

# Reflexões sobre *Discovery* nas Arbitragens Internacionais à luz da Recente Decisão da Suprema Corte Norte-Americana

## Mauricio Gomm Santos

Mestre em Direito pela Queen Mary – University of London e pela University of Miami. Fellow do Chartered Institute of Arbitrators (FCI Arb). Sócio de GST LLP. Árbitro e Mediador.

## Gustavo Favero Vaughn

Mestre em Direito pela Columbia Law School e pela Faculdade de Direito da USP. Membro do Chartered Institute of Arbitrators (MCI Arb). International Lawyer em Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.

O *discovery* é um mecanismo de obtenção de provas frequentemente utilizado na prática de resolução de disputas do *common law* norte-americano.<sup>1</sup> Como o próprio vocábulo está a sugerir, *descobre-se*, durante a fase instrutória, todas as provas para uso das partes e conhecimento pelo julgador. Para evitar abusos ou mesmo dispêndio de tempo, energia e custos, as provas sujeitas ao *discovery* devem ser relevantes e determinantes para o julgamento do caso.

---

\* As reflexões trazidas neste artigo são preliminares e se baseiam no resultado de recente decisão da Suprema Corte norte-americana sobre a interpretação da Seção 1782 do *U.S. Code*. Os autores reservam o direito de mudarem suas opiniões ou de as complementarem oportunamente. As opiniões aqui expostas não se relacionam com as instituições acadêmicas e profissionais das quais os autores fazem parte.

<sup>1</sup> *In the U.S., evidence is gathered through the mechanism of discovery. Discovery is the process whereby one party requests that a witness produce or turn over relevant documents or information, or that a witness sit for a deposition, during which her testimony is collected under oath, but outside of court. ... In the U.S., discovery is mostly performed by the litigating parties themselves, with little judicial intervention.* – Hagit Muriel Elul e Rebeca E. Mosquera, 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings, in Laurence Shore, Tai-Heng Cheng, et al. (coords.), *International Arbitration in the United States*, Kluwer Law International, 2017, p. 395.

*'US-style discovery, like any procedural device, reflects the unique features of the legal system in which it was developed.'* *Discovery used in the United States has its roots in equity, which can be traced back to England. The particularity of US discovery and of common law procedural rules rests on the existence of jury trial, the right to a jury being today, at least in the United States, a fundamental political right with constitutional weight.* – Jalal El Ahdab e Amal Bouchenaki, *Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers?*, in Albert Jan Van den Berg (ed), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, vol. 15, Kluwer Law International, 2011, p. 71-72.

Entre os meios de obtenção de provas em que se insere o *discovery* destacam-se as *depositions*, os *interrogatories* e os *requests for production of documents*.<sup>2</sup> As *depositions* não se confundem com o conceito amplo e genérico que muitos adotam partindo de um viés de *civil law*. Embora sejam depoimentos testemunhais, constituindo instrumento importante na fase instrutória, as *depositions* são colhidas, sob juramento, normalmente *fora* da presença do julgador – em escritórios de advocacia, por exemplo – para uso no processo, em especial na audiência (*trial*). Os *interrogatories*, de igual sorte, têm um significado específico. São perguntas elaboradas e enviadas por escrito para a testemunha responder também por escrito. Já os *requests for production of documents* são de compreensão mais direta aos não *common law lawyers*, embora questões relacionadas à relevância, materialidade e confidencialidade permeiem a produção da prova, sem contar o desconforto no dever de entregar documentos que possam fazer (ou fazem) prova contra quem os entrega. Esses e outros instrumentos de provas são requeridos antes do julgamento dos conflitos, em certas circunstâncias antes mesmo do ajuizamento de uma ação – *pre-action discovery* –, para colocar algumas cartas na mesa e, ao final, municiar o julgador com elementos que visam a corroborar as alegações das partes. Há exceções à extensão do *discovery*, a exemplo do *client-attorney privilege*.

Na concepção geral do *common law* norte-americano, o *discovery* presta-se a promover justiça ao caso concreto, em que a principal missão do julgador é preservar igual oportunidade às partes de apresentarem o seu caso, diferenciando da visão tradicional e mais inquisitória do “dá-me os fatos

---

<sup>2</sup> Eis uma breve descrição do procedimento de *discovery* em uma *U.S. federal court*, com destaque nosso para as referências a *deposition*, *document request* e *interrogatory*:

*The discovery process in federal court cases begins with the parties meeting to plan for discovery pursuant to FRCP 26(f)—also known as a ‘Rule 26(f) conference’— with a goal of preparing a discovery report which will likely include an electronic discovery protocol to govern how the parties will search and produce electronic information, e.g., emails, electronic documents, and files. After the Rule 26(f) conference, the court will enter a scheduling order and convene a court conference which will culminate in a standing order to govern discovery. A magistrate judge may be appointed to deal with any disputes relating to discovery matters.*

