

REUNIÃO 03: DEPOIMENTO ESCRITO DA TESTEMUNHA DE FATOS

São Paulo, 27 de agosto de 2024.

OFFICIAL REPORT

Sumário.....	0
01. Metodologia.....	1
02. Introdução.....	2
03. Objetivo.....	4
04. Temas identificados pela coordenação para debate.....	4
<i>a. Prevalência do uso de depoimentos escritos de testemunhas de fatos.....</i>	<i>4</i>
<i>b. Depoimento escrito na arbitragem internacional.....</i>	<i>6</i>
<i>c. Depoimento escrito na arbitragem doméstica brasileira.....</i>	<i>9</i>
<i>d. Depoimento escrito enquanto meio de prova: questões terminológicas.....</i>	<i>12</i>
<i>e. Depoimento escrito e contradita.....</i>	<i>15</i>
<i>f. Limitações quanto a quem pode ser testemunha.....</i>	<i>18</i>
<i>g. “Pacote completo” ou um “modelo misto que contemple influências locais”?.....</i>	<i>22</i>
<i>h. Depoimento escrito: prova oral ou prova documental?.....</i>	<i>27</i>
<i>i. Depoimentos escritos e Redfern Schedule.....</i>	<i>34</i>
<i>j. Algum regulamento no Brasil faz menção ao depoimento escrito?.....</i>	<i>41</i>
05. Conclusões.....	42
06. Próximos passos.....	45
07. Acompanhamento do projeto.....	46
Anexo I.....	47

01. Metodologia

1. O CI Arb Brazil Branch fixou o “depoimento escrito da testemunha de fatos” como tema principal de debate para o ano de 2024. O cronograma de eventos do ano foi projetado a partir desta premissa e os debates indicam interesse em que seja apresentado um pedido de elaboração de uma guideline - ou outro documento equivalente - pelo CI Arb Headquarter sobre o tema.
2. A Reunião 01, ocorrida em 15.05.2024, sobre o tópico foi organizada da seguinte forma: (i) os coordenadores identificaram os temas mais evidentes em relação ao depoimento escrito e, para que os participantes se inscrevessem, deveriam responder a uma pesquisa,¹ (ii) os participantes foram instados, diversas vezes antes do evento, a apresentar temas a serem debatidos, (iii) a partir do material produzido, fixaram-se os principais questionamentos que serviriam de pauta para os debates na reunião², (iv) foram identificados palestrantes com perfis complementares - e considerável experiência e reconhecimento na arbitragem doméstica e internacional - para o melhor direcionamento dos debates e (v) os debates foram realizados a partir das perguntas identificadas durante a fase de organização da reunião. Participaram da reunião cerca de trinta e cinco pessoas presencialmente e quinze pelo Zoom.
3. A Reunião 02, ocorrida em 18.06.2024, focou nas melhores práticas e pontos polêmicos relativamente à utilização do depoimento escrito da testemunha de fatos em diferentes jurisdições da América Latina e nos Estados Unidos, tendo como objeto a comparação entre o seu uso nos diferentes países em que os palestrantes atuam ou atuaram. A análise comparativa englobou tanto o uso do depoimento escrito na arbitragem quanto no sistema judiciário dos palestrantes,

¹Constante do anexo ao Official Report da Reunião 01, que pode ser acessado neste site: <https://bit.ly/ciarbbrazilofficialreport01>.

² Tais questionamentos foram compartilhados com os participantes e os palestrantes e podem ser acessados por meio deste link: https://drive.google.com/file/d/1DC2kdRovfw1_v2d8rMzx8637A93JvzOs/view?usp=sharing.

distinguindo, ainda, o seu uso na arbitragem doméstica e na arbitragem internacional.³

4. O leitor encontra na sequência o resumo dos debates ocorridos durante a Reunião 03, que teve como objetivo avaliar, em apertada síntese, (i) o quão prevalente e uniforme é o uso, no Brasil, de declarações escritas para testemunhas de fatos, em arbitragem internacional e doméstica; (ii) qual ou quais metodologias de utilização dos depoimentos escritos fariam sentido a partir das práticas, críticas e sugestões identificadas pelos participantes; e (iii) se deveria sugerir a elaboração de diretrizes do CI Arb sobre o tema. Após minuciosa consideração das contribuições para a pesquisa preparatória sobre os temas a serem abordados, a Coordenação do projeto decidiu focar os seguintes tópicos:

- Prevalência do uso de depoimentos escritos das testemunhas de fatos;
- Poder para determinar o uso de depoimentos escritos de testemunhas;
- Momento (de juntada) dos depoimentos escritos das testemunhas;
- Preparação de depoimentos escritos de testemunhas;
- Conteúdo dos depoimentos escritos das testemunhas; e
- Relação entre depoimentos escritos de testemunhas e a audiência.

5. Frise-se, por último, que os debates em todas as reuniões até então ocorridas foram realizados segundo a “Chatham House Rule”, registrando-se as posições debatidas, mas não o seu autor. Tal anonimato foi utilizado para garantir a segurança do ambiente de modo que as pessoas pudessem expressar as suas posições livremente.

02. Introdução

³ O *report* oficial desta segunda reunião, com o resumo dos debates ali ocorridos, pode ser acessado na versão em inglês no seguinte link: <https://drive.google.com/file/d/1oJR9Bdhh2lPAZ9ODz1MjgW4ok9hWT6i3/view?usp=sharing>.

4. A razão subjacente à escolha do tema pelo CIArb Brazil Branch (2024 – 2026) é o seu potencial de viabilizar a pré-constituição do acervo probatório. Isto porque consegue-se “apreender” a prova oral e materializá-la em um documento, através da entrevista com a testemunha, e trazê-la à disputa ainda durante a fase postulatória. Posteriormente, a prova pré-constituída é objeto de inquirição cruzada. Além disso, a incorporação dos depoimentos escritos à instrução traz riqueza de informações e conhecimentos aos julgadores - “ganhos epistemológicos” -, o que pode levar ao aprofundamento do contraditório e a melhores julgamentos relativos a situações fáticas.
5. Ocorre que, embora seja uma ferramenta comum, especialmente nas arbitragens internacionais e, cada vez mais, em arbitragens domésticas no Brasil,⁴ o seu uso carece de orientação ou instruções sobre como proceder na prática: desde a opção pela sua utilização, sua colheita, o momento de juntá-los, etc.
6. Vale pontuar, ademais, que os sistemas locais têm as suas peculiaridades, i.e., as arbitragens domésticas tendem a refletir características regionais, o que pode ou não impactar no uso dos depoimentos escritos. Ao bem da verdade, as próprias arbitragens internacionais são largamente influenciadas pelas práticas locais das partes e seus representantes, tendo, Delazy e Garth, demonstrado a influência intensa dos litigadores americanos sobre a arbitragem internacional já no ano de 1996.⁵
7. Note-se que a sistemática do depoimento escrito tal qual é utilizado nas arbitragens internacionais, i.e., visto como uma ferramenta apta a viabilizar a pré-constituição da prova oral, difere da lógica do Código de Processo Civil Brasileiro (“CPC”) que, embora não se aplique à arbitragem, a não ser que

⁴ Conforme aponta o levantamento de dados infra a que alude o item 04.a, infra.

⁵ DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. Dealing in Virtue - international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order, with a foreword by Pierre Bourdieu. The University of Chicago Press: Chicago, Illinois, 1996,

diversamente pactuado pelas partes, regula as disputas judiciais domésticas e, invariavelmente, exerce influência - em maior ou menor grau - na prática dos advogados e árbitros nos procedimentos arbitrais, a depender de sua formação e maior ou menor contato com arbitragens internacionais. Destaque-se que, pela lógica do CPC, postula-se primeiro para, depois, provar os fatos controvertidos (uma lógica aparentemente diversa, por exemplo, das práticas internacionais, como se verá abaixo).

03. Objetivo

8. Conforme citado anteriormente, o objetivo precípuo desta sequência de pesquisas e reuniões - e desta, mais precisamente -, é: avaliar, em apertada síntese, (i) o quão prevalente e uniforme é o uso de declarações escritas para testemunhas de fatos no Brasil, em arbitragem internacional e doméstica; e (ii) se deve-se sugerir a elaboração de diretrizes do CIArb sobre o tema.

04. Temas identificados pela coordenação para debate

a. Prevalência do uso de depoimentos escritos de testemunhas de fatos

9. A diretora de uma das câmaras de arbitragem mais utilizadas e renomadas no Brasil, após um rápido levantamento acerca do que efetivamente acontece nas arbitragens, observou que o uso do depoimento escrito das testemunhas de fatos (“depoimento escrito”) é regulado, via de regra, já no Termo de Arbitragem ou na Ordem Processual nº 1 (“OP nº 1”).
10. Ainda segundo a diretora, antigamente, seu uso era mais frequente em tribunais arbitrais que contavam com a presença de um ou mais árbitros estrangeiros, ou nos casos em que escritórios de advocacia estrangeiros atuavam no caso em disputa. Hoje em dia, já se observa o seu uso em tribunais arbitrais compostos exclusivamente por árbitros brasileiros.

11. Em sua experiência, a sugestão é apresentada por iniciativa dos próprios tribunais arbitrais, e, em alguns casos, por iniciativa de uma das partes. Sendo por iniciativa de uma das partes e em havendo objeção pela parte contrária, no caso específico da câmara em que ela é diretora, a ferramenta não é utilizada.
12. Finalmente, ela apontou a eficiência, principalmente nos casos muito complexos ou nas arbitragens expeditas, como a principal razão por trás da opção pelo uso do depoimento escrito (que também é, usualmente, a justificativa dada pelos tribunais arbitrais que assim sugerem).⁶
13. No formulário elaborado pela coordenação especialmente para esta terceira Reunião - e preenchido pelos participantes - (Anexo 1),⁷ observou-se que 35% dos inscritos no evento nunca utilizaram o depoimento escrito. Por outro lado, nesta mesma enquete, um número maior do que esta percentagem, manifestou seu interesse sobre o depoimento escrito, entendendo-o como uma ferramenta que pode contribuir para o procedimento arbitral, i.e., algo benéfico.
14. Diante desses dados aparentemente díspares, a Coordenação destacou a importância do tema escolhido pela gestão atual do CI Arb Brazil Branch e dos debates que vem promovendo sobre o depoimento escrito de testemunhas, assunto que carece de maior estudo e compreensão por parte dos operadores de direito, justificando a eventual recomendação de guideline(s) a respeito.
15. Contextualizando os participantes no evento, a Coordenação frisou que o depoimento escrito das testemunhas de fato é uma prática muito comum nos sistemas de common law. Nos Estados Unidos, por exemplo, até em

⁶ Os dados podem ser melhor estudados e analisados a partir da “CAM-CCBC Facts & Figures”, através do link: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/facts-figures/>.

⁷ O formulário pode ser acessado através deste link: <https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSepWnguFknZjU25vlpWEI4CsXUy-jIRnghkdYkvBcahnvTqXw/viewform>.

procedimentos judiciais eles são utilizados, mas com a denominação de *declarations* ou *affidavits*.

b. Depoimento escrito na arbitragem internacional

16. Na sequência, a Coordenação perguntou a um dos palestrantes sobre a utilização do depoimento escrito nas arbitragens internacionais.
17. Em resposta, o palestrante ressaltou que costuma-se fazer muito a distinção entre a prática internacional e a doméstica, mas a prática internacional não é algo monolítico. Ao contrário, varia muito dependendo de quem são os árbitros e advogados. Independentemente dessas variações, é comum a utilização de depoimento escrito nos procedimentos internacionais. O depoimento escrito é, basicamente, uma declaração da testemunha - normalmente preparada pela parte que apresenta aquela testemunha - que contém o básico do que seria o seu testemunho. Ou seja, (i) quem é a testemunha, (ii) sua relação com os fatos e com a parte e (iii) qual o seu relato sobre os fatos que presenciou.
18. O depoimento escrito envolve um grande trabalho de preparação com os advogados da parte, com reuniões e entrevistas. Como é um documento redigido, há um intenso vai e vem entre os advogados e a testemunha a fim de precisar exatamente os fatos presenciados e como eles se relacionam com os documentos do caso e com a disputa, em última análise.
19. Normalmente, a utilização do depoimento escrito é acordada entre as partes e o tribunal arbitral desde o início do procedimento (se vai ter ou não e como será apresentado). Na prática, via de regra, eles são apresentados juntamente com as alegações iniciais, mas nada impede que, diante de um fato ou alegação novos que surjam ao longo do procedimento, que um novo depoimento escrito apareça em alegações finais ou no meio do procedimento.

