

Jogar às escondidas: quando a não produção de documentos pode resultar em inferências negativas

10 Setembro 2019 - por [Maria Almeida e Silva](#)

É amplamente aceite na comunidade arbitral internacional que os tribunais arbitrais podem extrair inferências negativas da não produção de um documento requerido no processo. A título de exemplo, as Regras da IBA sobre a Obtenção de Provas na Arbitragem Internacional (“Regras da IBA”) reconhecem especificamente esta possibilidade no seu Artigo 9.5.

Neste contexto, uma inferência negativa pode ser descrita como a presunção de que um documento não produzido no processo é prejudicial aos interesses da parte que não o produziu. Por outras palavras, quando uma parte não junta determinados documentos ao processo, o tribunal arbitral pode inferir que o conteúdo de tais documentos seria prejudicial para a posição dessa parte no processo.

Por serem meras presunções, as inferências negativas não constituem prova directa. Assim sendo, devem ser interpretadas e ponderadas no contexto mais vasto da sua coerência com os restantes elementos de prova produzidos no processo.

As inferências negativas estão sujeitas à verificação de um conjunto de pressupostos, o que significa que a mera não produção de um documento por uma parte, directamente e só por si, não habilita o tribunal arbitral a extrair uma inferência negativa. Estes pressupostos visam, nomeadamente, garantir o cumprimento das exigências de um processo justo e equitativo e a coerência da inferência requerida com os vários meios de prova produzidos no processo.

Estes pressupostos têm sido continuamente categorizados e desenvolvidos por profissionais da área da arbitragem e pela doutrina, extraindo-se, alguns deles, das Regras da IBA. Identificam-se abaixo alguns destes pressupostos^[1]:

1. A parte requerida deve ter tido oportunidade de se opor à produção do documento. Num processo justo e equitativo exige-se que a parte requerida tenha tido oportunidade de se opor à produção do documento solicitado, nomeadamente, recorrendo a uma das objecções previstas no Artigo

9.2 das Regras da IBA;

2. Uma de duas situações tem de se verificar: ou a parte requerida não se opôs ao pedido de produção do documento ou a produção do documento foi ordenada pelo tribunal arbitral. As inferências negativas são legítimas apenas quando a parte requerida não apresentou qualquer motivo justificado para não produzir o documento requerido, ou quando o tribunal arbitral, ponderados os argumentos apresentados por ambas as partes, decidiu que a parte requerida deve produzir o documento solicitado;

3. O documento requerido deve ser relevante para o caso e essencial para o seu resultado. Caso contrário, o pedido de produção de documento não deve ser sequer admitido pelo tribunal arbitral, como resulta do artigo 3.3 (b) das Regras da IBA;

4. O documento requerido não deve estar na posse ou sob a guarda ou controlo da parte requerente, devendo, pelo contrário, encontrar-se presumivelmente na posse ou sob a guarda ou controlo da parte requerida. Conforme está previsto no artigo 3.3 (c) das Regras da IBA, (i) a parte requerente deve declarar que não está em condições de produzir o documento, caso contrário seria ilegítimo solicitá-lo à parte contrária, e (ii) a parte requerente deve também demonstrar por que motivos é razoável presumir que o documento requerido está sob o controlo da parte contrária, caso contrário seria injusto punir a parte requerida por meio de uma inferência negativa;

5. Deve haver um grau razoável de certeza sobre o conteúdo do documento requerido. A parte requerente deve apresentar provas que permitam inferir razoavelmente o conteúdo presumível do documento em falta, uma vez que esse conteúdo presumível é a base para extrair a inferência negativa;

6. A inferência solicitada deve ser claramente identificada. A parte requerente deve identificar claramente a inferência que pretende que seja retirada da não produção do documento pela parte contrária;

7. Os potenciais dados detalhados contidos no documento não devem ser essenciais. Uma vez

que, em princípio, não é possível presumir razoavelmente os dados detalhados contidos num documento que não foi trazido ao processo, a eventual inferência referir-se-á, na maior parte dos casos, apenas ao conteúdo do documento em termos mais amplos;

8. A parte requerente deve apresentar elementos adicionais de prova de natureza *prima facie*. Uma vez que as inferências negativas são meras presunções, a parte requerente deve fornecer todos os meios de prova razoavelmente disponíveis que sejam consistentes com, e corroborem, a inferência requerida.

Esta lista de pressupostos não é, evidentemente, exaustiva e, em cada caso particular, o tribunal pode determinar que outros pressupostos devem verificar-se antes de se poder extrair qualquer inferência negativa.

Em qualquer caso, mesmo quando o tribunal entenda que os pressupostos para extrair uma inferência negativa se encontram reunidos, deve, ainda assim, ser extremamente cauteloso na formulação da inferência, por forma a assegurar-se de que esta seja *“razoável, coerente com os factos no processo e logicamente relacionada com a natureza provável das provas não produzidas”*[2]. Em suma, mesmo socorrendo-se das directrizes gerais, o tribunal arbitral deve verificar, caso a caso, a pertinência do exercício do seu poder de extrair inferências negativas, fazendo-o com prudência e razoabilidade.

A prática arbitral demonstra que as partes requerem, frequentemente, aos tribunais arbitrais que extraiam inferências negativas, detendo-se nos pressupostos das mesmas e na demonstração da sua verificação no caso concreto. Contudo, os tribunais arbitrais têm sido relutantes no exercício desse seu poder, pelo menos explicitamente, tendendo a fazê-lo apenas em circunstâncias excepcionais.

[1] Cfr. J. K. Sharpe, *“Drawing adverse inferences from Non-Production of Evidence”*, Arbitration International, Vol. 22, n.º 4, 2006; Vera van Houtte, *“Adverse inferences in International Arbitration”*, Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Dossier VI, 2009; Simon Greenberg and Felix Lautenschlager, *“Adverse Inferences in International Arbitral Practice”*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol.

22, n.º 2, 2011.

[2] Cfr. J. K. Sharpe, “Drawing adverse inferences from Non-Production of Evidence”, Arbitration International, Vol. 22, n.º 4, 2006.

**Maria
Almeida e
Silva**

Associada

Principal