*During the pretrial discovery phase of the litigation, ... [parties] may issue ‘document requests’ requiring the production of documents and witnesses to be deposed. A **deposition** is a process where a party can elicit oral testimony from the other party before trial. A deposition does not usually occur in the courtroom — as this is pretrial discovery, the deposition will typically be conducted in a conference room of the law firm taking the deposition. **Document requests** will set out categories of documents that a party wants the other party to produce. For example, Buyer Corporation may request that Selling Shareholder produce ‘all documents and communications relating to the assets and liabilities of Company Beta.’ Under the FRCP, the Selling Shareholder has an obligation to produce documents within its ‘possession, custody, or control’ that are responsive to the request. A party can also send an **interrogatory** requesting answers to specific questions, or a request for admission requiring admissions to specific statements or propositions. – Lucas Bento, *The Globalization of Discovery: The Law and Practice under 28 U.S.C. § 1782*, Kluwer Law International, 2019, pp. 15-16.*

que dar-te-ei o direito” do *civil law*. Bem por isso se diz que no *discovery* estão enfatizadas as ideias de *due process* e *right to be heard*. O *discovery* tem, portanto, a finalidade de facilitar a busca de todas as peças relevantes e materiais para o deslinde do caso, a fim de que as partes possam delas se utilizar, da forma que melhor lhes convém, sem surpresas indevidas, em ambiente mais adversarial e menos inquisitorial.

Porém, o *discovery* está longe de ser uma unanimidade. O *U.S.-style discovery* é visto por muitos como um procedimento invasivo e custoso,<sup>3</sup> em que estratégias intimidatórias são comumente utilizadas. A impressão desfavorável a esse modelo probatório torna-se mais evidente quando uma disputa envolve algum componente internacional, a exemplo de partes, advogados e testemunhas, provenientes de culturas e sistemas jurídicos distintos em função do *clash* não apenas técnico-procedimental, mas também de diferença prático-comportamental.

De qualquer sorte, no instituto do *discovery* identifica-se, ao menos, quatro desafios distintos a que estão afetas as partes: *legal* (apresentar prova contra si), *cultural* (enfrentar maior invasividade), *temporal* (submeter-se a maior tempo na conclusão da instrução) e *financeiro* (dispender mais recursos no caso). Tais desafios também atingem o julgador, sobretudo em casos internacionais, pois o advogado é fruto do sistema legal ao qual pertence e das práticas processuais debaixo das quais está habituado a atuar. E o julgador, em conflitos internacionais, precisa entender estas distinções para bem conduzir o processo separando possível comportamento indevido, fruto de desconhecimento ou inexperiência internacional, de iniciativa intimidatória em momento de *cross-examination* ou até mesmo táticas de guerrilha ao longo do processo. No universo arbitral, cada vez mais se escuta a afirmação de que não existe árbitro com cacoete *common law* ou *civil law*; a tônica direciona-se mais a árbitro experiente ou inexperiente.

---

<sup>3</sup> *In comparison to most legal systems, especially those within the civil law tradition, the United States embraces a broad concept of ‘discovery’. Discovery, in the US sense, includes not only a general duty to disclose documents within a party’s possession, but also pre-trial depositions of witnesses, interrogatories, and the identification of relevant individuals. The process is, however, anathema to many foreign litigants, who may view US-style discovery as overly invasive and burdensome.* – Robert Bradshaw, How to Obtain Evidence from Third Parties: A Comparative View, in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2019, vol. 36, n. 5, p. 641.

*Diverse legal traditions handle issues relating to document production differently. On one end of the spectrum is the Anglo-American ‘discovery’ process, which permits very extensive and broad requests for all types of documents.* – Frédéric G. Sourgens, Kabir Duggal, et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2018, p. 183.

O ordenamento jurídico norte-americano trata do *discovery* em diversos diplomas legais. Na esfera estadual, cada Estado tem discricionariedade para dispor sobre o tema, tendo em vista a forma de repartição de poderes. No âmbito federal, está regulamentado no Título V das *Federal Rules of Civil Procedure* para casos judiciais e na Seção 7 do *Federal Arbitration Act* para arbitragens domésticas. O *discovery* ainda se faz presente no Título 28 do *U.S. Code*, que diz respeito à organização judiciária federal norte-americana.

Uma seção específica do *U.S. Code* vem há tempos despertando a atenção de quem estuda e trabalha com arbitragem internacional. Trata-se da Seção 1782, intitulada *Assistance to Foreign and International Tribunals and to Litigants before such Tribunals*. A Seção 1782 fornece mecanismos típicos do *discovery* para tornar possível, quando cabível, a cooperação internacional entre jurisdições distintas.

