

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO

PROVAS ILÍCITAS E ARBITRAGEM

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO

PROVAS ILÍCITAS E ARBITRAGEM

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Avolio, Luiz Francisco Torquato
Provas ilícitas e arbitragem ; Luiz Francisco
Torquato Avolio ; orientador Marcelo José Magalhães
Bonizzi -- São Paulo, 2021.
284 f.
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2021.

1. Arbitragem. 2. Provas. 3. Prova Ilícita. 4.
Livre conhecimento. 5. Admissibilidade. I. Bonizzi,
Marcelo José Magalhães , orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Luiz Francisco Torquato Avolio

Título: Provas ilícitas e arbitragem

Natureza: Tese de Doutorado

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Orientador: Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi

Área de Concentração: Direito Processual

Data da Banca: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi (Orientador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI pela orientação acadêmica, que incluiu a indicação de artigos e o providencial empréstimo de relevantes obras jurídicas durante a pandemia, assim como pela minha inclusão em grupo de estudos sobre Ética e Autoregulação da Arbitragem. Nele encontrei o constante apoio, incentivo e amizade, que me proporcionaram o indispensável alargamento da minha visão e coragem para, ao cabo da minha longa atividade como Procurador do Estado, encarar esse novo desafio na área acadêmica, em continuidade com os estudos empreendidos nesta Faculdade de Direito.

Aos Professores WILLIAM SANTOS FERREIRA e RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO pelas correções e sugestões que apresentaram durante o exame de qualificação, e, em especial, a este último, pelas valiosas críticas no início do desenvolvimento da tese.

Aos professores e colegas do Doutorado, pela gentil acolhida, amizade e constante intercâmbio de conhecimentos em áreas afins sobre provas e nas noções sobre epistemologia jurídica, hauridas das aulas e obras dos Professores GUSTAVO HENRIQUE IVAHI BADARÓ e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO.

Ao colega da Pós-Graduação, RENATO KIM BARBOSA, pela amizade e apoio de sempre.

Aos amigos e ex-colegas da Procuradoria Geral do Estado, MARIA HELENA MARQUES BRACEIRO DANELUZZI e MARCUS VINICIUS ARMANI ALVES, pelas sugestões.

À minha família, pelo tempo afastado do seu convívio, e por todo o apoio.

As decisões arbitrais não podem ressentir-se de erros cometidos contra a evidência dos fatos ou contra a certeza resultante das provas? Isso é inegável. Mas não haveria nada de mais nocivo à autoridade da arbitragem que garantir a semelhantes julgamentos o privilégio da incontestabilidade. Convém lembrar que a arbitragem só é um instrumento de paz por ser um instrumento de justiça. Seria, portanto, ilógico sacrificar os interesses da justiça aos interesses da paz. A paz só é louvável quando se baseia no direito. A revisão é uma garantia disso, nos casos de erro de sentença.

Discursos de Rui Barbosa em Haia. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2007. p. 148-149.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas e arbitragem*. 2021. 284f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

RESUMO

O presente estudo é dedicado ao tema da prova ilícita na arbitragem, com sua repercussão na formação do convencimento do árbitro, em consonância com as garantias que um processo justo e equitativo impõe às partes e aos julgadores. A tutela processual de supremos valores da Constituição, pela ampla e dogmática vedação à admissibilidade das provas ilícitas no sistema brasileiro, deve permear qualquer tipo de processo, evitando-se, assim, que o uso de provas vedadas se constitua em redobrada violação dos direitos fundamentais. Por outro lado, o mais aprofundado enfoque sobre a origem e natureza da prova supostamente inadmissível poderia ensejar o manejo de provas em menor grau ou não propriamente ofensivas a essas regras e princípios, evitando que se esvazie por completo o direito à prova, comprometendo-se, por consequência, o princípio da demanda ou da ampla defesa. Nesse caso, abre-se a discussão sobre se o aporte de provas ilícitas ao processo simplesmente as legitimaria à luz do princípio da comunhão (ou aquisição) da prova, ou se poderiam ser consideradas *subjetivamente* ilícitas tão somente quando deduzidas contrariamente ao titular dos direitos violados, mas ao mesmo tempo lícitas para demonstrar a ocorrência de uma violação a esses direitos. No tocante às consequências práticas, se a decisão, contaminada pelo acolhimento de prova ilícita, ou, ao revés, que deixou de considerá-la, no que pertinente, comprometer o livre convencimento do árbitro, pode ensejar ação de nulidade por violação do art. 32, inciso VIII c.c. art. 21, § 2º da LA, afetando, por arrasto, os princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do árbitro. Excepcionalmente, nos casos em que se afigure a inexistência da decisão pela fundamentação exclusiva em prova ilícita, seria possível cogitar do manejo de ação declaratória, mesmo após decorrido o prazo decadencial da ação anulatória.