20. As perguntas que se colocam é: por que se faz o depoimento escrito e qual a sua vantagem? Trata-se de uma questão de eficiência, além de trazer um pouco mais de concretude ao que seria o testemunho, uma vez que, desde o início do procedimento (quando o depoimento escrito é submetido), tribunal arbitral e partes já ficam cientes de quem é a testemunha e os detalhes do seu relato. Isso facilita a apreciação do tribunal daquela prova e como as partes vão gerir aquela prova no procedimento.
21. Corroborando o que já havia sido pontuado pela Coordenação, o palestrante atestou que o depoimento escrito vem de uma tradição de common law, que é muito atrelada a uma cultura de inquirição na audiência. Nesse contexto, o depoimento escrito serve como um elemento (e um instrumento) para testar aquela prova testemunhal a partir de uma base concreta, que é a declaração escrita, a partir da qual os advogados explorarão a sua credibilidade e coerência relativamente aos outros fatos do caso e documentos.
22. Além do interesse da parte de apresentar o depoimento escrito para que o tribunal aprecie melhor aquela prova, também há o interesse de que a contraparte assim o faça, a fim de que a parte possa testar a prova testemunhal da parte contrária em audiência. No seu entender, o que motiva a parte a querer o depoimento escrito é justamente a possibilidade de a parte se defender das provas de fatos produzidas por quem traz a testemunha, i.e., no cross-examination. Quer dizer que os depoimentos escritos tanto servem para a parte que o apresenta melhor integrar os fatos sob conhecimento da testemunha às provas e alegações do caso, como para aquele que se defende do depoimento ter previsibilidade quanto ao seu conteúdo para que, em audiência, possa se defender por meio da inquirição cruzada.
23. Especificamente em relação ao preparo envolvido, o palestrante ressaltou a sua importância, uma vez que é através do contato da testemunha com os advogados

- durante as entrevistas - que estes têm condições de avaliar se a testemunha é, de fato, boa para o caso, se a sua narrativa ajuda ou não e se aquele depoimento vale ou não a pena ser juntado.

24. Já do ponto de vista da estratégia, se você é a única parte que apresenta depoimento escrito, isso traz uma vulnerabilidade, já que dá à outra parte elementos para melhor testar ou contestar a sua prova testemunhal.
25. Com base em sua experiência em arbitragens internacionais e instado a se manifestar pelo moderador sobre a ocorrência ou não de inquirição direta nos procedimentos que adotam o depoimento escrito, o palestrante afirmou que varia. Sendo que, muitas vezes, o nível ou grau de inquirição direta que haverá também está disciplinado em ordem processual ou na ata de missão. Em sua experiência, é uma tendência não se permitir a inquirição direta nesses casos, ou permiti-la, mas muito limitadamente, i.e., apenas warm-up questions (“perguntas de aquecimento”) sem discutir o conteúdo do testemunho.
26. No entanto, caso haja uma evolução do procedimento, i.e., fatos ou alegações novos, é comum se permitir a inquirição direta “normal”. Nessas hipóteses, a parte costuma pedir ao tribunal a inquirição direta de sua testemunha, seja para precisar algo que não ficou claro no testemunho, à luz de novas provas, fatos ou alegações, seja porque, durante a preparação para a audiência, foi identificado algum erro ou imprecisão. Vale lembrar que os depoimentos escritos são juntados nas alegações iniciais, ou seja, muito antes da audiência. Mas as hipóteses em que a parte pede a inquirição direta de sua testemunha são excepcionais.
27. Em geral, havendo depoimento escrito, não se costuma fazer a inquirição direta repetindo o que já está relatado por escrito, até pela questão da eficiência. Na sua visão, não faria sentido de outro modo, já que o depoimento escrito existe para que o tribunal e as partes já tenham uma noção do que será discutido em

audiência, sendo despicienda a repetição do seu conteúdo por ocasião da inquirição direta.

c. Depoimento escrito na arbitragem doméstica brasileira

28. Dando a sua opinião sob a perspectiva da prática brasileira, outro palestrante afirmou que o depoimento escrito, ressalvadas variações pouco frequentes, em regra, segue um “modelo padrão”. Segundo o modelo padrão, a admissão ou não do depoimento escrito vem regulada no termo de arbitragem. Em sua experiência, são poucos os casos em que se adota o depoimento escrito por iniciativa do tribunal arbitral, sendo mais frequente a sua utilização por iniciativa das partes (em geral, porque já utilizaram esta ferramenta em outros procedimentos em que seu uso se mostrou eficiente: seja porque facilitou a colheita da prova oral em audiência, seja porque facilitou a própria produção da prova).
29. Usualmente, dentro desse modelo padrão de depoimento escrito, o termo de arbitragem costuma determinar alguns tipos de regra: o que deve constar formalmente daquele documento (a título de ilustração, a limitação ao relato de fatos que a testemunha presenciou e não sobre questões jurídicas), a objetividade do documento e, em alguns casos, a previsão de quem irá redigi-lo e em qual idioma será apresentado.⁸
30. Outra questão importante a ser regulada - o que, na prática, costuma se verificar menos no termo de arbitragem e mais em momento posterior, à critério do tribunal -, além dos limites da prova e a forma em que ela será apresentada em um primeiro momento, é como será feita a inquirição da testemunha em audiência. Isto porque, no modelo padrão, o depoimento escrito não substitui

⁸ Nos casos em que a testemunha presta o seu depoimento em outro idioma, por cautela, recomenda-se que se apresente no idioma original também, a fim de se evitar qualquer imprecisão ou perda diante da desconformidade com a tradução.

exatamente o momento da oralidade em audiência; tão-somente o facilita, tornando, muitas vezes, desnecessária a inquirição direta e passando-se diretamente ao cross-examination.

31. Tais regras são da mais alta relevância, já que saber de antemão os limites da oitiva (se limita-se ou não ao depoimento escrito ou se as perguntas podem ir além) é crucial para a preparação dos advogados e seu sucesso durante a inquirição.
32. Dentro, ainda, do modelo padrão, os depoimentos são apresentados, usualmente, no que se denomina de fase postulatória⁹ (composta de alegações iniciais, resposta, réplica e tréplica), o que pode levar à apresentação de duas rodadas de depoimentos, por exemplo, já que a testemunha pode, eventualmente, em réplica, responder a um depoimento que somente foi juntado aos autos na resposta.
33. Por fim, essa produção de prova será curada com a audiência, em que a testemunha efetivamente será ouvida.
34. Elencando algumas variações que este palestrante tem visto na prática, destaca-se, primeiramente, a hipótese em que a testemunha não é ouvida, confiando-se apenas no depoimento escrito. O tribunal tem que ter muita cautela ao dispensar a oitiva da testemunha, mas se as partes estão de acordo e assim o requerem, não há razão para não se conceder o pedido de dispensa, a não ser que o tribunal tenha alguma dúvida a ser sanada com aquela testemunha.
35. Trazendo como exemplo um dos casos de que participou, o participante relatou que, na ocasião, as partes requereram a dispensa da oitiva da testemunha em audiência porque preferiram aproveitar o momento da audiência para apresentar o caso, optando por uma audiência mais curta.

⁹ A denominação é empregada apenas para fins didáticos.

36. Um cenário interessante e que merece uma avaliação mais detida é quando uma das partes pede a dispensa da oitiva e a outra não. Nesses casos, há de se discutir os poderes que o tribunal tem para regular essa prova e até que ponto ele poderia determinar a não-oitiva dessa testemunha. Tópico este que será enfrentado mais adiante.
37. Uma segunda variação que o palestrante já viu acontecer é quando os depoimentos escritos não vêm na fase postulatória, mas, sim, na fase de produção de provas, obviamente, antes da audiência se for o caso da produção da prova oral. Há algumas vantagens nisso, já que a posição das partes já está bem colocada, já se conhece resposta, réplica e tréplica, de forma que se pode fazer um único depoimento e não uma rodada de dois depoimentos.
38. Outra variação é quando as regras sobre a inquirição não são conhecidas desde logo, i.e., desde o termo de arbitragem, sendo de conhecimento apenas as regras formais sobre a apresentação e o momento da apresentação desse depoimento. Neste caso, cabe ao tribunal, por seu poder geral de regular a prova e conduzir o procedimento, regular a inquirição na OP que regula a audiência.
39. Dentro desta variação acima, em uma espécie de bifurcação, o palestrante já viu acontecer casos em que o tribunal decide efetivamente como será a colheita e casos em que o tribunal sugere como esta se dará, abrindo oportunidade para as partes se manifestarem sobre a melhor forma de oitiva das testemunhas. O segundo modelo, na opinião do palestrante, é preferível, sendo que o melhor mesmo seria regular a inquirição no termo de arbitragem.
40. Uma quarta variação, que o palestrante pondera se é de fato uma variação, mas que é uma realidade com a qual teve que lidar em, pelo menos três casos, é quando não há uma regulação prévia sobre os depoimentos escritos e uma parte, já com o procedimento em andamento, aparece com um depoimento escrito nos

autos. Neste caso, duas hipóteses podem ocorrer: (i) a outra parte não discorda e apresenta por escrito o depoimento de suas testemunhas também ou (ii) a outra parte discorda, diante da ausência de regulação prévia a respeito, requerendo ao tribunal que o depoimento escrito não seja admitido.

41. Esta segunda situação é mais crítica, visto que coloca efetivamente nas costas do tribunal uma decisão a posteriori sobre a forma de condução do procedimento. Ainda que seja possível retirar dos autos o depoimento escrito, em uma medida extrema, não é possível “apagar” o que já foi lido. Sem contar o fato de que a testemunha sempre poderá ser ouvida em audiência e relatar exatamente aquilo que estava no seu depoimento escrito.
42. Na opinião do palestrante, as audiências ganham eficiência, em termos de tempo, com a utilização dos depoimentos escritos e as inquirições são mais objetivas e diretas.
43. No seu sentir, o depoimento escrito facilita não apenas o trabalho dos advogados, mas também o do tribunal. Isto porque as partes, em sua maioria, são muito sucintas quando fazem o arrolamento de testemunhas (em geral: nome, cargo e fato que presenciou), de modo que o tribunal não sabe efetivamente o que a testemunha tem a agregar ao caso.

d. Depoimento escrito enquanto meio de prova: questões terminológicas

44. Trazendo à baila uma questão importante, outro palestrante chamou a atenção para como nos relacionamos com a pessoa enquanto fonte de informação, ou seja, meio de prova.
45. Na tradição da europeia continental e latino americana, por extensão, quando se fala em “testemunha”, pensa-se em alguém que é juramentado. Esclareça-se que antes de ser ouvida em audiência a testemunha presta juramento, submetendo-se

a sanções criminais decorrentes de eventual falso testemunho. Já o depoimento escrito não é juramentado. Segundo o palestrante, isto é algo que precisa ser pensado, inclusive do ponto de vista de eficácia jurídica.