Na parte que interessa ao objetivo desta singela análise, a Seção 1782, subitem “a”, assim dispõe: *The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation.*

Portanto, essa ferramenta legal serve para ser utilizada por pessoas que litigam em processos estrangeiros, isto é, localizados fora do território norte-americano, e almejam obter prova situada nos EUA, a exemplo de documentos e depoimentos testemunhais, para auxílio aos respectivos processos adjudicatórios situados alhures. O juiz federal norte-americano de primeira instância da *comarca* onde reside a pessoa em face da qual o pedido é solicitado é competente para analisá-lo e julgá-lo. A autoridade judiciária federal norte-americana tem discricionariedade para deferir ou não pedidos de *discovery*, os quais não se confundem com cartas rogatórias ou outros requerimentos diretamente solicitados pela autoridade judicial estrangeira. O requerimento extraído da Seção 1782 é feito pela própria parte ou pessoa interessada, indicando ao juiz norte-americano a existência de um processo estrangeiro cuja assistência na obtenção de provas se justifica.

A Seção 1782 tem seu claro *habitat* em processos judiciais transnacionais. Todavia, com o passar dos anos passou-se a discutir a sua incidência no âmbito da arbitragem internacional. Foi, aliás, no contexto da arbitragem internacional que se passou a debater o propósito da extensão dessa regra

aos tribunais arbitrais com sede fora dos EUA, haja vista a letra fria da lei aduzir apenas a *foreign or international tribunal*, sem defini-lo.

Tal indefinição provocou o debate quanto ao significado e escopo da expressão *foreign or international tribunal*. Está esse termo limitado a órgãos governamentais? Em caso positivo, a Seção 1782 não se aplica a arbitragens, salvo quando envolvidos apenas órgãos governamentais, a exemplo do caso *I'm Alone*, uma arbitragem entre o Canadá e os EUA.<sup>4</sup> Por outro lado, não havendo limitação o referido instrumento processual aplica-se também às arbitragens internacionais privadas.

Para enfrentar os dois enfoques é necessário percorrer três caminhos interpretativos. Em primeiro lugar, examina-se o sentido literal da frase *foreign or international tribunal*. Não sendo suficientemente clara tal expressão, passa-se então à análise sobre a evolução histórica da Seção 1782. Se ainda assim não for possível definir, com clareza, o alcance da regra normativa, o intérprete deve se socorrer da terceira e última via hermenêutica: perquirir sobre o sentido do termo à luz da *public policy*, considerando que o direito norte-americano tem uma inequívoca política pública em favor da arbitragem.

O Poder Judiciário norte-americano não se mostrou uníssono sobre o tema para fins de aplicação da Seção 1782. Decisões de *Circuit Courts*<sup>5</sup> revelaram-se, até junho de 2022, díspares sobre o trato da matéria, evidenciando o que, no Brasil, chamaríamos de divergência jurisprudencial. Para exemplificar: os *Second, Fifth e Seventh Circuits* entendiam que não cabia suscitar a Seção 1782 como medida de apoio judicial a arbitragens internacionais privadas, ao passo que as *Fourth, Sixth e Eleventh Circuits* consideravam possível tal apoio.<sup>6</sup>

A decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.* tornou a discussão ainda mais dinâmica.<sup>7</sup> Nesse caso paradigmático, uma passagem da decisão majoritária da Suprema Corte, de lavra da *Justice Ginsburg*, trouxe esperança às vozes dos defensores da aplicabilidade da Seção 1782 a arbitragens internacionais. Embora o caso *Intel* não

---

<sup>4</sup> *Canada v. United States*, (1935) 3 R.I.A.A. 1609.

<sup>5</sup> Assemelham-se aos Tribunais Regionais Federais no Brasil.

<sup>6</sup> De um lado, *Second Circuit*: Maine, Massachusetts, New Hampshire, Puerto Rico e Rhode Island; *Fifth Circuit*: Louisiana, Mississippi e Texas; e *Seventh Circuit*: Indiana, Illinois e Wisconsin. De outro lado, *Fourth Circuit*: Maryland, North Carolina, South Carolina, Virginia e West Virginia; *Sixth Circuit*: Kentucky, Michigan, Ohio e Tennessee; *Eleventh Circuit*: Alabama, Florida e Georgia.

<sup>7</sup> Link para acesso à decisão: <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/02-572.pdf>.

tratasse especificamente desse assunto, mas do chamado *discoverability requirement* da Seção 1782, na decisão da Suprema Corte constou trecho de trabalho acadêmico de autoria de Hans Smit, então professor da *Columbia Law School* e tido como o responsável pela criação da Seção 1782. Para esse renomado acadêmico, o vocábulo *tribunal* incluiria *arbitral tribunal*. O registro da ministra Ginsburg no acórdão do caso *Intel*, embora em *obiter dictum*, parecia pavimentar o caminho para a recepção da aplicabilidade da Seção 1782 a arbitragens internacionais.