Palavras-chave: Arbitragem. Provas. Prova Ilícita. Árbitro. Livre conhecimento. Admissibilidade. Princípios da demanda e da ampla defesa. Aquisição de provas. Ação de nulidade. Princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do árbitro. Prazo de Impugnação. Ação declaratória.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Illicit evidence and arbitration*. 2021. 284p. PhD Thesis, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

ABSTRACT

The study is dedicated to the theme of illegal evidence in arbitration, with its repercussion in the formation of the arbitrator's conviction, in line with the guarantees that a fair and equitable process imposes on the parties and judges. The procedural protection of the supreme values of the Constitution, by the broad and dogmatic prohibition of the admissibility of illicit evidence in the Brazilian system, must permeate any type of process, thus preventing the use of prohibited evidence from constituting a redoubled violation of fundamental rights. On the other hand, a deeper focus on the origin and nature of the supposedly inadmissible evidence could lead to the handling of evidence to a lesser degree or not properly offensive to these rules and principles, preventing the right to proof from being completely emptied, compromising, consequently, the principles of demand and full defense. In this case, a discussion arises as to whether the provision of illicit evidence to the process would simply legitimize them in light of the principle of sharing (or acquisition) of evidence, or whether they could be considered subjectively illicit only when deducted contrary to the holder of the violated rights, but at the same time lawful to demonstrate the occurrence of a violation of these rights. With regard to practical consequences, if the decision, contaminated by the acceptance of unlawful evidence, or, on the other hand, which failed to consider it, as pertinent, compromises the arbitrator's free conviction, it may give rise to an action of nullity for violation of art. 32, item VIII c.c. art. 21, § 2 of the LA, affecting, by drag, the principles of equality of the parties and the impartiality of the arbitrator. Exceptionally, in cases where it appears that the decision does not exist on the exclusive basis of unlawful evidence, it would be possible to consider handling a declaratory action, even beyond the deadline for the annulment action.

Key Words: Arbitration. Evidence. Illicit proof. Arbitrator. Free knowledge. Admissibility. Principles of demand and full defense. Acquisition of Evidence. Nullity action. Principles. Equality of the parties and impartiality of the arbitrators. Deadline. Declaratory action.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Prove illecite e arbitrato*. 2021. 284f. Tesi (Dottorato). Facoltà di Diritto dell'Università di São Paulo, 2021.

RIASSUNTO

Lo studio è dedicato al tema delle prove illecite in arbitrato, con le sue ricadute nella formazione della persuasione libera dell'arbitro, in linea con le garanzie che un giusto ed equo processo impone alle parti e ai giudici. La tutela procedurale dei valori supremi della Costituzione, attraverso il divieto ampio e dogmatico dell'ammissibilità delle prove illecite nell'ordinamento brasiliano, deve permeare ogni tipo di processo, impedendo così che l'uso di prove vietate costituisca una raddoppiata violazione dei diritti fondamentali. D'altro canto, una maggiore attenzione all'origine e alla natura della presunta inammissibilità delle prove potrebbe portare a un trattamento delle prove in misura minore o non propriamente offensivo per queste regole e principi, impedendo che il diritto alla prova venga completamente svuotato, compromettendo, di conseguenza, il principio della domanda e della difesa. In questo caso si pone la discussione se la fornitura di prove illecite al processo le giustificerebbe semplicemente alla luce del principio della acquisizione delle prove, o se potrebbero considerarsi soggettivamente illecite solo quando dedotte in contrasto con il titolare dei diritti violati, ma al tempo stesso legittimato a dimostrare il verificarsi di una violazione di tali diritti. Quanto alle conseguenze pratiche, se la decisione, contaminata dall'accettazione di prove illecite, o, per contro, che non la ha ritenuta pertinente, compromette la persuasione libera dell'arbitro, può dar luogo ad azione di nullità per violazione dell'art. 32, articolo VIII c.c. art. 21, § 2 della LA, ledendo, per trascinamento, i principi di uguaglianza delle parti e l'imparzialità dell'arbitro. Eccezionalmente, nei casi in cui risulti che la decisione non sussiste sulla base esclusiva di prove illecite, si potrebbe considerare di trattare un'azione dichiarativa, anche dopo la scadenza dei termini di proposizione dell'azione di annullamento.