46. Observe-se também que há a distinção clássica em nosso Direito entre o depoimento pessoal da parte e a prova testemunhal (a parte depõe e o seu depoimento se volta para a confissão). Já o depoimento escrito englobaria declarações prestadas tanto por aquele que seria o representante legal da parte, quanto pelo terceiro (que seria a testemunha no nosso modelo). Em face disso, há questões terminológicas importantes e que merecem ser debatidas.
47. Feita esta ressalva, o palestrante afirmou que meio de prova é qualquer elemento que ajude a compreender hoje algo que aconteceu no passado, i.e., meio epistêmico. Não há dúvidas de que alguém declarar ou atestar algo por escrito ajuda a entender se aquela declaração é verdadeira, de sorte, que, atipicamente, o depoimento escrito é admissível e vem sendo utilizado. Simplesmente, é uma figura um pouco diferente da maneira como nós lidamos tradicionalmente no processo civil brasileiro com a noção de prova oral - que se aproxima da ideia da prova na qual a pessoa é uma fonte de prova.
48. O palestrante pontuou, ademais, que, no Direito brasileiro, temos outras declarações escritas com as quais estamos acostumados, como o atestado médico ou o auto de vistoria, por exemplo. Mas, nestes casos, tais declarações escritas são tratadas como documento.
49. Abordando a sua experiência prática, o palestrante opinou não haver mal algum em trazer para a arbitragem brasileira a experiência no contencioso judicial. Essa influência se verifica na medida em que é comum os tribunais arbitrais brasileiros fazerem perguntas para as testemunhas durante a audiência e interromperem a arguição do advogado. É diferente da posição passiva que marca o julgador na tradição da common law ou do cross-examination (que

sequer existe na nossa tradição). A depender da tradição, as dinâmicas em torno da produção da prova oral são diferentes, o que não importa dizer que um sistema seja intrinsecamente melhor do que o outro.

50. Tratando especificamente do depoimento escrito, o palestrante, corroborando os dados trazidos anteriormente pela diretora da câmara de arbitragem, tem visto cada vez mais a sua utilização, embora, em sua experiência pessoal, sejam poucas as vezes em que são objeto de regulação. É mais comum o depoimento escrito ser apresentado junto com os documentos como elemento de corroboração, sendo que depois a testemunha é ouvida em audiência.
51. Lembrando um caso em que atuou como presidente do tribunal arbitral, o palestrante contou sobre um procedimento que já estava bem avançado (havia-se passado a fase de alegações e já tinha sido designada a audiência de instrução do feito, com as testemunhas devidamente arroladas e intimadas), quando a parte mudou de advogado. Na sequência, o advogado novo juntou o depoimento escrito de uma testemunha não arrolada. No caso em questão, o depoimento escrito foi admitido e a outra parte sequer questionou a sua admissibilidade e coube ao tribunal valorar a prova.
52. Daí percebe-se que o depoimento escrito também pode ser utilizado como uma janela de oportunidade, principalmente, quando não está regulado.
53. Em complementação ao momento de sua apresentação, notadamente em face de fatos novos, o palestrante ponderou que a declaração nova sobre fatos velhos não se equivale a fatos novos para fins de apresentação no processo. Há uma grande diferença, a saber, se o que se está declarando ocorreu antes do procedimento e se se tratar disso como documento, o momento de se apresentar é com as alegações iniciais. Trata-se de uma prova documentada, sendo o momento mais próprio para a sua apresentação o das alegações iniciais.

54. Contudo, na linha do questionamento da coordenação sobre a experiência pessoal dos presentes com o depoimento escrito, o que o palestrante tem visto mais é a sua utilização circunstancial nos casos, até porque o tema não é regulado. Ao seu ver, o fato dessa prática vir da prática internacional reflete um daqueles momentos de abertura que a arbitragem proporciona ao contencioso. A arbitragem é um meio de resolução de disputa que bebe dessa fonte internacional, desse encontro de culturas, sendo que esses elementos vão se apropriando e, daqui a pouco, isso acabará no judiciário brasileiro. Em sua opinião, tanta coisa passa da arbitragem para o processo civil brasileiro, sendo o contrário também verdade, em uma via de mão dupla, que vamos nos apropriando de uma outra forma de apresentação da prova.
55. Parece-lhe algo interessante, mas é preciso pensar em como tratar o depoimento escrito à luz do que existe legislado, pelo menos, no Brasil, em relação à prova documental e à prova oral.

e. Depoimento escrito e contradita

56. Um dos participantes, mencionando a questão do compromisso da testemunha,¹⁰ indagou sobre a contradita (i.e., quando a contraparte requer a impugnação da oitiva de uma testemunha, por entender que esta é impedida, suspeita ou incapaz de depor; e se a testemunha negar tais condições, o juízo determina a abertura de fase de instrução para resolver o incidente).¹¹ E mais, se seria o caso de haver uma espécie de rodada de manifestações das partes a respeito das testemunhas

¹⁰ CPC, art. 458: “Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.

Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade.”

¹¹ Confira-se a redação do §1º do art. 457, CPC, que prevê o incidente de contradita da testemunha: “É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado”.

para que elas sejam contraditadas e, eventualmente, indeferidas ou requalificadas como informantes antes de os depoimentos escritos aparecerem (visto que, como apontado anteriormente, não há como não ler o que já foi lido anteriormente).

57. Fazendo coro às perguntas acima, o moderador indagou ao palestrante como funcionaria a contradita em um procedimento, como no Brasil, em que não temos o depoimento escrito regulado.
58. Lecionando sobre como se dá no processo civil brasileiro, o palestrante lembrou da distinção clássica entre provas pré-constituídas e provas constituídas.
59. Em breve síntese, provas pré-constituídas antecedem o processo e são elaboradas exo-processualmente (extra-autos), ao passo que as constituídas se formam no âmbito do processo durante a instrução processual. Os documentos, por exemplo, são provas pré-constituídas; a prova oral da audiência de instrução, por outro lado, é constituída durante a instrução e, portanto, é prova constituída. Mais precisamente, a prova oral é feita durante o momento de contraditório e participação das partes. O que importa dizer que o contraditório influi enquanto agente elaborador daquele meio de prova.
60. Essa digressão é necessária para enfrentar o problema da admissibilidade que, por sua vez, nos leva ao tema da contradita da testemunha.
61. Na prova pré-constituída a admissibilidade é feita a posteriori. Já na prova constituída, seu juízo de admissibilidade é feito antes. Sendo o momento próprio para se fazer isso, no caso da testemunha, o momento da audiência. Esta é a regra no processo judicial, nos termos do art. 457, CPC.¹²

¹²Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

62. Antes da audiência, as partes arrolam as testemunhas que, aliás, precisam ser intimadas na arbitragem para participar da audiência, não sendo facultativa a sua presença, conforme prevê a Lei de Arbitragem,¹³ que confere ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral o poder de requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente.¹⁴ A participação da testemunha “sob vara” se justifica na medida em que a testemunha tem que contribuir para aquele ato, que é um ato de colaboração para a elucidação dos fatos e da justiça.
63. Em resposta à pergunta sobre a contradita, a questão se intersecciona com o problema do juramento ou compromisso e qual seria o momento prévio de contradita. Talvez a solução seja em juízo de admissibilidade probatório a posteriori.
64. Feita esta observação, cabe uma segunda quanto às regras de admissibilidade. Durante muito tempo o direito probatório foi muito duro quanto às regras de admissibilidade (se não pode, retira dos autos). Hoje, há uma tendência, observada no Brasil e em outros países, de se transferir isso do momento de admissibilidade (a saber: a prova passa pelas fases de propositura,

§ 2º Sendo provados ou confessados os fatos a que se refere o § 1º, o juiz dispensará a testemunha ou lhe tomará o depoimento como informante.

§ 3º A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos previstos neste Código, decidindo o juiz de plano após ouvidas as partes.”

¹³ Lei nº 9.307/1996 (“LARb”).

¹⁴ LARb, 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.

(...)”

(Grifamos)

admissibilidade, produção e valoração) para o momento de valoração. A questão, portanto, deixa de ser se pode ou não e passa a ser de como se valora.

65. É isto que se vê na contradita, tanto no judiciário quanto na arbitragem, da pessoa que está presente na audiência.

f. Limitações quanto a quem pode ser testemunha

66. Em complemento, o moderador questionou o palestrante quanto às diferentes qualificações que uma pessoa pode ter no sistema processual brasileiro, quais sejam, informante, testemunha e representante, distinções estas que poderiam afetar a admissibilidade da prova de uma forma ou de outra.

67. Em resposta, o palestrante ressaltou as hipóteses de impedimento e suspeição, em que a pessoa não pode “testemunhar”, sendo certo que, em determinadas situações de suspeição, a pessoa é ouvida mesmo assim, porém sob a roupagem de informante. Embora esta seja uma distinção clássica, o palestrante demonstrou seu desconforto com o que lhe parece ser uma muleta epistemológica para justificar como o julgador irá decidir, visto que é impossível, depois de ouvida e da impressão que a pessoa causou em audiência, distingui-la entre testemunha e informante.

68. Ademais, tais distinções clássicas, conforme entende a melhor doutrina no âmbito no processo civil atual, também são deslocadas do momento de admissibilidade para o de valoração.

69. Se trabalharmos com a hipótese de que a prova do depoimento escrito deixa de ser a prova constituída tradicional do testemunho e vira uma prova pré-constituída, pois entra como documento no processo, ao palestrante, parece lógico ter que se optar por um modelo em que se contradita depois.

70. Nessa mesma linha, outro palestrante ratificou a opinião acima de que o documento (i.e., o depoimento escrito) provavelmente será admitido, tratando-se de uma questão de valoração na hora da decisão. Fazendo um paralelo com o CPC, o critério para a admissão do depoimento da pessoa, mesmo impedida ou suspeita, é de necessidade para o deslinde da situação. O mesmo não se aplica aos incapazes para depor do §1º do art. 447, CPC.¹⁵ Na sua opinião, as hipóteses do §1º do art. 447, CPC, seriam as únicas de um real “impedimento” de a pessoa depor, sendo as hipóteses dos §§ 2º e 3º (impedimento e suspeição, respectivamente), uma questão de valoração.¹⁶
71. Por outro lado, também entendendo que a questão da qualificação da “testemunha” e a contradita, por conseguinte, tenha que ser avaliada posteriormente, e não ex ante - como na tradição processual oral -, o palestrante observou que isso talvez possa impactar na forma como os advogados fazem suas perguntas, i.e., na inquirição. Ou seja, sabendo que a pessoa pode ser desqualificada de testemunha para informante, por exemplo, o advogado pode

¹⁵ “Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

(...)”

¹⁶ “Art. 447. _____

(...)

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.”

preferir ouvi-la rapidamente ou trazer logo o seu depoimento por escrito, mas isso fica a critério do advogado.

72. Ainda sobre a questão da contradita, tecnicamente, é possível adaptar a lógica do CPC para o depoimento escrito, fazendo uma rodada prévia apenas de arrolamento, mas o palestrante se indaga se isso seria eficiente para o procedimento ou se seria mais uma burocracia que, invariavelmente, terminaria deturpando a lógica do depoimento escrito no afã de adaptá-lo para um sistema que estamos mais acostumados, que é o sistema da contradita ex ante.
73. Na sua opinião, fazer uma rodada para arrolar os depoentes escritos antes, provavelmente, comprometeria a eficiência.
74. Na sequência, o moderador indagou a um dos palestrantes se esta distinção clássica entre testemunha, informante e representante existe ou não na prática internacional.
75. Em resposta, o palestrante esclareceu que na arbitragem internacional é tudo bem mais simples, não havendo essa diferença. A arbitragem internacional, até por ser um encontro de culturas jurídicas, tende a ser muito mais informal, cabendo às partes e ao tribunal definir “as regras do jogo”.
76. A arbitragem internacional, em geral, não é dividida em fases (postulatória e instrutória), de modo que, após as alegações, as partes são, normalmente, instruídas pela Ordem Processual a já produzir todas as provas que têm a produzir (depoimentos escritos, relatórios de peritos, pareceres, etc.) Em suma, o procedimento inteiro é misto, combinando postulação e produção de provas.
77. Diante desta ausência de divisão em fases, na arbitragem internacional, não há fase para se discutir a admissibilidade de provas ou contestá-las, sendo que tudo se resume a uma questão de valoração da prova. Nesse contexto, tentar impedir

uma testemunha de depor, já dá ao tribunal uma indicação de como o tribunal deve valorar aquele testemunho. Ademais, o tribunal sabe quem é parte interessada.