Ademais, a partir da decisão do caso *Intel* muitos trabalhos acadêmicos foram escritos sobre a Seção 1782 e seu possível e potencial uso em arbitragens comerciais internacionais.<sup>8</sup> Ainda que os termos *foreign tribunal* ou *international tribunal* pudessem atrair um escopo maior de alcance, absorvendo a noção de tribunais arbitrais, as discussões evidenciaram preocupação quanto à questão da ordem pública (*public policy*).<sup>9</sup> Em outras palavras, sendo recepcionada a Seção 1782 para uso em arbitragens comerciais internacionais, poder-se-ia estar reduzindo ou comprometendo

---

<sup>8</sup> Vale mencionar o estudo feito pelo Comitê de Disputas Comerciais Internacionais da *New York Bar Association*, liderado por Robert H. Smit – filho de Hans Smit e também professor da *Columbia Law School*. Nesse interessante estudo foram apresentadas sugestões de melhores práticas com relação ao uso da Seção 1782 em arbitragens internacionais privadas. Em resumo, sugeriu-se o seguinte: (1) *We recommend that Section 1782 discovery be granted only if the request is made by the arbitrators or with the consent of the arbitrators and that, therefore, district courts consider the source of the request as a very important factor in exercising its discretion*; (2) *the opinion of a majority of this Committee [is] that the jurisprudence developed with respect to the New York Convention [Bergesen standard] should not be extended to Section 1782 and that discovery in aid of foreign arbitration should be available only if the seat of the arbitration is outside the United States*; (3) *under Section 1782, the proceeding with respect to which Section 1782 assistance is sought need not have been started at the time a Section 1782 application is brought*; e (4) *Because arbitration is a consensual proceeding arising out of a contractual agreement among the parties to the arbitration, Section 1782 applications from non-parties should in fact be disfavored*. Tal relatório pode ser acessado por este link: [https://www.nycbar.org/pdf/report/1782\\_Report.pdf](https://www.nycbar.org/pdf/report/1782_Report.pdf).

<sup>9</sup> Veja-se, sobre a questão da *public policy*, o que disse John Fellas: (...) *there is a further and more important reason why the use of section 1782 in international arbitration is problematic: the use of section 1782 undermines a central feature of international arbitration, namely, that arbitrators control discovery*.

*In international arbitration, there is no binding set of rules (such as, for example, the Federal Rules of Civil Procedure that apply in litigation in the US federal courts) that give a party to an arbitration proceeding the right to conduct discovery. None of the major rules governing international arbitration proceedings, such as those of the ICC, the AAA or the LCIA, grants the parties a right to discovery. Rather, they leave that issue to the discretion of the arbitrators. Thus, unless the parties agree to certain discovery procedures in their arbitration agreement or after a dispute arises, it is for the arbitrators to decide whether to permit discovery and, if so, its scope.*

*And that is the problem. Arbitrators control discovery, and are entitled to make their decisions about the scope of discovery by taking into account the various different factors they deem important, including giving the parties a fair opportunity to present their case and treating them equally. Section 1782 threatens to undermine the arbitrators' control of the discovery process by taking the decision concerning that process out of their hands and putting it into the hands of a US court, which inevitably will have little familiarity with the case and may issue an order permitting a disparity of access to evidence, with the effect that the parties to the proceeding will not be treated equally.* – John Fellas, *Using Section 1782 in International Arbitration*, in William W. Park (ed), *Arbitration International*, Oxford University Press, 2007, vol. 23, n. 3, p. 401-402.

a instrução probatória para casos domésticos. Portanto, o debate ganhou contornos internos quanto a possível disparidade entre tribunais arbitrais estrangeiros e domésticos.

Diante de um cenário instável que perdurou por vários anos com diferentes decisões sobre o mesmo tema emanadas por distintos *Circuit Courts*, a Suprema Corte, recentemente, enfrentou o dissídio. Dois processos envolvendo a aplicação da Seção 1782 em arbitragens internacionais chegaram à Corte pela via do *writ of certiorari*, um requerimento apresentado pela parte vencida solicitando permissão à reanálise de seu caso à luz da repercussão geral da matéria recursal. A Suprema Corte tem o poder discricionário para rejeitar ou conceder o *certiorari*. Nesses dois casos houve a concessão e os processos foram consolidados para julgamento conjunto – *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd* e *AlixPartners, LLC v. Fund for Protection of Investors’ Rights in Foreign States*.

A questão colocada à análise e decisão pela Suprema Corte foi assim resumida: *Does 28 U.S.C. § 1782(a), which gives federal district courts authority to order litigants subject to their jurisdiction to give testimony or produce documents ‘for use in a foreign or international tribunal,’ apply to private commercial arbitral tribunals?* O nó górdio a ser desatado estava na sua parte final: a Seção 1782 aplica-se ou não a tribunais arbitrais privados?