Parole chiave: Arbitrato. Prove. Prove illecite. Arbitro. Persuasione libera. Ammissibilità delle prove. Principi della domanda e della difesa. Principio della acquisizione. Impugnazione per nullità del lodo. Principi della uguaglianza e dell'imparzialità dell'arbitro. Azione d'annullamento. Termini. Azione dichiarativa.

SUMÁRIO

DELIMITAÇÃO DO TEMA E ESTÁGIO ATUAL DA DISCUSSÃO	11
PLANO DE TRABALHO	17
I. A PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS	19
1. Contextos e finalidade	19
2. Terminologia da prova: a polissemia do termo refletida nos elementos e momentos probatórios.....	28
3. A prova no moderno processo civil brasileiro	32
4. Natureza jurídica da prova: relevância da discussão no processo arbitral	36
II. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA, COGENTES, E DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	40
1. Distinções	40
1.1. Normas de ordem pública	41
1.2. Normas cogentes	45
1.3. O <i>iura novit curia</i> na arbitragem.....	50
1.4. Normas de proteção aos direitos fundamentais	54
2. Princípios probatórios aplicáveis à arbitragem	65
2.1. Contraditório e ampla defesa.....	65
2.2. Direito à prova: princípio ou garantia?	67
2.3. Proibição de ciência privada do árbitro	72
2.4. Ônus da prova: princípio ou regra?	77
2.5. <i>Standards</i> probatórios na arbitragem	80
2.5.1. Enfoque dos <i>olhos fechados</i>	83
2.5.2. Enfoque da <i>tolerância zero</i>	85
2.5.3. O papel proativo dos árbitros	87
2.5.4. Não executoriedade das decisões contrárias à ordem pública.....	88
2.6. Atipicidade das provas	90
2.7. Necessária racionalidade do acerto e a relevância das provas	92
2.8. Influência da prova ilícita sobre a racionalidade da decisão	95
III. A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	97
1. A prova ilícita no processo judicial e na arbitragem	97
1.1. Sistema anglo-americano.....	97
1.2. Países de <i>Civil law</i>	101
1.2.1. França.....	101
1.2.2. Itália	103

1.2.3. Portugal.....	108
1.2.4. Espanha.....	110
1.3. A prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro	111
1.4. As provas ilícitas por derivação	115
2. Provas ilícitas e ilegítimas: utilidade da distinção	118
3. Consequência da admissibilidade da prova ilícita	122
4. Disciplina da prova ilícita na <i>soft law</i>	123
IV. ÁRBITROS E JUIZ: A COMPARAÇÃO POSSÍVEL NO TOCANTE À	
ATIVIDADE PROBATÓRIA	129
1. Natureza da arbitragem e da atividade do árbitro	129
2. Independência e imparcialidade do juiz e do árbitro: fundamentos	137
3. Haveria uma equiparação nos poderes instrutórios?.....	143
4. O dever comum de motivação.....	146
V. MEIOS DE PROVA TÍPICOS E ATÍPICOS NA ARBITRAGEM	157
1. Meios de prova e sua filiação aos sistemas jurídicos: possibilidade de combinação de regras na prática arbitral	157
2. Meios de prova típicos.....	159
2.1. Prova documental analógica, eletrônica e digital	159
2.2. Prova em poder de uma das partes ou de terceiro	168
2.3. Depoimento pessoal e prova testemunhal.....	169
2.4. Testemunho do advogado da parte.....	174
2.5. Prova pericial.....	177
2.6. <i>Discovery</i>	181
2.7. Produção antecipada de provas na arbitragem	184
3. Prova emprestada: conceito, fundamento e aplicação	188
4. Meios de prova atípicos e inominados. Interceptação telefônica, gravação clandestina e interceptação ambiental e de fluxos telemáticos.....	190
4.1. Interceptação telefônica	190
4.2. Gravação clandestina	191
4.3. Gravação ambiental.....	195
4.4. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.....	197
4.5. Divulgação do conteúdo de negociação privada: a regra do <i>without prejudice</i>	198
4.6. Interceptação de fluxos telemáticos, privacidade e proteção de dados.....	200
VI. APLICAÇÃO DO CÂNONE DA PROPORCIONALIDADE	205
1. O cânone ou regra da proporcionalidade.....	205
2. Balanceamento de valores no campo probatório	210
3. Casuística.....	214
3.1. Provas supostamente ilícitas no direito desportivo	214

