tutela jurisdicional. Assim, para que não seja violado o princípio da igualdade, basta o julgador conferir às partes a mesma oportunidade de se manifestar sobre tal prova, para o seu livre convencimento.

Contudo, acredita-se que a posição mais adequada seria buscar equilibrar, em cada situação concreta, os poderes instrutórios com a autonomia da vontade das partes. De nada

adianta os árbitros exigirem a realização de uma prova pericial extremamente cara, ou demorada, se ambas as partes entendem que ela é desnecessária, e se recusam a custeá-la. Trata-se, ao fim e ao cabo, da aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no procedimento arbitral.

Nessa linha de pensamento indaga-se: é do árbitro o poder exclusivo de avaliar a verdadeira necessidade da prova?

Com base na literalidade do artigo 22 da LAB, parece que esse poder seria necessariamente exclusivo do árbitro. No entanto, na prática da arbitragem, não é deste o poder exclusivo, pois a vontade das partes em determinar como será o procedimento tem enorme importância, muito mais do que nos procedimentos judiciais, diga-se de passagem, sendo este um dos princípios base da arbitragem.

Assim, apesar da lei afirmar que o árbitro é quem estabelece quais são as provas necessárias, esse poder do árbitro encontra certa limitação na vontade das partes. Contudo, vários regulamentos arbitrais estabelecem que o poder de determinar a produção de provas é do árbitro (Por exemplo: 9.5 da CCBC; ICDR; Art. 16 da AAA). Nessa senda, se o árbitro está seguro de que a prova é dispensável, sendo dele o *standard*, ele então efetivamente aplica o artigo 22 da LAB, mesmo a prova sendo requerida por ambas as partes do processo, tendo em vista que no ordenamento brasileiro seus poderes regulatórios também advêm do artigo 13, §6º da mesma Lei.

Outros aspectos importantes a serem considerados quando do *standard* de prova para um Tribunal Arbitral, inclusive em âmbito nacional, são a quantidade de processos e a experiência.

Quanto ao primeiro aspecto, comum o árbitro ter mais flexibilidade no seu proceder, uma vez que a diferença fundamental, de ordem prática, com a justiça estatal, está no volume de serviço. O árbitro pode muito bem aceitar realizar uma prova desnecessária requerida pelas partes ou por não estar totalmente convencido da sua (des)necessidade, tornando o *standard* de prova relativo aos seus olhos.

Por fim, quanto ao segundo aspecto, que reforça o acima explicado, é que muitos árbitros atuam, em outros casos, como advogados (ou já atuaram) e, em sua prática, já requereram provas e *standards* que consideravam estáveis para aquele tipo de situação e, ao fim, não foram. Assim, causaram ainda maior flexibilização e relativização dos *standards* de prova na arbitragem.

7. Adaptação das regras sobre ônus da prova na arbitragem nacional

Com o disposto acima, e a relativização do *standard* da prova, bem como a sabida flexibilização do procedimento arbitral como um todo dada a autonomia das partes, surge a questão, se podem ser criadas regras específicas regulando a distribuição do ônus da prova, diferente daquela prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil, bem como a possível inversão do ônus.

Necessário salientar reiteradamente que as regras processuais do Código de Processo Civil nem sempre têm aplicação no procedimento arbitral, conclusão esta que pode ser estendida à produção probatória. Também, devemos salientar a igualdade das partes como regra da arbitragem e o princípio do livre convencimento motivado. Feitas tais considerações, com alguns limites, a distribuição do ônus probatório, bem como sua inversão podem ocorrer dentro de um procedimento arbitral (CARNEIRO, 2005, p. 140-141).

A flexibilização das regras sobre a distribuição do ônus da prova que acarrete na violação do princípio do livre convencimento motivado, torna tal regra inválida, devendo o árbitro deixar de aplicá-la, sendo este um dos principais limites para a adaptação das regras procedimentais de disposição sobre o ônus da prova (MONTORO, 2010, p. 319).

Quando tratamos da possibilidade de inversão do ônus probatório, o problema é parecido com à discussão já existente no processo civil estatal (GRECO, 2004, p. 82). No entanto, na arbitragem o aspecto é ligeiramente diferente, na medida que é provável a existência de um contato mais direto, mais aberto, menos formal e menos litigioso, entre as partes e os árbitros, bem como as partes entre si. Quando isso ocorre, parece adequado que o árbitro antecipe a inversão do ônus da prova, a fim de evitar que, posteriormente, a parte prejudicada ingresse com ação anulatória de sentença arbitral alegando cerceamento de defesa.

Nesse sentido, CINTRA (2004, p. 25) pondera como deve proceder o árbitro quando há uma situação que pode ensejar tal instituto na arbitragem. Discorre ele sobre três posturas possíveis:

- (i) O árbitro não trata do tema durante o procedimento, e, na sentença arbitral, aplica a inversão do ônus da prova;
- (ii) ao longo do procedimento o árbitro alerta as partes que no caso concreto pode ocorrer a inversão do ônus da prova; e
- (iii) o árbitro, no meio do procedimento, desde logo informa as partes que irá aplicar a inversão do ônus da prova, para que elas possam atuar na fase instrutória tendo em vista tal decisão.