A despeito da reunião dos processos por identidade da controvérsia jurídica relacionada à Seção 1782, seus contextos fáticos eram distintos. O primeiro caso, entre *ZF Automotive US* e *Luxshare*, trata de uma arbitragem internacional comercial submetida às regras do *German Institute of Arbitrators*. O segundo caso trata de arbitragem de investimento, provocada por um fundo de proteção de investidores contra o Estado da Lituânia segundo as regras da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (“UNCITRAL”) e lastreada em um Tratado Bilateral de Investimentos (“BIT”), firmado entre os Estados da Lituânia e Rússia.

Em decisão unânime, na relatoria da recém-chegada *Justice Barrett*, a Suprema Corte concluiu por afastar o uso do *discovery*, embasado na Seção 1782, como medida judicial de apoio a tribunais arbitrais estrangeiros. No entendimento da Corte, *[o]nly a governmental or intergovernmental adjudicative body constitutes a ‘foreign or international tribunal’ under 28 U. S. C. §1782.*<sup>10</sup> Ou seja, apenas solicitações relacionadas a tribunais estrangeiros, na sua feição governamental, estão

---

<sup>10</sup> Link para acesso à decisão: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-401\\_2cp3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-401_2cp3.pdf).

a permitir o auxílio de autoridade judiciária norte-americana. Consequentemente, em relação aos casos sob análise, foram reformadas as decisões das cortes hierarquicamente inferiores, cassando as ordens que determinaram a produção de provas com base na Seção 1782. Outrossim, a Suprema Corte, dentro do sistema judicial baseado no *stare decisis*, estabeleceu o precedente vinculante. Em decorrência da importância da matéria, diversos *amici curiae*<sup>11</sup> foram apresentados no feito. A Corte enfrentou basicamente quatro ordens de ideias em sua paradigmática decisão.

Em primeiro lugar, como antes dito, a Corte analisou o significado da frase *foreign or international tribunal*. Nessa expressão não estão englobados os *tribunais privados*, uma vez que, para a Suprema Corte, o vocábulo *tribunal*, no contexto da dicção legal, compreende apenas *an adjudicative body that exercises governmental authority*. Segue trecho do texto no original para guardar fidelidade ao raciocínio desenvolvido: ‘*Tribunal*’ is a word with potential governmental or sovereign connotations, so ‘*foreign tribunal*’ more naturally refers to a tribunal belonging to a foreign nation than to a tribunal that is simply located in a foreign nation. And for a tribunal to belong to a foreign nation, the tribunal must possess sovereign authority conferred by that nation.

Em segundo lugar, foi analisado o enfoque histórico. Para a Suprema Corte, a evolução legislativa promovida a partir do texto da Seção 1782 revela que a intenção do Congresso foi limitar o seu uso a órgãos que exercem *governmental authority*. Segundo a Corte, o propósito da Seção 1782

---

<sup>11</sup> Vale chamar a atenção ao menos para duas petições de *amici curiae*. Uma delas foi apresentada em nome de George A. Bermann, Robert H. Smit, D. Brian King, Ruth Teitelbaum e Lucas Bento. Esses juristas apoiaram o uso da Seção 1782 em arbitragens internacionais, conforme se verifica pela conclusão da petição: *Lower courts should exercise their discretion under Section 1782, with appropriate regard for tribunals’ receptivity to the discovery sought and this Court’s other guidance in Intel. But the notion that either commercial or treaty-based international arbitral tribunals lie outside the scope of Section 1782 is untenable. Had Congress intended to deny Section 1782’s assistance to the adjudicatory bodies that come most readily to mind at the mention of ‘foreign or international tribunal,’ it would and easily could have said so. But the plain language of the statute, together with its legislative history, including commentary from its principal drafter, and this Court’s decision in Intel, all compel the opposite conclusion: both kinds of international arbitral tribunal fall unambiguously within the meaning of ‘foreign and international tribunal’ under Section 1782.* – Acesso neste link: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-401/215546/20220302173954546\\_21-401%2021-518%20sac%20George%20A%20Bermann%20Robert%20H%20Smit%20D%20Brian%20King%20Ruth%20Teitelbaum%20And%20Lucas%20Bento.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-401/215546/20220302173954546_21-401%2021-518%20sac%20George%20A%20Bermann%20Robert%20H%20Smit%20D%20Brian%20King%20Ruth%20Teitelbaum%20And%20Lucas%20Bento.pdf). A Corte de Arbitragem da CCI, em conjunto com o U.S. Council for International Business, também se pronunciaram no caso, embora sem tomar partido por qualquer parte. A conclusão da *brief* foi a seguinte: *For the avoidance of doubt, amici do not express a view on the outcome of the present case on the particular facts of this case, or whether Section 1782 applies generally to private commercial arbitrations. Rather, for the aforementioned reasons, assuming the Court holds that Section 1782 is available in aid of private commercial arbitrations, amici respectfully request that the Court re-emphasize and make it explicit that the views of the constituted arbitral tribunal should be given a very high degree of deference under the Intel factors.* – Acesso neste link: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-401/211841/20220131154614744\\_2022.01.31%20ICC-USCIB%20Brief.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-401/211841/20220131154614744_2022.01.31%20ICC-USCIB%20Brief.pdf).