3.2. Arbitragem Internacional e o dilema do Autor	218
3.2.1. <i>Caso Canal de Corfu</i>	220
3.2.2. <i>Caso Irã-Contras</i>	220
VII. RESULTADO PROBATÓRIO NA DECISÃO ARBITRAL	222
1. Resultado probatório e a importância do juízo dos fatos	222
2. Formas de controle da decisão arbitral	226
3. Posições doutrinárias sobre a nulidade e inexistência da sentença arbitral.....	230
4. Ausência de imparcialidade do árbitro, prova ilícita e suas consequências jurídicas: nulidade e anulação da decisão arbitral	234
VIII. CONCLUSÕES GERAIS	238
IX. CONCLUSÃO FINAL: SOBRE O CABIMENTO DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DAS DECISÕES ARBITRAIS QUE ADMITEM PROVA ILÍCITA APÓS O DECURSO PRAZO NONAGESIMAL	245
1. O enquadramento da decisão fundada em prova ilícita nas hipóteses do art. 32 da LA, ou para além desse dispositivo, seria um rol taxativo?.....	248
2. Segue: análise da proposição de que “toda prova ilícita” aceita pelo árbitro produziria esse efeito de anulação da decisão	251
3. Segue: nem toda violação de direitos fundamentais pelos árbitros produziria o efeito de tornar ilícita a prova	252
4. Por analogia, o mesmo ocorreria no processo judicial, no âmbito da rescisória, se o juiz aceitasse prova ilícita?.....	254
5. Da não sobrevivência da decisão arbitral fundada em prova ilícita após o decurso do prazo nonagesimal	257
REFERÊNCIAS	262

DELIMITAÇÃO DO TEMA E ESTÁGIO ATUAL DA DISCUSSÃO

O presente estudo é dedicado ao tema da prova ilícita na arbitragem, com sua repercussão na formação do convencimento do árbitro, em consonância com as garantias que um processo justo e equitativo impõe às partes e aos julgadores.

Para tanto, procuraremos nos afastar do mero *transportacionismo* de teorias do processo civil¹ para o processo arbitral, ao mesmo tempo em que evitaremos recair no puro *arbitralismo*, que vê esse ramo do Direito como um compartimento estanque.

Seguiremos, por isso, a orientação de eméritos doutrinadores, para quem seria de rigor a inserção da arbitragem na Teoria Geral do Processo. Sob pena de, ignorando-se a influência do Direito Constitucional Processual nesse campo, incorrer em sérios equívocos metodológicos e alcançar conclusões inaplicáveis ao nosso sistema jurídico.²

Apesar da crescente atenção da doutrina sobre a disciplina das provas no processo judicial, culminando com a construção do denominado *direito probatório*, pouco se tem estudado o tema com maior profundidade no processo arbitral.

Em especial, no tocante às provas ilícitas, de farta bibliografia no âmbito processual penal ou mesmo do direito constitucional, e não tão vasta no do processo civil, o tema aparece encartado nos domínios do direito probatório³, por vezes sem considerar a sua

¹Como adverte BARROCAS, Manuel Pereira. *Estudos de direito e prática arbitral*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 31, “[O] Código de Processo civil não foi pensado e elaborado para regular a arbitragem em geral e o processo arbitral em particular, sob pena de se transpor para a arbitragem a complexidade, quando não discussões doutrinárias e jurisprudenciais que não têm a ver com a arbitragem, desvirtuando e retirando-lhe as vantagens que lhe são próprias.”