78. Especificamente em relação ao testemunho, na arbitragem internacional, a base jurídica mais seguida são as IBA Rules on the Taking of Evidence, segundo as quais, não há qualquer divisão de qualificação de testemunha (ao contrário da sistemática do CPC), podendo, inclusive, a parte - se pessoa física - ser testemunha.
79. Fora que o depoimento escrito está muito atrelado à cultura da inquirição, durante a qual qualquer parcialidade será exposta. Se o fato narrado for tendencioso, cabe à contraparte explorar isso no cross-examination.
80. Na opinião desse palestrante, trata-se de um procedimento mais simples, em que se dispensa essa discussão prévia de admissibilidade (até para prova, indiscutivelmente, documental) - as partes apresentam tudo o que têm - e cabe ao tribunal decidir.
81. Aproveitando o ponto de vista esposado acima, o moderador, comparando a prática internacional com a norte-americana, salientou que quando se fala em testemunha ou “witness”, refere-se ao vocábulo e não a um conceito processual. Trata-se da pessoa que testemunhou algo, sendo desinfluyente se é a parte, se tem interesse, se é informante. Na prática, por sua experiência, parte-se da premissa de que, na disputa, todos têm algum tipo de interesse, porém em gradações diferentes (seja a parte - diretamente interessada -, ou o funcionário que tem medo do patrão, ou quem tem algum tipo de relação financeira sobre a qual o desfecho do disputa impacta indiretamente). O julgador não é indiferente a isso, sendo desnecessário classificar em testemunha, representante e informante.
82. Daí a importância de testar a credibilidade daquela testemunha (através do

preparo já falado anteriormente), a fim de se apurar se seu interesse é tamanho a ponto de sua narrativa não ser mais crível - o que influi na decisão de se apresentar ou não tal depoimento.

83. Foi pontuado que, ao que parece, nos procedimentos brasileiros, tem-se adotado o depoimento escrito dentro da dinâmica do processo brasileiro - tema a ser tratado adiante.
84. Todavia, quando se negocia o procedimento desde o início, tende-se a combinar um procedimento muito mais parecido com o da arbitragem internacional.

g. “Pacote completo” ou um “modelo misto que contemple influências locais”?

85. Na sequência, os palestrantes foram indagados se a opção pelo depoimento escrito engloba a escolha por um “pacote completo” conforme as práticas internacionais (apresenta-se tudo nas alegações e depois segue-se para a audiência), ou se está pensando em um procedimento mais tradicional brasileiro (em que as fases postulatória e instrutória são melhor delimitadas). Em síntese, é preciso pensar em um modelo misto, ou segue-se o internacional quando se opta pelos depoimentos escritos? Seria possível um conjunto único de regras para o depoimento escrito?
86. O primeiro palestrante a se manifestar, opinou pela possibilidade de se isolar o instrumento do depoimento escrito do sistema, de modo que, em havendo uma regra geral a respeito, seria possível às partes e ao tribunal escolherem o que querem aplicar daquilo ao seu procedimento específico. Nesse contexto, sim, seria possível ter regras gerais regulando o depoimento escrito, tal qual se dá nas IBA Rules, em que já se tem alguma indicação a respeito.

87. Independentemente de o depoimento escrito ter sido concebido dentro do sistema de common law - inerentemente atrelado à questão da inquirição -, em que se deseja um depoimento escrito pensando no cross-examination, é possível utilizá-lo com nuances no caso concreto, desde que as partes combinem desde o início.
88. No entanto, há de haver uma certa coerência. Pensando na arbitragem internacional, é inconcebível, por exemplo, ter-se um depoimento escrito sem que a testemunha compareça em audiência (caso contrário o depoimento escrito será um meio de prova incompleto),¹⁷ assim como não se aceita a testemunha aparecer em audiência ausente o seu depoimento escrito.
89. O moderador, então, questionou se, em um procedimento brasileiro, ao colocar no termo de arbitragem a opção pelo depoimento escrito, seria necessário já se pensar em depoimento escrito de informante, testemunha e representante. Isto é, se seria necessário estipular essas regras já no termo de arbitragem.
90. Dando a sua opinião, um palestrante entendeu ser desnecessário diferenciar o depoimento de informante do de testemunha, até porque o tribunal fará essa análise e a outra parte pode contraditar.
91. Seguindo o seu raciocínio, o palestrante frisou a necessidade de elementos mínimos que devem constar do depoimento escrito para que essas informações estejam disponíveis para a outra parte e para o tribunal.

¹⁷ A não ser que ambas as partes dispensem a sua oitiva ou que a parte incumbida do cross-examination entenda desnecessário fazê-lo (o depoimento não será descartado e, nesta última hipótese, não significa que a parte que dispensou a inquirição cruzada aceite como verdade os fatos narrados no depoimento escrito). Nestes casos, o nível de valoração do depoimento será diferente, já que, dificilmente, as partes deixarão de chamar uma testemunha relevante para o deslinde do caso. Em um aparte, outro palestrante pontuou que, muitas vezes, se dispensa a oitiva da testemunha por entender o seu depoimento irrelevante. Nos casos em que não há inquirição cruzada, cabe ao tribunal sopesar o nível de relevância do depoimento e a ausência do ataque de credibilidade daquela testemunha. Complementando, o palestrante anterior elucidou que, em casos muito grandes, simplesmente, não é possível ouvir todas as testemunhas, seja por falta de tempo ou de inclinação do tribunal para audiências tão longas. É preciso atentar-se ao contexto global do caso.

92. Algo que entende importante regular desde o início é como será feito o depoimento escrito da parte e de seu representante legal, lembrando que há uma reticência muito grande aqui no Brasil para ouvir a parte como testemunha.
93. Em um procedimento em que atuou, as partes concordaram, de modo que não houve nenhuma distinção entre testemunha e representante legal, admitindo-se os depoimentos escritos de ambos. Já em um segundo caso - em que não havia depoimento escrito, frise-se -, uma das partes arrolou o representante legal como sua testemunha, o que foi contestado pela contraparte sob o argumento de que o representante legal não poderia ser ouvido como testemunha. No fim das contas, coube ao tribunal regular.
94. O palestrante entende que a questão de testemunha ou informante é menos relevante, porque ela diz respeito à valoração do depoimento. Mas, considerando a tradição do direito brasileiro, em que a distinção entre depoimento da parte e testemunho da testemunha é de grande importância, essa questão talvez deva ser regulada na arbitragem.
95. O palestrante comentou sobre a necessidade de haver um procedimento padrão para os depoimentos escritos na arbitragem. Em sua visão, a principal característica da arbitragem é a sua flexibilidade, e, por isso, um modelo padrão e engessado há de ser evitado. O palestrante defende que a ideia da regulamentação seria demonstrar um procedimento que ficasse para discussão no caso concreto. Ou seja, é essencial que o regulamento exista com a possibilidade de flexibilidade.
96. O palestrante ainda destacou que poucas vezes a discussão sobre depoimento escrito surge no Brasil no contexto das provas produzidas em arbitragem. Por isso, ele ressalta a importância da regulamentação desse assunto nos termos gerais.

97. Outro palestrante, retornando à discussão de testemunha e depoente, afirmou que, na visão tradicional brasileira, a parte se comunica nos autos por meio de seus advogados. Por isso, o autor não pode ser arrolado como depoente: o advogado já trouxe esses fatos narrados pelo autor. Entretanto, a contraparte pode arrolar a outra parte como depoente, com o objetivo clássico de obter a confissão daquilo que é desfavorável ao depoente. Em sua opinião, isso é relevante na discussão quando se trata de um modelo em que o *witness* se equipara a um depoimento pessoal - muito diferente do modelo do CPC.
98. O palestrante ainda cita que nesse modelo, se a parte se recusa a falar, a premissa é que ela confessou aquilo que ela deixou de responder ou se ela deixar de comparecer ao ato. Por outro lado, a testemunha juramentada tem sanções criminais, de modo que o regime jurídico é muito diferente.
99. Um participante destacou que, em sua visão, se um contrato afirma que as disputas serão solucionadas pela lei brasileira e não exclui expressamente o CPC, esse será aplicável à disputa e a prova testemunhal será regulada pelo procedimento descrito pelo CPC, uma vez que o CPC é lei brasileira - ainda que ele não concorde com essa solução. Tanto que, nas cláusulas compromissórias mais recentes, é prática de sua empresa excluir expressamente a aplicação do CPC. Na sua visão, quanto mais se segue as práticas internacionais, melhor, mesmo que isso implique em um esforço de adaptação local.
100. Ainda segundo este participante, o Brasil é signatário da Convenção de Nova Iorque, tem uma lei de arbitragem espelhada na Lei Modelo da Uncitral, logo há uma expectativa do investidor estrangeiro de que a arbitragem brasileira esteja em linha com a internacional, da qual, em seu sentir, estamos nos afastando. Isto causa problemas, não somente na questão das provas, mas também na questão de imparcialidade e independência do árbitro, de forma que este afastamento das melhores práticas internacionais causa um problema generalizado.

101. Não é apenas uma questão de conveniência. Em sua perspectiva, a prática internacional é mais simples para quem importa, o cliente, ainda que não seja para o advogado brasileiro.
102. Em sua experiência, esta polêmica em torno do depoimento escrito de parte, testemunha e informante inexistente na prática internacional e não ajuda em nada para resolver o problema do cliente que tem que pagar a conta.
103. Nesse sentido, essas discussões não são úteis para o cliente, porque, para ele, o mais importante é a simplicidade do procedimento.
104. E mais, discussões sobre o depoimento escrito, sua valoração, momento de apresentação e quem pode ou não (dar depoimento escrito) são mínimas e podem ser resolvidas rapidamente.
105. No entendimento do participante acima, na arbitragem internacional, a prova testemunhal (havendo depoimento escrito) é documental e, na prática, acaba se tornando também oral. Tanto que, se a parte dispensar o cross-examination, não tem prova oral produzida em audiência, sendo o depoimento escrito eminentemente documental. Em sua concepção, o testemunho reduzido a depoimento escrito é prova documental, tornando-se oral na inquirição em audiência. E mais, essa nossa resistência a esse modelo parece vir, logicamente, da tradição local de civil law, mas, também, de um certo desconforto e desconfiança com o sistema de common law adotado na arbitragem internacional quanto ao depoimento escrito.
106. Preocupações com questões acerca de como a parte controla quem escreveu, se a testemunha foi instruída, se não foi, se simplesmente assinou, são preocupações legítimas, porém menos levantadas no contexto de common law diante das severas sanções às quais o advogado está sujeito. Sanções estas que não existem

por aqui.

107. Finalizando o seu raciocínio, o participante reitera a necessidade de padronizar o procedimento em linha com as práticas internacionais, tornando-o standard e conhecido. Trilhar (ou criar) uma estrada paralela para adaptar o procedimento aos interesses da nossa comunidade jurídica local não é no melhor interesse do cliente.

h. Depoimento escrito: prova oral ou prova documental?