navega nas águas da busca pela recíproca cortesia judicial na esfera internacional (*comity*). Neste ponto, a decisão expressamente consignou que permitir *federal courts to assist foreign and international governmental bodies promotes respect for foreign governments and encourages reciprocal assistance*.

Em terceiro lugar, a Suprema Corte enfrentou a existência de tensão entre o *discovery* de que trata o auxílio atinente à Seção 1782 com o contido na Seção 7 do *Federal Arbitration Act*, caso o julgamento entendesse que a Seção 1782 também estaria a absorver arbitragens internacionais privadas. Nesse particular, a Corte ressaltou dois pontos: *the FAA permits only the arbitration panel to request discovery ... while district courts can entertain §1782 requests from foreign or international tribunals or any 'interested person' e prearbitration discovery is off the table under the FAA but broadly available under §1782*. Em síntese, a Corte preocupou-se em evitar que o ordenamento jurídico norte-americano contemplasse dois mecanismos distintos para *discovery* em arbitragens, possibilitando, ao fim e ao cabo, a utilização supostamente mais expansiva para um (Seção 1782 do *U.S. Code*) do que para o outro (Seção 7 do *FAA*).

Em quarto lugar, a Corte indicou os motivos pelos quais nenhum dos tribunais arbitrais examinados se enquadrariam no conceito de órgão adjudicatório governamental (ou intergovernamental). A Suprema Corte não enfrentou maiores dificuldades para entender a origem e características do *tribunal* no caso *ZF Automotive*, claramente privado, em que não havia elemento governamental envolvido na disputa. As dificuldades surgiram em relação à arbitragem de investimento *ad hoc*, pois nela havia, em um dos polos processuais, a Lituânia, além de a cláusula compromissória estar contida em um BIT, firmado e ratificado por Estados soberanos, ao invés de um contrato celebrado exclusivamente entre particulares. Um dos argumentos colocados pelos defensores da aplicação da Seção 1782 foi de que esses derradeiros elementos, em conjunto, dariam roupagem governamental ao painel arbitral *ad hoc*.<sup>12</sup> Mas a Suprema Corte não se convenceu disso.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Consta de decisão o seguinte: *The ad hoc arbitration panel at issue in the Fund's dispute with Lithuania presents a harder question. A sovereign is on one side of the dispute, and the option to arbitrate is contained in an international treaty rather than a private contract. These factors, which the Fund emphasizes, offer some support for the argument that the ad hoc panel is intergovernmental.*

<sup>13</sup> *Yet neither Lithuania's presence nor the treaty's existence is dispositive, because Russia and Lithuania are free to structure investor-state dispute resolution as they see fit. What matters is the substance of their agreement: Did these two nations intend to confer governmental authority on an ad hoc panel formed pursuant to the treaty? (...) And nothing in the treaty reflects Russia and Lithuania's intent that an ad hoc panel exercise governmental authority.*

A matéria pode ainda ser, no futuro, debatida diante da criatividade interpretativa do advogado de *common law*, para separar as características e alcance do precedente com um novo caso. No momento, porém, é certo que a Suprema Corte resolveu um importante dissídio (*circuit split*), estabelecendo um norte para os sujeitos processuais de tribunais estrangeiros que desejam obter assistência judicial norte-americana. Ao menos agora as empresas e seus advogados podem preparar e desenvolver suas linhas de defesa tendo em conta um cenário mais tangível no tocante à interpretação da Seção 1782.

De qualquer maneira, a permissão antes existente nos Circuitos Federais que admitiam a Seção 1782 não gerava automática e necessariamente intransponível vantagem estratégica a partes estrangeiras *vis-à-vis* de partes norte-americanas face à inexistência de regra similar à Seção 1782 em outros países. Isso porque, em arbitragens internacionais, o “senhor das provas” e seu último destinatário é sempre o árbitro. Afastar-se do comando do árbitro e colher provas *elsewhere*, para uso no processo arbitral, nem sempre trazia o efeito positivo inicialmente esperado, sem contar a eventual turbulência processual que pode decorrer do descompasso do que possa ter sido discutido e acordado na arbitragem, em especial nos *Terms of Reference*, *Case Management Conferences*, *Preliminary Hearings* e *Status Conferences*. O eventual distanciamento procedimental e instrutório do que foi acordado entre as partes e o árbitro deve ser bem refletido e sopesado pela parte que busca arrimo na Seção 1782.