²Nessa linha, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 365, ago. 2014.

³Como referem VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*. Paris: Presses Universitaires de France, 2015, p. 13, o direito probatório não abarca todos os aspectos da prova judiciária, sob uma concepção estrita, pois ao assimilar o direito das provas ao direito positivo sobre provas, conduz a negligenciar questões que não foram objeto de regulamentação própria, restringindo-se na França à análise aos cinco meios de prova previstos em lei (escritos, testemunhos, presunções, confissões e juramentos). Já, sob uma concepção mais ampla, leva-se em consideração meios de prova não expressamente previstos, quais sejam, todos os meios que sirvam para estabelecer a existência de um fato, nominados ou inominados. Além disso, compreende as operações intelectuais envolvidas na apreciação das provas (inferência, generalização, indução/dedução, não-contradição, etc), que derivam da lógica e da racionalidade geral. No Brasil, sobre esse último aspecto, v. FLACH, Daisson. Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro. In: JOBIM, Marco Feliz; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 745-770.

inserção com o direito material⁴, e, sobretudo, na visão que procuraremos descortinar, com os direitos fundamentais.

Essa tutela processual de supremos valores da Constituição, pela ampla e dogmática vedação à admissibilidade das provas ilícitas, deve permear qualquer tipo de processo, evitando-se, assim, que o uso de provas vedadas se constitua em redobrada violação dos direitos fundamentais.

No plano do processo arbitral, discute-se sobre a necessidade de uma legislação ou regulamentação específicas sobre a matéria probatória, o que, atualmente, constitui aspiração de arbitralistas na Europa continental. Não sem receio dos inevitáveis desafios e possíveis divergências, mormente no tocante à consagração do princípio *Iura novit curia*.⁵

A opção do legislador pátrio de não disciplinar mais detidamente o processo arbitral, ainda que nosso sistema jurídico disponha de lei específica sobre arbitragem, tem sua razão de ser no caráter privado do instituto e na liberdade contratual das partes, conferindo-lhe a tão decantada flexibilidade dos ritos, que se supõe restar comprometida pelo advento de novas regras.

Pois, a constituir a arbitragem, reconhecidamente, meio jurisdicional de solução de conflitos, fundado, porém, em base contratual, possuem as partes o poder de pactuarem, não somente quanto à escolha dos julgadores (árbitro ou painel arbitral) mas, igualmente, no tocante ao próprio procedimento como um todo - respeitadas os regulamentos das Câmaras

⁴Como alerta BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 12, “Na concepção de direito processual não se pode prescindir do direito material, sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos. Sua razão de ser consiste no objetivo a ser alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas meios adequados para a defesa de seus interesses”. Daí a visão *instrumentalista* do processo, enquanto instrumento ético, visando o acesso à ordem jurídica justa, mediante a adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, vale dizer, à realização do direito material.

⁵SILVA, Paula Costa e. A prova do direito em processo arbitral: *iura novit curia*. *Academia.edu*. Disponível em: https://www.academia.edu/37744157/Prova_no_processo_arbitral_Revista_Processo_Comparado, entende que o Estatuto de Praga se afigura como uma alternativa às Regras da IBA, da *common law* para a regulamentação da matéria probatória no campo da *civil law*. O tema, por si, envolve a reflexão trazida na conclusão da autora sobre as consequências dessa regulamentação: “A entrada em cena de novas regras sobre produção de prova em processo arbitral trará consigo desafios inevitáveis, especialmente naquilo em que se detectarem divergências face ao que era conhecido. O facto de nas regras de Praga se afirmar, expressamente, a vigência do princípio *iura novit curia* entreabre uma porta para um problema metodológico de extrema relevância. Afinal que estatuto tem o Direito? E será todo o Direito igual? E, se o não é, não o é por essência ou por contingência acoplada àquele que o diz?” Entre nós, ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2018. p.345, conclui que “prevalece a *diversidade de perspectivas* tanto no tema do *iura novit curia*, quanto no tema da aplicação das normas cogentes pelo árbitro e do controle da ordem pública”.

Arbitrais e as diretrizes de *soft law* porventura aplicáveis -, o que inclui a produção de provas e o exame da sua admissibilidade, aos fins da decisão.