Assim, tal como na arbitragem internacional, urge um maior estudo e dedicação acerca dos *standards* de prova e da distribuição do ônus probatório a ser utilizados pelos árbitros nos

procedimentos nacionais, para que os laudos arbitrais possam ter uma previsibilidade maior, diminuindo a probabilidade de uma execução de laudo arbitral por falta de cumprimento da parte, sob o argumento de insuficiência probatória, ou de cerceamento de defesa, quando comparado com o *standard* ou a distribuição de ônus de prova normalmente feita pelo judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que o *standard* de prova e a distribuição do ônus probatório sejam de extrema importância na arbitragem internacional, eles não têm recebido a atenção necessária.

Parece bem estabelecido na arbitragem internacional que cada parte, a princípio, deverá ter o ônus de provar os fatos utilizados para suportar sua demanda ou defesa. Em contraste, *standard* de prova ainda é uma ideia mais desenvolvida nos sistemas de *common law*, que adota uma abordagem mais quantitativa ou estatística, enquanto na *civil law*, o *standard* parece ser um convencimento interno do árbitro ou juiz.

O trabalho demonstra, no entanto, que tais definições não são pertinentes, já que na arbitragem internacional, já que não é fácil saber o nível de suficiência probatória, ainda que este não será substancialmente diferente quando tratamos de jurisdições de origens diferentes.

Além disso, é necessário fazer uma análise da lei aplicável ao caso, bem como a definição do ônus da prova e do *standard* de prova como sendo de direito material ou procedimental, para que, então, saibamos à luz de qual vertente do direito tais institutos serão aplicados, havendo distinções no caso concreto, já que na arbitragem internacional a probabilidade de haver partes cuja origem seja distinta é maior, devendo-se tomar cuidado quanto a previsibilidade daquela arbitragem.

No mais, na arbitragem nacional, também se trata de tema polêmico, visto não existir um regramento geral, ficando, conforme o caso, a critério do árbitro a regência do procedimento, ou quando previsto em regulamento da Câmara Arbitral eleita, as partes deverão observar o quanto disposto no regimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford, 2009.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *Presenting evidence in international arbitration*. 16 ICSID Rev. FILJ 1, 2001

- BOND, Michael J. *The standard of proof in international commercial arbitration*, 77(3) Arbitration, 2011
- BORN, Gary. *International commercial arbitration*. Hague: Kluwer Law Int'l, 2014.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARON, David D.; CAPLAN, Lee M. *The UNCITRAL arbitration rules: a commentary*. Oxford, 2012.
- CARRETEIRO, Mateus A. *Burden and Standard of proof in international arbitration: proposed guidelines for promoting predicatability*. Kluwer Law International 2016, Volume XIII, Issue 49
- CINTRA, António Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. *The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, nº 6, 2009.
- DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. Yale, 1997.
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD; Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International, 1999
- FRANCK, Susan D. *Precision and legitimacy in international arbitration: empirical insights from ICCA*. Kluwer Arbitration Blog, September 10, 2014.
- GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: Do Código de 1973 ao novo Código Civil*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. Nº 15. Jun. 2004.
- HANESSIAN, Grant. *Discovery in international arbitration*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, nº 7, 2005.
- LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Lukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985 com alterações adotadas em 2006. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf>. Acesso em 27.06.2016.
- MEHREN, Robert. *Rules of arbitral bodies considered from a practical point of view*. Journal of International Arbitration, 1992.
- MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*. Respositório de teses da Universidade de São Paulo, 2010.

- PATOCCHI, Paolo; MEAKIN, Ian. *Procedure and the taking of evidence in international commercial arbitration: the interaction of civil law and common law procedures*. 7 RDAI/IBLJ, 1996
- PARK, William. *Arbitrators and accuracy*. Journal of International Dispute Settlement, 2010
- Petroleum Separating Co. v. Interamerican Refining Corp*, 296 F.2d 124 (2d Cir. 1961)
- PARK, William. *The value of rules and risks of discretion: arbitration's protean nature, Arbitration of international business disputes*. Oxford, 2012.
- PIETROWSKI, *Evidence in International Arbitration*, 2009.
- REINER, Andreas. *Burden and general standards of proof*. 10(3) Arb. Int'l, 1994
- SELBY, Jamison M. *Fact-finding before the Iran-United States claims tribunal: the view from the trenches*. In: LILLICH, Richard B. (ed.). *Fact-finding before international tribunals*. Transnational, 1992.
- SCHANER, Lawrence S.; SCHLEPPENBACH, John R. *Due process in international arbitration: anything goes? A U.S perspective*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, nº22, 2009.
- SCHWEIZER, Mark. *The civil standard of proof – what is it, actually?* Max Planck Institut, 2013
- SHARPE, Jeremy K. *Drawing adverse inferences from the non-production of evidence*. 22(4) Arbitration International, 2006
- SMIT, Hans. *Substance and procedure in international arbitration: the development of a new legal order*. 65th Tul. Law Review, 1990-1991.
- TARUFFO, Michele. *Admission and presentation of evidence*. In: ANDENAS-ANDREWS-NAZZINI (eds.). *The future of transnational civil litigation: English responses to the ALI/UNIDROIT draft principles and rules of transnational civil procedure*. BIICL, 2004.
- WAINCYMER, Jeff. *Procedure and evidence in international arbitration*. Hague: Kluwer Law Int'l, 2012.
- WILBRAHAM, Alex. *O perito na arbitragem internacional*. Revista Brasileira de Arbitragem. Porto Alegre, ano 3, nº 10, 2006