108. Pedindo a palavra, um palestrante dirigiu a seguinte pergunta a todos os participantes: *“em sua percepção, o depoimento escrito é recepcionado como uma prova documental ou oral?”*
109. Dentre os presentes, houve uma única manifestação no sentido de que a prova seria documental, algumas de que seria oral, sendo que a maioria opinou não fazer diferença. Houve, ainda, opiniões de que seria (i) híbrida - começa documental e se torna oral se houver inquirição - e de que a prova seria (ii) testemunhal.
110. Na opinião de um dos participantes, a questão da natureza dogmática da prova consubstanciada no depoimento escrito não teria relevância prática muito grande. O depoimento, portanto, seria uma prova inerentemente oral que passa a valer como documento quando a outra parte concorda; caso contrário, ele não vale como documento.
111. Explique-se, na hipótese de dispensa da inquirição cruzada, o depoimento escrito torna-se prova no momento em que se dispensa a sua oitiva - não que se aceite o conteúdo dela como verdade, mas, sim, sua qualidade epistêmica. Neste momento, na opinião do participante, a prova consubstanciada no depoimento escrito está aceita e constituída. Até então, se, por exemplo, a contraparte quer

ouvir a testemunha e esta não se apresenta em audiência, o seu depoimento teria que ser desconsiderado e retirado dos autos. Nesse caso, o depoimento não vale como prova documental, já que é apenas o começo de algo que seria complementado em audiência, salvo se a parte abrir mão desse direito. No máximo, o depoimento escrito seguiria como o “depoimento reduzido a termo” a que se refere o §1º do art. 22 da LArb.¹⁸

112. Em resposta ao questionamento anterior quanto à natureza da prova, um dos palestrantes retomou a palavra lembrando de uma situação curiosa no CPC, o da ação monitória, prevista no seu art. 700.¹⁹ A ação monitória permite ao credor munido de documentos executar o devedor (com a expedição de mandado monitório) caso não seja embargada. Trata-se de um procedimento com uma limitação cognitiva: a existência de documentos para iniciar a ação. De acordo com o art. 700, §1º, do CPC, a “prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381”.
113. De acordo com o palestrante, nesse modelo da ação monitória, o legislador pressupõe que houve uma produção autônoma de provas, que houve prováveis questionamentos do juiz e que isso ficou documentado. Trata-se da prova oral em um suporte documental (i.e., um ato oralizado reduzido a escrito), que autoriza o ajuizamento da ação. Segundo o palestrante, esse racional por trás da “prova oral documentada” é completamente diferente daquele por trás do depoimento escrito de testemunha que se junta aos autos, o “witness statement”.

¹⁸ “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. (...)”

¹⁹ “1. Nos termos do art. 700, inciso I, do Código de Processo Civil, a ação monitória pode ser proposta por aquele que alegar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir o pagamento de quantia em dinheiro. Podendo a prova escrita consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381, do CPC (art. 700, §1º).” (Grifamos) (TJDF, [Acórdão 1388393](#), 07194663220218070001, Relator: JOÃO LUÍS FISCHER DIAS, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 24/11/2021, publicado no DJE: 7/12/2021).

114. Nesta distinção entre documento *versus* prova oral, há de se considerar que a prova oral, mesmo quando documentada, é oral, ou seja, é falada e depois fica algum suporte, que pode ser uma mídia de vídeo, de áudio ou documento escrito.
115. Assim, para ele, a prova oral, mesmo quando documentada, não deixa de ser oral - e, por isso, entende como sendo uma prova híbrida, ou seja, uma prova pessoal prestada enquanto declaração, como um atestado médico.
116. Um dos participantes questionou qual a diferença prática para as partes em uma arbitragem sediada no Brasil, supondo-se que se admitiu depoimento escrito, em considerar o depoimento escrito como uma prova documental ou uma prova oral.
117. O moderador sustentou que falar em prova oral dá início a uma confusão. A seu ver, o depoimento é uma prova testemunhal, que pode ser colocada no meio escrito ou no meio oral. Do ponto de vista prático, classificar a prova como testemunhal gera a necessidade de fazer um juízo de credibilidade - o qual ocorre de outra maneira quando se trata de prova documental, que é um retrato no tempo de algo que já ocorreu.
118. Um dos palestrantes afirmou que, antes da vigência do CPC/2015, havia uma distinção mais relevante entre prova oral e documental, uma vez que havia uma distinção de meios de prova admitidos para certos contratos. Entretanto, esses artigos foram revogados, então essa limitação, atualmente, pode apenas existir em legislação extravagante sobre a qualificação da prova.
119. No mesmo âmbito da discussão sobre as consequências da classificação da prova testemunhal, outro palestrante ressaltou a diferenciação relativamente a suas consequências penais. Ele explicou que o crime de falso testemunho é crime próprio da testemunha juramentada. Ao passo que, quando se apresenta uma declaração falsa em um documento, isso configura outro tipo penal.

120. Ainda, o palestrante destacou as funções da prova no processo: (i) trazer informações sobre os fatos; (ii) permitir o esclarecimento da causa; e (iii) proporcionar um julgamento condizente, tanto quanto possível, com os fatos que são pertinentes para a aplicação do conjunto jurídico e julgamento da causa. Para ele, para o julgamento ocorrer é necessário a compreensão do que se passou, e quanto mais elementos são juntados aos autos, em princípio, mais informações serão analisadas. O palestrante ponderou que, se, de um lado, aumenta-se a complexidade da análise, por outro, há mais elementos decisórios.
121. Ademais, lembrou que há muito tempo no direito brasileiro existe o princípio da atipicidade de prova. Explicou que há o regulamento exaustivo dos meios típicos, mas, ainda assim, se admite qualquer meio probatório para se esclarecer um fato introduzido no processo.
122. No caso do *witness statement*, o palestrante explicou se tratar de uma prova atípica, que possui suas complexidades e valorações diferentes das provas típicas. Ainda que seja natural tentar categorizar esse meio de prova, equiparando àquilo que se conhece bem, ele afirmou ser necessário compreendê-la como prova atípica.
123. O palestrante defendeu que o *witness statement* pode ser aplicado à arbitragem brasileira e também no processo brasileiro, entendendo ser um meio atípico. Ele afirmou não saber dizer se regras para a produção do depoimento escrito são, de fato, necessárias.
124. Outro palestrante reforçou a importância prática da classificação do depoimento escrito como prova oral ou documental explicando que é possível que as partes tenham feito negócio jurídico processual ou cláusula compromissória limitando os meios de prova. Se o fizeram, a qualificação jurídica do depoimento escrito é extremamente relevante - justamente para compreender se essa prova pode ou

não ser produzida nesse determinado procedimento. O palestrante ponderou que, por vezes, classificações são feitas no direito que não geram consequências práticas importantes, mas, nesse caso, a razão e a relevância da classificação restam demonstradas.

125. O palestrante defendeu que, em cláusulas compromissórias, mesmo quando não há exclusão expressa do CPC, esse não é aplicável à arbitragem. Mesmo assim, ele ainda afirmou que excluir expressamente o CPC é uma forma de dar mais segurança a algo que deveria ser usual e, ser redundante, no contexto brasileiro, muitas vezes é importante.
126. Outro palestrante citou o mandado de segurança, em que há declarações prestadas por escrito como prova pré-constituída, como exemplo de procedimento no qual, ainda que a prova oral não seja admitida, a declaração escrita é aceita como prova.²⁰
127. Um participante afirmou que a ideia de que a parte se manifesta por meio do advogado, no mundo real, gera um empobrecimento da instrução. Como exemplo, ele citou um cliente que contou ao advogado sobre sua disputa de engenharia, que se tornou uma audiência de três semanas. A simples ideia de que o advogado da causa seria capaz de saber forma como um determinado equipamento foi operado em um determinado dia, seria prova da incompreensão da complexidade das disputas com que os advogados lidam em arbitragens domésticas e internacionais. Portanto, ele defende que o efeito “confissão” ao depoimento da parte importa em um severo empobrecimento do material instrutório, que ignorar isso é desconhecer as disputas que são resolvidas em arbitragem.

²⁰ Semelhante é o caso da ação monitória regulada no art. 700, do CPC, na qual o que autoriza o ajuizamento da ação é prova escrita sem eficácia de título executivo, que nada mais é do que a prova oral em um suporte documental (i.e., um ato oralizado reduzido a escrito).

128. Ainda, o participante comentou que tem a impressão de insegurança constante em relação ao depoimento escrito, daí tantas perguntas sobre o como foi elaborado, quem escreveu, se há gravação, se a outra parte deve participar das reuniões - e, enfim, da insegurança com o instrumento dos depoimentos escrito em si. Em sua visão, a insegurança dos advogados em relação à elaboração do depoimento escrito é, na verdade, a insegurança em relação ao controle da testemunha em audiência.
129. O participante explicou que no modelo estadunidense, realiza-se o *cross-examination* por meio de *leading questions*, que faz com que a contraparte tenha controle sobre a testemunha, e, conseqüentemente, o operador do direito - seja o juiz, o júri, etc. - também. Assim, ele defendeu que, como nesse modelo há mecanismos de controle sobre o que é dito pela testemunha, é uma cultura que fornece conforto para que o advogado ouça o que a testemunha está falando, faça o depoimento escrito e submeta-o ao *cross*. Nesse sentido, em sua opinião, há uma grande insegurança com a prova testemunhal no Brasil por conta da ausência de controle sobre o que é dito em audiência. Tal insegurança decorreria da ausência de previsibilidade sobre o que a testemunha vai tratar, a impossibilidade de utilização de *leading questions* e de outras ferramentas que viabilizem o controle sobre a verdade, a mentira, distorções, opiniões, incompletudes e diversas outras limitações em um depoimento testemunhal. O depoimento escrito, neste sentido, em sua opinião, serviria para viabilizar o controle, e a legitimidade, portanto, da prova testemunhal como um todo.
130. Ainda, o participante sustentou que a ideia de separar o depoimento escrito do *cross* seria uma loucura, pois nesse cenário não há contraditório. Na verdade, o mais difícil a ser aceito no Brasil não é exatamente o depoimento escrito, mas as *leading questions* na inquirição cruzada. Ele afirmou que, na prática, nesse cenário, observa-se o tribunal arbitral realizando interferências.
131. Ele questionou como o tribunal pode interferir na inquirição se não houve

interferência na produção do depoimento escrito. E, nesse contexto, para o participante se iniciam as perguntas sobre de que forma o depoimento escrito foi produzido. Para ele, a resposta a esses questionamentos seria a compreensão da abrangência das *leading questions* durante o *cross examination*. Segundo o participante, o controle da parte sobre a testemunha é um tema sensível no contexto brasileiro.