Por outro lado, avulta a cada dia o impacto que novas tecnologias e concepções sociais tem trazido ao campo dos direitos fundamentais, fazendo, como assinala Marcelo José Magalhães Bonizzi, que os julgamentos dependam cada vez menos das provas convencionais⁶.

O emprego da chamada inteligência artificial, que permeia nossas atividades cotidianas no intenso trato com o mundo virtual, já vai se tornando comum no âmbito judiciário e da arbitragem. Haveria, contudo, o risco de uma ferramenta útil do ponto de vista organizacional de dados, por via de algoritmos, vir a se tornar um padrão de julgamento⁷. Infenso, porém, ao conhecimento pelas partes sobre os parâmetros utilizados na formulação desses algoritmos, qual seja, o conteúdo dessa “caixa preta”, que pode envolver vieses decisivos para o julgamento das causas.

Emergem, assim, paralelamente ao avanço tecnológico, relevantes questões de ordem legal e ética, na medida em que a lisura do procedimento seja comprometida pelo emprego de meios de prova que atentem contra a dignidade da pessoa humana e outros princípios e

⁶BONIZZII, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 22, para quem “parece não haver dúvidas de que o ritmo crescente da tecnologia fará com que, no futuro, o avanço forneça um material excepcionalmente vasto ao juiz, de modo a permitir que os julgamentos dependam cada vez menos das provas convencionais, como a testemunhal, quase sempre sujeitas a desconfiças das partes e até do próprio juiz.” A propósito da prova testemunhal, a neurocientista Lisa Genova explica que “um cérebro saudável esquece rapidamente a maior parte do que passa para a percepção consciente. Os fragmentos de experiência que são codificados na memória de longo prazo são então sujeitos à “edição criativa”. Lembrar um evento é reimaginá-lo; ao reimaginar, introduzimos inadvertidamente novas informações, muitas vezes coloridas por nosso estado emocional atual. Um sonho, uma sugestão e até mesmo a mera passagem do tempo podem deformar uma memória. É preocupante perceber que três em cada quatro prisioneiros que mais tarde são absolvidos por meio de provas periciais de DNA foram inicialmente condenados com base no depoimento de uma testemunha ocular”. “Você pode estar 100% confiante em sua memória vívida”, escreve Genova, “e ainda estar 100% errado.” KORTAVA, David. A neuroscientist’s poignant study of how we forget most things in life. *The New Yorker*, Mar. 30, 2021. Disponível em: <https://www.newyorker.com/recommends/read/a-neuroscientists-poignant-study-of-how-we-forget-most-things-in-life>.

⁷V. a propósito, WOLKART, Erik Navarro; NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2021. V. ainda, ROSA, Alexandre Moraes da. Inteligência artificial e direito: ensinando um robô a julgar. *Consultor Jurídico*, 04 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robo-julgar>, no tocante aos aspectos éticos da IA e suas possibilidades para um controle democrático das decisões, ou seja, *accountability*, “Daí a razão da recém editada Res. 332 CNJ pontuar em seu art. 25: “qualquer solução computacional do Poder Judiciário que utilizar modelos de Inteligência Artificial deverá assegurar total transparência na prestação de contas, com o fim de garantir o impacto positivo para os usuários finais e para a sociedade”. (...) “Por óbvio, não se cometeu a ingenuidade de se crer que o emprego deste tipo de tecnologia se preste para qualquer litígio no atual estágio do emprego da IA e em face dos verdadeiros riscos que são apresentados, por exemplo, pelos vieses algorítmicos.” (...)” Quanto às opiniões enviesadas dos algoritmos, são criticáveis tanto quanto as dos juízes.”

garantias constitucionais (privacidade, inviolabilidade do domicílio, da correspondência e do sigilo telefônico e dados, ou do sigilo profissional, p. ex.), assim como comandos algorítmicos que possam influir na formação do convencimento do julgador.

Deve-se atentar, ainda, para as formas de aquisição de provas que se afigurem, sob algum aspecto relevante, imorais ou antiéticas, por violadoras do *fair play* (jogo limpo) entre as partes, a ser garantido pelo árbitro.