Por isso que, na maioria das vezes, o uso da Seção 1782 se dava, até a decisão da Suprema Corte, *antes* da constituição do tribunal arbitral, evitando, assim, que a parte interessada criasse embaraços com iniciativas instrutórias que viessem a passar ao largo do árbitro escolhido – debaixo de regras mutuamente aceitas – para conhecer e proferir decisão ao caso. Não raro, e preocupadas com a possível disparidade de armas procedimentais, partes norte-americanas inseriam expressa previsão na cláusula arbitral, ou nos eventos processuais acima exemplificados, válvula de expresse bloqueio ao uso da Seção 1782. Desta forma, evitavam o surgimento surpreendente de uma prova colhida fora do espectro de atuação direta do tribunal arbitral.

Todavia, a situação encontra-se menos apaziguada no âmbito das arbitragens de investimento. Ao contrário das arbitragens privadas, não ficou clara a inaplicabilidade do uso da Seção 1782 como medida de apoio em arbitragens de investimento. No caso emanado de BIT, envolvendo o Estado da Lituânia, a Suprema Corte limitou-se a afastar o enquadramento do tribunal arbitral *ad hoc* do

conceito de órgão adjudicatório governamental. O futuro dirá se, à luz de características específicas, outros painéis arbitrais provenientes de arbitragens de investimento serão considerados *foreign or international tribunals* pela justiça federal norte-americana, o que poderá reabrir a porta do debate sobre o alcance do *discovery* relacionado a tribunais arbitrais estrangeiros, com fundamento na Seção 1782.

Tendo em vista o quase inexistente uso de BITs pelo Brasil – o que afasta a importância da discussão no âmbito de arbitragens de investimento (salvo quando há *treating planning* por empresas brasileiras) –, a decisão da Suprema Corte, na prática, não traz direta repercussão adversa em arbitragens internacionais comerciais. Se é certo que uma empresa brasileira que litiga contra um empresa norte-americana em uma arbitragem administrada pela CCI, em Paris, não poderá mais invocar a Seção 1782, perante uma corte norte-americana, para obter provas contra a empresa localizada nos EUA, é igualmente certo que, mesmo antes da decisão da Suprema Corte, a prática já indicava uma tendência pelo não uso desse instrumento processual, pois invocar a Seção 1782 poderia, como antes comentado, ir de encontro aos acordos “intra-arbitrais” existentes.

De qualquer sorte, a disponibilidade quanto à solicitação de provas, via Seção 1782, não significava – e não significa – dizer que sua obtenção seria deferida, pois tanto as *U.S. district courts* têm discricionariedade para rejeitar pedidos de *discovery*, quanto os árbitros, dentro do princípio do livre convencimento motivado, podem relativizar sua importância se considerar excessivas ou irrelevantes as provas que lhe chegam.

Há, como se sabe, outros mecanismos frequentemente utilizados para a obtenção de provas em arbitragens internacionais, sobretudo documentais, a exemplo da tabela denominada *Redfern Schedule*, somada a utilização, normalmente como guia, das regras da *International Bar Association* sobre coleta de provas em arbitragem internacional.<sup>14</sup> O *discovery*, mais ou menos extenso, discutido no curso do processo arbitral continuará sendo uma opção, a depender da vontade das partes e do que os árbitros considerarem relevante, em termos probatórios, para o caso concreto.

O regulamento de arbitragem do *International Centre for Dispute Resolution* (“ICDR”), braço internacional da Associação Americana de Arbitragem (“AAA”), contempla expressamente uma

---

<sup>14</sup> Acesso em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>.

regra com recado específico a advogados habituados com o *discovery* na sua feição norte-americana, sobre as diferenças e características da arbitragem internacional. O artigo 24, item 10 do regulamento de arbitragem do ICDR, vigente desde 2021, estabelece que *[d]epositions, interrogatories, and requests to admit as developed for use in U.S. court procedures generally are not appropriate procedures for obtaining information in an arbitration under these Rules.*<sup>15</sup>

À luz do direito brasileiro, a carta arbitral é uma ferramenta importante no cenário de cooperação entre os juízos arbitral e judicial.<sup>16</sup> Ainda que o texto do art. 22-C da Lei de Arbitragem pareça limitar o uso dessa ferramenta ao território brasileiro, é possível adotá-la, em tese e com os devidos ajustes, para que tribunais judiciais brasileiros, recepcionando pedido de árbitro, ou analisando direto pedido da parte – sobretudo antes de constituído o tribunal arbitral –, busquem cooperação da justiça federal norte-americana a fim de obter determinados documentos e depoimentos de pessoas lá localizadas. A questão aqui pende mais para o debate acadêmico, pois, em termos práticos, a incerteza decorrente da sua admissibilidade e, quiçá em maior extensão, o risco de eternizar a arbitragem – que ficaria a mercê do encaminhamento, cumprimento e retorno da prova deferida por juiz estrangeiro – parecem criar natural desestímulo ao seu uso.