132. Outro palestrante comentou que, durante a pandemia, houve diversos questionamentos sobre o que aconteceria com as arbitragens. Uma das discussões era sobre a forma de realização das audiências, e começaram a surgir *guidelines* e recomendações - muitas vezes extremamente rígidas, na visão do palestrante. Nesse contexto, para ele, havia uma preocupação sobre a interferência sobre a testemunha e a falta de controle dela pelo tribunal.
133. O participante sustentou que sempre se observou na prova testemunhal - ainda que o *witness* não seja exatamente uma testemunha - o controle exercido pelo juiz sobre a testemunha. Ele lembrou que, até a entrada em vigor do CPC de 2015, o controle da testemunha era tão rígido que o juiz era responsável por realizar as perguntas do advogado da parte para a testemunha (no sistema de reperguntas).
134. Afirmou haver, portanto, uma mudança de paradigmas ao pedir que a testemunha escreva o seu depoimento e junte aos autos - sendo que essa mudança de visão causa um desconforto, tornando a discussão importante e relevante.
135. Na sequência, o palestrante comparou o depoimento escrito com outras declarações que sempre existiram no direito brasileiro, como o atestado médico e as declarações feitas por funcionários públicos.²¹ Questionou, nesse contexto, se

²¹ De acordo com a sua opinião, o atestado médico é visto como quase sagrado no Brasil, no sentido de que as pessoas não questionam a sua veracidade. Do mesmo modo como não se questiona a veracidade das declarações feitas por funcionários públicos atestando a ocorrência de determinado fato em sua presença.

os depoimentos escritos não seriam parecidos com essas figuras - por serem uma declaração e uma forma de alguém atestar algo que experienciou -, concordando, em última instância, que a questão de como esse meio de prova é enxergado, no geral, tem relação com o controle da testemunha.

i. Depoimentos escritos e Redfern Schedule

136. O moderador comentou que nos Estados Unidos e na arbitragem, em geral, de certa forma, o ponto central é o controle da testemunha, que acontece também através da prova documental, por meio do *discovery*. Ele explicou que a testemunha não pode dizer algo sem fundamento, pois os advogados da contraparte, geralmente, têm acesso a documentos que podem ou não corroborar o depoimento, o que impacta diretamente na credibilidade da testemunha.
137. O palestrante afirmou que, em sua experiência, nunca viu um caso em que houve depoimento escrito e não houve *Redfern Schedule*. Ainda, comentou que o *Redfern Schedule* e a *document production*, em geral, são mais comuns que as provas testemunhais. Ele explicou que, muitas vezes, não há testemunhas úteis e que a *document production* é (i) muito mais presente; (ii) mais eficiente e (iii) desejada pelas partes e pelo tribunal arbitral, se comparada com a prova testemunhal.
138. Além disso, defendeu que os advogados de common law e de arbitragens internacionais possuem uma confiança de que as mentiras serão reveladas no procedimento. Ele levantou a hipótese de que o sistema brasileiro talvez não tenha o costume do depoimento escrito porque há a insegurança de a testemunha mentir em audiência.
139. O palestrante citou uma diferença na ética de advocacia dos diferentes países. Ele traz como exemplo a Inglaterra, em que não se pode preparar uma testemunha para audiência, enquanto na França é permitido. Ainda, afirmou que,

em sua opinião, advogados de common law acreditam que a preparação da testemunha não é útil, pois na audiência ela será sempre ela mesma.

140. Para ele, sabe-se que, pelas técnicas utilizadas na inquirição, pela exibição de documentos ou até mesmo, às vezes, pelo preparo excessivo das testemunhas, uma grande mentira não se sustenta por muito tempo nos procedimentos.
141. Um participante comentou sobre a existência de diversos significados distintos para o conceito de “preparação de testemunha”. Primeiramente, ele explicou a ideia de preparar alguém para algo que nunca foi realizado, explicar o que está sendo discutido no caso e o que se espera da sua declaração à luz da verdade. Outra definição para esse mesmo termo seria a preparação para dar um depoimento falso - o que, evidentemente, em nenhum país é permitido.
142. Outro participante destacou que acredita que a preparação da testemunha funciona muito bem. De acordo com a sua prática, muitas vezes, a testemunha fornece um depoimento escrito considerado por ele excelente, mas não tem um desempenho satisfatório no cross-examination. Ele atribui esse fato para (i) o advogado da contraparte fazer um bom trabalho; (ii) os fatos serem complexos; e (iii) a testemunha ter um domínio limitado dos fatos - e não por prestar uma declaração mentirosa. Por isso, defendeu ser importante que a testemunha seja preparada para saber o que esperar, pois o ambiente é hostil, e também para compreender a maneira de como se comportar.
143. Esse participante afirmou, ainda, que tem dificuldade de entender o porquê de na Inglaterra não ser possível a preparação da testemunha mantendo a verdade e confessou que se questiona se as testemunhas não são, de fato, preparadas.
144. O moderador comentou que, em sua experiência, quando o advogado prepara uma declaração, se questiona sobre quais elementos serão colocados (i.e., seu conteúdo) porque sabe que a próxima etapa será o *discovery*. Explique-se, uma

vez que um elemento está presente na declaração de uma testemunha, abre-se margem para a contraparte exigir documentos que comprovem aquela afirmação e se coloca aquele elemento como relevante para a resolução da arbitragem.

145. Ainda, o moderador compartilhou sua experiência comentando um caso em que a contraparte juntou um depoimento escrito e alguns documentos. Na fase de *Redfern Schedule*, ele pediu os documentos que comprovavam diversas afirmações feitas pelas testemunhas. A contraparte, ao atender o pedido, enviou, inclusive, alguns que contradiziam a narrativa contada pelas suas testemunhas. Na sequência, o segundo depoimento da testemunha teve a narrativa alterada para se preparar para os novos fatos desfavoráveis a que o advogado teve acesso porque estavam nos documentos enviados. Através desses documentos, o advogado foi capaz de controlar o segundo depoimento das testemunhas da contraparte.
146. Por meio do exemplo, o moderador defendeu que quando se utiliza o depoimento escrito, deve-se pensar no procedimento como um todo e nos riscos a que se está sujeito. Por isso, em procedimentos internacionais com *Redfern Schedule*, é necessário analisar todos os documentos que podem potencialmente ser produzidos a partir da fala da testemunha. Em sua visão, se isso não for feito, pode-se produzir uma declaração que retira a credibilidade da testemunha.
147. Ponderando sobre a fala do moderador, como bem observou um dos palestrantes, o que se depreende é que se escreve o depoimento escrito pensando no *discovery*.
148. Por outro lado, não se deve descuidar do fato de que as pessoas, em geral, escrevem mal, portanto, nada mais natural do que o escritório de advocacia escrever o depoimento escrito, na tradição da common law, mas que, no Brasil, é um problema, gerando um incômodo o fato de o advogado escrever e a testemunha concordar e assinar. No judiciário, por exemplo, na opinião de um

dos presentes, isso não entra nem como prova.

149. Um dos participantes com experiência internacional manifestou-se no sentido de que, no Brasil, perde-se muito tempo com a discussão sobre a distinção entre testemunha, representante e informante. Diante desta constatação, o participante perguntou aos palestrantes se essa distinção tem algum efeito na prática, visto que, na sua experiência, nunca viu uma decisão arbitral pronunciar-se expressamente a respeito.
150. Em resposta, um palestrante fez a distinção entre a caracterização - que pode-se achar útil ou inútil -, e a valoração - que tomará em consideração o interesse da pessoa, e, portanto, a sua categoria. E é inegável que haja valoração da prova em torno da pessoa que está depondo.
151. Isso se torna particularmente evidente na distinção que se faz entre depoimento e testemunho, já que se houver algo desfavorável no depoimento do representante legal da parte, isso terá um peso grande para o tribunal. Então, por mais que se entenda que a distinção entre testemunha e informante na arbitragem é um pouco mais fluida, há, sim, distinção entre representante e testemunha. Lembrando que, na arbitragem, essa distinção é em termos de valoração; e, no judiciário, é confissão quanto à matéria fática.
152. Na experiência do palestrante, mesmo na arbitragem, a diferenciação na nomenclatura (representante, testemunha e informante) é utilizada no Brasil pelos advogados.
153. Um dos participantes, corroborando, lembrou que a própria LArb faz uma distinção clara entre o depoimento da parte e o das testemunhas, inclusive quanto aos seus efeitos, ainda que não tão drástica como o CPC, que fala em confissão.
154. Tanto que a LArb confere ao tribunal poderes, tirando inferências negativas ou

não, de considerar, ao proferir a sentença, a ausência da parte convocada a depor (note-se que a lei não impõe a pena de confissão). Já a consequência para a testemunha ausente é ser conduzida sob vara. A própria LArb cria essa distinção.²²

155. Trazendo a sua experiência, um dos participantes pontuou ter participado em arbitragem internacional, com sede no Brasil e com escritórios brasileiros envolvidos, em que ninguém levantou a discussão a respeito da distinção entre representante, testemunha e informante. Um lado apresentou suas testemunhas, o outro fez o mesmo e o tribunal atribuiu o peso que bem entendeu. Nesse caso, em particular, não foi um problema, visto que a questão sequer foi suscitada, mas talvez não se deva, de fato, aplicar essa distinção na arbitragem de forma dogmática.
156. Outro palestrante, em resposta ao questionamento anterior quanto ao silêncio nas decisões quanto à distinção entre representante, testemunha e informante, afirmou que, em arbitragem internacional, o tribunal está ali para ser convencido, independentemente da categoria da pessoa que irá depor. A análise do testemunho passa por sua qualidade, sua credibilidade e, menos, pela categoria da pessoa ouvida, i.e., se testemunha, informante, representante, etc.
157. Um participante arguiu que, quando se prevê a aplicação da lei brasileira, aplica-se o Código Penal (que tipifica o crime de falso testemunho), de modo que a distinção é relevante nas arbitragens com sede no Brasil ou com a aplicação da lei brasileira. Na sequência, ressaltou que outra distinção importante é aquela já lembrada por um dos palestrantes entre prova pré-constituída e

²² Confira-se a redação do §2º do art. 22 da LArb:

“Art. 22. _____

(...)

§ 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”.

constituenda. Aqui, a lógica do CPC - e que se usa na arbitragem doméstica - é a de que há uma fase postulatória, em que você fala e prova com aquilo que já está pré-constituído. E você somente produz a prova no processo daquilo que tiver utilidade e relevância. A lógica é que você somente vai utilizar a prova testemunhal ou pericial sobre aquilo que for controvertido; e sobre o que ficou incontroverso, não se produz prova. Isso reduz em muito o número de pessoas que você ouviria e até as questões que seriam submetidas a provas entendidas como mais complexas. Então, existe uma lógica que busca eficiência nesse sistema.

158. Continuando, o participante pontuou que trazer o depoimento escrito para a arbitragem de modo irrefletido sobre a sua admissão pode acarretar em um aumento significativo de documentos sem a necessária utilidade. Uma solução seria apresentar os depoimentos escritos das testemunhas que a parte quer ouvir após a fase postulatória, o que aumentaria o controle da audiência. É necessário ter em mente uma lógica de economia e eficiência e, talvez, uma limitação a fatos controvertidos, por exemplo, seja salutar, evitando mecanismos de protelação e promovendo a economia de custos e tempo.
159. Outro participante, complementando a fala do anterior, ponderou se a limitação não poderia ser na inquirição. Ou seja, apresenta-se o depoimento escrito durante a fase postulatória e delimita-se a inquirição aos fatos controversos. O que resolveria, inclusive, o problema de até onde o advogado pode ir na inquirição em relação ao depoimento escrito.
160. Um terceiro participante interveio para ressaltar que esse sistema de fases somente existirá se as partes assim o quiserem. Outro ponto é que a análise de eficiência e economicidade de custo não é a mesma na arbitragem e no processo judicial, muito pelo contrário. Na arbitragem, quem paga as contas são as partes; é um método privado de resolução de disputas. Ou seja, se as partes quiserem gastar uma fortuna produzindo documentos inúteis e o tribunal permitir, ou se a

arbitragem durar 10 anos, por exemplo, isso não cria um ônus para ninguém. Já no judiciário, sim, coloca-se um estresse em todo o sistema.

161. Avançando sobre a questão do crime de falso testemunho, o participante lembrou que o tipo penal configura-se quando a testemunha mente em audiência, ou seja, depoimento oral. Não havendo depoimento oral e, sim, depoimento por escrito, o tipo penal não se configura, sendo desnecessário ajustar o procedimento arbitral para se certificar que o Código Penal se aplica, porque, sim, se aplica.
162. Um último ponto levantado por este mesmo participante é de que o CEO ou o CFO ao depor por escrito ou em audiência, o faz como testemunha de fatos e não como parte argumentando o seu caso. Ele está lá para falar sobre fatos específicos de que participou.
163. Confrontando a pontuação imediatamente acima, um dos palestrantes retomou sua opinião de que a distinção aqui é relevante, uma vez que a testemunha é juramentada e o depoente não - que, aliás, pode contar a história que bem entender, independentemente de estar de acordo com a verdade dos fatos, sob as penas das sanções penais.
164. Mudando um pouco o rumo da discussão, um dos participantes perguntou sobre quem pode estar presente na audiência, tema que se encontra longe de estar pacificado na prática é um problema que se repete nas audiências. Ou seja, pode o perito estar presente na oitiva de testemunha, pode a parte? Neste sentido, a diferença entre testemunha e parte poderia ser útil.
165. Em sua experiência um dos participantes esclareceu que na maioria dos casos o acordado padrão é que, estando o representante legal arrolado para ser ouvido em audiência, este não pode estar presente na audiência enquanto não testemunhar.

j. Algum regulamento no Brasil faz menção ao depoimento escrito?

166. Antes do encerramento, um dos palestrantes trouxe o seguinte levantamento: os regulamentos da CCI, CIAC e Uncitral fazem menção ao depoimento escrito, não regulando-o, mas estabelecendo o poder de o tribunal limitar o número de testemunhas, inclusive, as que prestaram depoimento escrito.
167. No Brasil, não há nenhuma previsão nos regulamentos da AMCHAM, CAMARB, Cam B3, CAM-CCBC, CBMA, CIESP ou Câmara FGV. Neles, há tão-somente a regra padrão de que cabe ao tribunal regular as provas que sejam admitidas. A única exceção é o regulamento da Arbitac, que em seu art. 44, “b” - muito inspirado no regulamento da CCI, diga-se -, dispõe que “[n]a condução do procedimento, o Tribunal Arbitral poderá (...) limitar ou dispensar a produção de prova oral, sem prejuízo de apresentação pelas partes de testemunhos escritos durante a fase postulatória (...)”. Ou seja, indica, inclusive, o momento mais adequado para a sua apresentação.
168. Vale lembrar, no entanto, que a ausência ou presença de uma menção genérica no regulamento não impede que o depoimento escrito seja adotado na prática, todavia, reflete o que talvez seja o padrão usual do que estamos acostumados a fazer.
169. Finalizando, outro palestrante pontuou que as IBA Rules e as Regras de Praga não estabelecem o depoimento escrito como uma regra, apenas abrem a possibilidade de ter ou não, dependendo do acordo entre as partes e da determinação do tribunal. Normalmente, na arbitragem internacional, há depoimento escrito, mas não necessariamente.
170. Reunião encerrada.

05. Conclusões

171. O debate na Reunião 03, a primeira organizada em São Paulo, foi muito proveitoso, trazendo relevantes pontuações e questões até então não suscitadas, assim como:

- a. A principal vantagem apontada no uso do depoimento escrito é trazer eficiência para o procedimento arbitral. Tal eficiência representa organização e integração dos depoimentos às teses do autor; e previsibilidade para o réu se defender em audiência.
- b. O depoimento escrito serve como um instrumento para testar a prova testemunhal a partir de uma base concreta, que é a declaração escrita. Sua opção pelas partes está diretamente ligada à possibilidade de fazer uma melhor inquirição cruzada.
- c. A preparação para audiência é regra nas arbitragens internacionais, não se estranhando o contato entre advogados e testemunhas ou o fato de o depoimento ser redigido pelo advogado, desde que seu conteúdo seja confirmado e aceito pela testemunha. De forma alguma, induzir a testemunha, distorcer fatos ou mentir se confundem com referida preparação, a qual deve ser compreendida em explicações claras da dinâmica da audiência e um esforço em identificar fatos - e provas - relevantes para a disputa, o que demanda considerável esforço.
- d. Havendo depoimento escrito, há uma tendência de se limitar a inquirição direta a warm-up questions, ou, inclusive, suprimir o direct examination por completo.
- e. Na arbitragem internacional, os depoimentos escritos costumam ser apresentados junto com as alegações iniciais, resposta, réplica e tréplica.

- f. A despeito de tensões na prática arbitral brasileira, especialmente por conta da comparação com o método de colheita da prova testemunhal em juízo, o “modelo padrão” por aqui praticado não destoa das práticas internacionais, inclusive em relação acerca de regras: do que deve constar formalmente do documento, de sua objetividade e, em alguns casos, da previsão de quem irá redigi-lo e em qual idioma será apresentado.
- g. Os debates, no entanto, indicaram uma forma de utilização dos depoimentos escritos aderentes à prática judicial brasileira - parecendo, inclusive, que lá poderiam ser utilizados dessa forma: (i) alegações iniciais, resposta, réplica e tréplica sem depoimentos; (ii) identificação dos pontos controvertidos (“despacho saneador”); (iii) juntada dos depoimentos exclusivamente sobre os pontos controvertidos e (iv) audiência para inquirição cruzada das testemunhas. Em tal modelo, temas de “contradita” seriam tratados diretamente na inquirição cruzada e não haveria a apresentação de “rol” de testemunhas. O modelo parece fazer sentido, pois (i) limita os depoimentos escritos aos fatos controvertidos (gerando potenciais ganhos de economicidade ao procedimento), (ii) beneficia as partes pela organização, previsibilidade e controle sobre a prova oral. Aparentemente, o mesmo poderia ser feito em relação à prova pericial. Não é claro, no entanto, se tal método seria mais eficiente do que o praticado na arbitragem internacional - “depoimentos com alegações” -, mas parece representar o meio termo viável na lógica processual brasileira.
- h. A despeito de parecer existir um modelo híbrido mais próximo da realidade brasileira, ainda assim a recomendação parece ser a padronização das práticas a partir do que já é feito internacionalmente, facilitando a interação entre profissionais de diferentes países e no desenvolvimento da ferramenta e das técnicas de instrução como um todo.

- i. A natureza do depoimento escrito, se prova oral ou documental, foi um tema bastante debatido. Não houve consenso; tendo entendido a maioria dos presentes tratar-se de prova híbrida (e atípica): começa documental e se torna oral, se houver inquirição. Houve, ainda, opinião no sentido de se tratar prova testemunhal, que pode ser colocada no meio escrito ou no meio oral.
- j. Uma possível solução para a contradita do depoimento escrito está no juízo de admissibilidade probatório feito a posteriori. Nesse contexto, é necessária uma remissão à distinção clássica do processo civil entre provas pré-constituídas e provas constituídas.²³
- k. Foi discutida a importância ou não da distinção tradicional entre testemunha, informante e representante legal na arbitragem, em especial no depoimento escrito. A maioria manifestou-se por sua desinflência na arbitragem, ou pouca relevância na prática. Houve, no entanto, manifestação contundente no sentido de que, enquanto a distinção entre testemunha e informante é fluida na arbitragem, aquela entre representante e testemunha tem relevância (i) em termos de valoração da prova, (ii) em aspectos penais sobre o crime de falso testemunho e (iii) em relação à organização da audiência (quem pode estar presente na sala).
- l. Nos EUA e na arbitragem internacional, em geral, um dos pontos centrais é o controle da testemunha, que acontece também através da prova documental, por meio do *discovery* e das técnicas de inquirição (“leading questions”). Tanto que, em geral, parece haver uma relação direta entre depoimento escrito e *Redfern Schedule*.

²³ Provas pré-constituídas antecedem o processo e são elaboradas exprocessualmente (extra-autos), ao passo que as constituídas se formam no âmbito do processo durante a instrução processual. Na prova pré-constituída, seu juízo de admissibilidade é feito a posteriori; já na prova constituída, seu juízo de admissibilidade é feito antes, sendo a audiência o momento próprio para fazê-lo no caso da testemunha.

- m. Quem pode estar presente na audiência? O tema encontra-se longe de estar pacificado na prática e é um problema que se repete nas audiências. Na prática internacional, se alguém estiver arrolado como testemunha a ser ouvida em audiência, esta não pode estar presente até dar o seu testemunho.
- n. Apesar dos regulamentos de várias instituições internacionais de arbitragem fazerem menção ao depoimento escrito, no Brasil, apenas o regulamento da Arbitac o faz. Contudo, a ausência ou presença de uma menção genérica no regulamento não impede que o depoimento escrito seja adotado na prática.
- o. Diversos dos presentes - e dos palestrantes - foram enfáticos sobre a necessidade de diretrizes que expliquem de maneira clara e didática como deve se dar o requerimento, produção e valoração dos depoimentos escritos. Apesar de se tratar de um mecanismo conhecido para profissionais de outros países, a sua implementação no Brasil depende de maior conhecimento e confiança no instrumento. As pessoas mais veementes em relação ao pedido de diretrizes eram justamente aquelas que mais utilizam e dominam a ferramenta, que se dizem frustrados em não a utilizarem com maior frequência por conta do desconhecimento e insegurança das outras partes (inclusive do tribunal).

06. Próximos passos

- 172. Os debates da Reunião 01 indicaram uma relação entre o depoimento escrito e a prova técnica, afinal o perito depende de um substrato de fatos estável (e objeto de contraditório) para que possa aplicar o seu conhecimento técnico. A Reunião 03, por outro lado, indicou uma relação entre o depoimento escrito e a document production (“Redfern Schedule”), pois o controle sobre a testemunha depende do acesso a documentos que podem estar em posse de apenas uma das partes. Conjugadamente, as reuniões indicaram uma relação entre o depoimento escrito e os demais meios de prova, recomendando-se a realização de uma nova reunião

de trabalho específica sobre tais aspectos.

173. Os Coordenadores decidiram realizar tal reunião em meados de setembro, na cidade de São Paulo. Maiores informações a serem definidas.

07. Acompanhamento do projeto

174. O Curso Prático de Arbitragem está apoiando o CIARB na comunicação dos temas relacionados ao Depoimento Escrito da Testemunha de Fatos. Interessado(a) em acompanhar os debates? [Assine a newsletter do CPA e participe dos próximos eventos.](#)

Equipe de coordenação



Cristina Mastrobuono

President



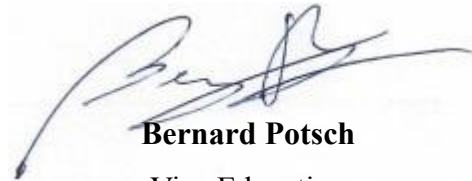
Lucas V. R. da Costa Mendes

Director of Education



Lucila Carvalho

Director of Communication



Bernard Potsch

Vice Education



Pedro Martini

Vice Communications



Joana Egito

Official Rapporteur



Sophia Pellegrini

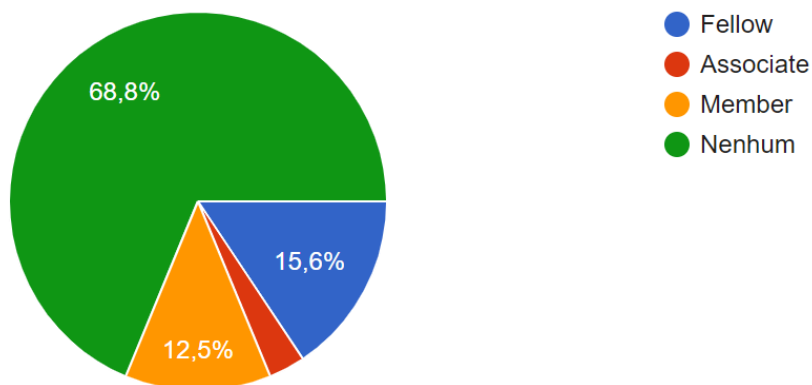
Official Rapporteur

Anexo I

Estudos preliminares com o público que demonstrou interesse no evento

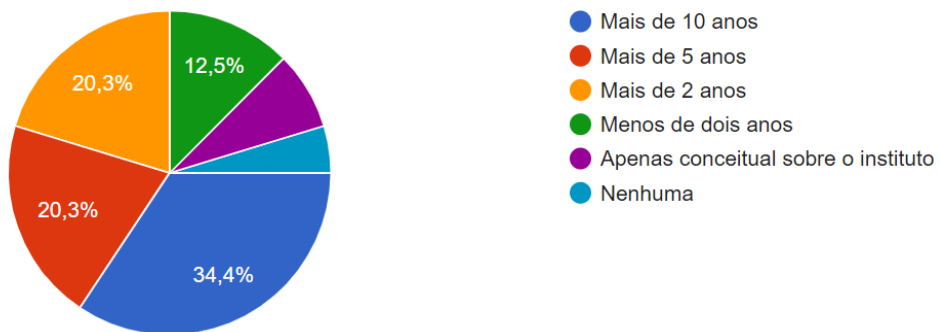
Título no CI Arb:

64 respostas



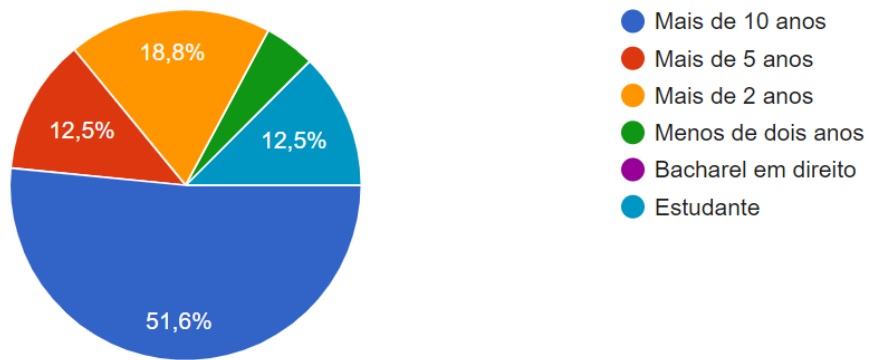
Anos de experiência com arbitragem:

64 respostas



Experiência com a advocacia:

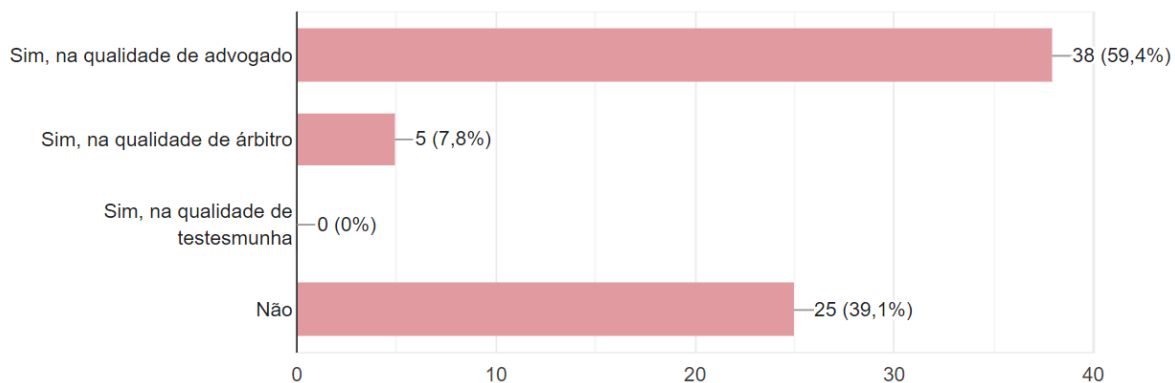
64 respostas



1. Você já utilizou o depoimento escrito da testemunha de fatos?

[Copia](#)

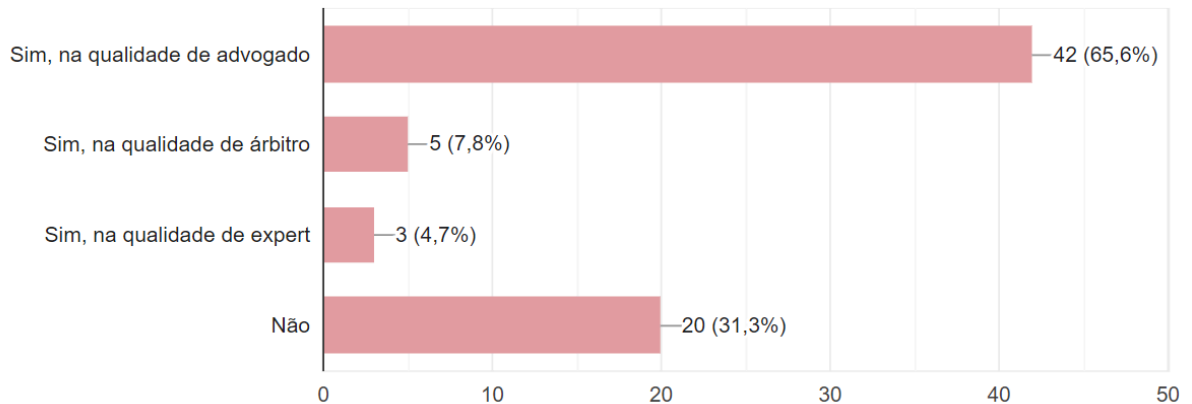
64 respostas



2. Você já utilizou o *expert report* do perito indicado pela própria parte (party-appointed expert)?



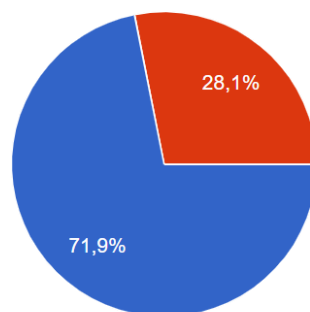
64 respostas



3. Vamos lá. O depoimento escrito é algo simples: uma declaração feita pela testemunha com as informações de seu conhecimento sobre a disputa. A despeito da simplicidade do conceito, a ferramenta traz questões jurídicas sensíveis. Queremos ouvir a sua opinião: com qual afirmativa você mais concorda?



64 respostas

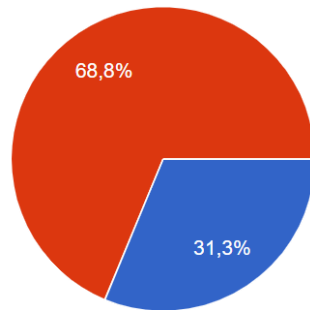


- As partes e as testemunhas possuem tempo para elaborar o depoimento escrito, o que facilita a sua organização, clareza e a identificação de temas relevantes para o caso. Além disso, o depoimento escrito gera previsibilidade...
- Pelo contrário, o tempo a disposição da testemunha pelas partes é uma razão de fragilidade dos depoimentos escritos, fazendo com que ela perca legitimidade como um todo. O melhor, me parece,...

4. Parece que o depoimento escrito pode encostar em temas relativos à ampla defesa e ao contraditório. E em relação às opções abaixo, com qual você mais concorda?



64 respostas

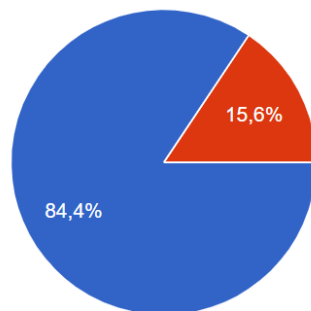


- Tudo bem, eu aceito a utilização de depoimentos escritos, mas a elaboração dos mesmos deve atender a critérios de transparência e de controle. As partes, neste sentido, deverão decidir se as reuniões de elaboração do depoiment...
- Nada disso. A parte tem liberdade para entrevistar a testemunha e obter o seu depoimento escrito. Sem gravação ou participação da outra parte. O controle será feito em audiência, pela inquiriçã...

5. Interessante, não é? Quando refletimos sobre o assunto nos damos conta que existe uma relação entre a liberdade de a parte produzir o depoimento escrito e a importância da inquirição cruzada que será realizada pela outra parte sobre aquela testemunha. Com qual opinião você mais concorda?



64 respostas

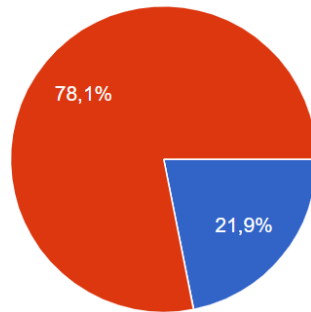


- De fato, a inquirição cruzada (cross-examination) parece ser a outra face da moeda do depoimento escrito da testemunha de fatos. Bem por isso devem ser aceitas as técnicas de leading questions e uma forma mais "i...
- Então, esse é o ponto: o depoimento escrito da testemunha de fatos acarreta uma proximidade excessiva entre a testemunha e a parte, fazendo com que todo o procedimento de controle da pr...

6. Já percebeu que o evento será divertido, não é? De fato, existem temas conceituais relevantes subjacentes ao depoimento escrito. E em relação às afirmações abaixo, com qual você mais concorda?



64 respostas

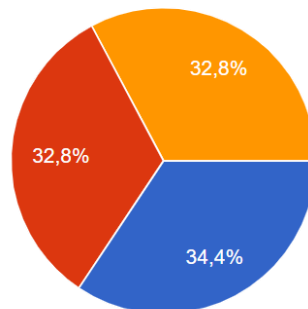


- A utilização do depoimento escrito deve ser feita com muita cautela, pois tal ferramenta importa em garantir poderes para que cada uma das partes possam, unilateralmente, determinar os temas que serão admissíveis à instrução. A...
- Sem argumentos ad terrorem! Falamos aqui de disputas privadas e sigilosas. Mais importante do que o limite de admissibilidade dos temas objeto dos depoimentos é a possibilidade de as p...

7. Ótimo! Mas e se não existir autorização conjunta das partes para a utilização do depoimento escrito?



64 respostas

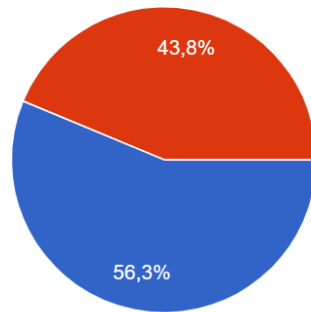


- A utilização dos depoimentos escritos dependem de autorização expressa de ambas as partes, o que pode ser alcançado por meio da utilização das l...
- Nem tanto: mesmo sem a autorização das partes, o tribunal pode permitir a utilização dos depoimentos escritos.
- Nada disso: o depoimento escrito é uma faculdade da parte, amplamente aceita na arbitragem internacional, podendo qualquer das partes se valer da ferra...

8. Por último, um tema que nos deparamos na primeira reunião e aprofundamos na segunda, que, cada vez mais, tem se mostrado essencial: "o depoimento escrito da parte ou do representante legal". Com qual opinião você mais concorda?



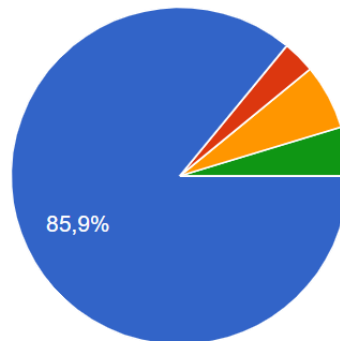
64 respostas



- O depoimento da parte possui relevância acentuada na medida em que são as próprias partes que mais conhecem os fatos, o contexto e os impactos da disputa. Acreditar que a posição da parte é trazida aos autos p...
- Pelo contrário. O depoimento das partes é o menos confiável, pois elas são interessadas no resultado do processo, podendo distorcer os fatos e o contexto em seu favor. Garantir centralidade ao...

9. Última pergunta: você estará presente no evento? Basta responder "sim" e a sua inscrição será computada.

64 respostas



- Sim
- Não
- Ainda não tenho certeza
- Sim.