Aliás, os autores não têm conhecimento de pedido de colaboração de árbitro brasileiro à autoridade judicial brasileira para, a partir daí, obter auxílio de autoridade judicial norte-americana. Tampouco se tem notícia, mesmo antes da decisão em comento da Suprema Corte, de expedição de carta arbitral de árbitro com sede no Brasil para autoridade judicial norte-americana. O árbitro normalmente busca cooperação entre as próprias partes, no ambiente intra-arbitral, visando à recepção do que é relevante e material à sua análise e decisão da controvérsia, podendo – em situações menos usuais – se valer do instituto da inferência negativa. Poderá também o árbitro, a depender da situação, aplicar regras de ônus da prova para julgar em desfavor da parte que não se desincumbir de seu ônus. Portanto, e salvo melhor juízo, é apressado concluir no *day after* que a decisão da Suprema Corte trouxe ou trará impactos negativos às arbitragens com sede no Brasil.

---

<sup>15</sup> Acesso em: [https://www.icdr.org/sites/default/files/document\\_repository/ICDR\\_Rules\\_1.pdf?utm\\_source=icdr-website&utm\\_medium=rules-page&utm\\_campaign=rules-intl-update-1mar](https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar).

<sup>16</sup> Lei de Arbitragem: Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

Outra possibilidade que poderia ser ventilada é da parte interessada ajuizar uma ação de produção antecipada de prova, com base no art. 381 do Código de Processo Civil brasileiro.<sup>17</sup> Essa ação será admitida, por exemplo, quando a prova que se almeja obter vise ao ajuizamento da ação principal ou para preservar uma prova que pode se tornar impossível de obter durante o curso do processo a ser iniciado. A exemplo da carta arbitral, a dificuldade – de ordem prática em disputas internacionais – quanto ao uso do remédio processual estampado no artigo 381 parece residir no seu § 2º: “A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.” Eventualmente, determinada prova sob a posse e custódia de subsidiária brasileira (da empresa estrangeira) que ativamente participou das negociações e execução do contrato, mas que não foi arrolada como parte na arbitragem, pode, em tese, ser objeto de pedido ao tribunal arbitral. Mas o cenário demandaria análise cautelosa e minuciosa de todas as circunstâncias do caso, das partes envolvidas e da extensão da cláusula arbitral, sendo prematuro qualquer conclusão abstrata e genérica sobre o assunto.

Feitas essas embrionárias reflexões sobre a Seção 1782, bem como suas consequências nas arbitragens com sede no Brasil, conclui-se que a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *ZF Automotive* não parece refletir prejudicialmente aos *players* brasileiros que litigam em arbitragens internacionais quando estão envolvidas partes norte-americanas. Há outros mecanismos de obtenção de provas disponíveis, inclusive o *discovery* dentro do discutido e acordado entre as partes e tribunal arbitral, além da existência das Regras da IBA e outras *soft laws* à disposição dos envolvidos.

A arbitragem está em constante desenvolvimento e aprimoramento, visando a sua maior eficiência e consequente redução do dispêndio de tempo e custos de seus usuários. A imediata recepção dos modelos de audiências virtuais, em casos internacionais, é testemunho desta capacidade de adaptação. O *discovery*, em maior ou menor extensão, representa uma fase relevante na arbitragem, como em qualquer processo adjudicatório. Neste contexto, a decisão da Suprema Corte dos EUA sobre a limitação na aplicação da Seção 1782 deve ser vista com lentes apropriadas levando em consideração o seu verdadeiro impacto (teórico e prático), tomando-se por base as características

---

<sup>17</sup> CPC: Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

da arbitragem internacional e sua constante evolução à luz das evoluções legislativas e jurisprudenciais.

O futuro dirá se outros casos surgirão envolvendo temas relacionados à Seção 1782 nos quais seja possível diferenciá-los do precedente ora estabelecido. O futuro igualmente dirá se a decisão da Suprema Corte encerrou de fato a discussão tanto para arbitragens comerciais internacionais, quanto para arbitragens de investimento. Por fim, o futuro há de dizer se o referido julgado trouxe restrição a participantes de processo arbitral, cuja sede situa-se, por exemplo, no Brasil, ou se apenas igualou o uso das ferramentas probatórias para todos os envolvidos, deixando o princípio do *international comity* para processos judiciais. Independentemente do que dirá o futuro, a arbitragem continuará a se desenvolver, se ajustar e a permanecer um instigante e adequado método de resolução de disputas na seara internacional.