Por outro lado, o mais aprofundado enfoque sobre a origem e natureza da prova supostamente inadmissível poderia ensejar o manejo de provas em menor grau ou não propriamente ofensivas a essas regras e princípios, evitando que se esvazie por completo o direito à prova, comprometendo-se, por consequência, o princípio da demanda.

Do ponto de vista do julgador, partimos da premissa, traçada pela doutrina, de que “a liberdade de apreciação das provas não significa ausência de regras a que o julgador deve recorrer no momento da valoração do material probatório”⁸. Ou seja, o livre convencimento do juiz - assim como o do árbitro -- não é objetivamente livre, nem tampouco ilimitado.

Emergem daí importantes questões, *a priori* de saber-se se há regras cogentes, aplicáveis às partes e aos árbitros, independentemente da sua natureza, de direito material ou processual, pertinentes aos momentos da proposição, admissão e valoração da prova.

Eventualmente, será preciso refletir sobre a possibilidade de as partes apresentarem meios reconhecidamente vedados pelo ordenamento jurídico para a demonstração dos fatos que embasam a sua pretensão. Nesses casos, cumpriria sopesar a medida em que tais vedações restringiriam o seu direito à prova, colocando em xeque os princípios da demanda ou da ampla defesa.

A partir daí, analisaremos os meios de prova típicos ou atípicos de maior relevância na arbitragem, em conexão com os conceitos de prova ilícita e ilegítima.

No ensejo, cumprirá abordar-se o cânone⁹ da proporcionalidade e sua relevância para fins de admissibilidade de provas no processo arbitral, para se estabelecer, diante da colisão de direitos fundamentais, o melhor critério para se avaliar a predominância dos valores em jogo.

⁸Cf. NOBILI, Massimo, citado por Danilo Knijnik, em *A prova penal nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 16 e ss.

⁹Optamos pela expressão, em face da divergência doutrinária adiante apontada, entre regra e princípio, porque cânone ou cānon, termo derivado do grego κανόνας - que designa uma vara utilizada como instrumento de medida -, normalmente se caracteriza como um conjunto de regras sobre um determinado assunto.

No que toca aos árbitros, importa saber se deveriam assumir uma postura semelhante ao do juiz pouco atuante do modelo adversarial, que se limita a funcionar como moderador e tão somente proferir a decisão a final, e se disporiam, em face da presença de provas que se afigurem ilícitas, de plenos poderes instrutórios, indo além de eventuais disposições sobre a admissão de meios de prova previamente ajustadas pelas partes. Nesse caso, a questão é se poderiam, por seu turno, admitir ou deixar de admitir meios de prova em função de sua ilegalidade ou imoralidade.

Segue o questionamento, de ser possível, ou mesmo necessário, esboçar-se um adequado padrão (*standard*) probatório para cada tipo de arbitragem, com vistas à valoração das provas. Esses *standards* já foram delineados pela doutrina e jurisprudência nas arbitragens de investimento, envolvendo casos de corrupção, podendo servir de referência tanto para a admissão como para a rejeição de provas de origem ilícita, como ocorreu com a captura e vazamento criminoso de dados, posteriormente divulgados pelo WikiLeaks.

Essa valoração não fica restrita aos fatos alegados, impondo-se, sobretudo, um liame de racionalidade numa consideração sobre o encadeamento de todos os fatos relevantes trazidos ao processo, e de outros que poderiam permanecer à sombra, com conhecimento eventual pelo julgador. Como no caso de gravações sobre reuniões entre partes, advogados e peritos, ou mesmo fatos amplamente divulgados pela mídia ou que já constituam objeto de processos cíveis ou criminais.

Para a obtenção dessas provas, por vezes se faz necessária sua produção antecipada, por via arbitral (árbitro de emergência) ou judicial, tema que se afigura necessário abordar, ainda que restrito à questão da verificação da ilicitude dos meios de prova.

Nesse caso, ainda cabe a discussão sobre se o aporte de provas ilícitas ao processo simplesmente as legitimaria à luz do princípio da comunhão (ou aquisição) da prova, ou, como preconiza a doutrina portuguesa, se poderiam ser consideradas *subjetivamente* ilícitas tão somente quando deduzidas contrariamente ao titular dos direitos violados, mas ao mesmo tempo lícitas para demonstrar a ocorrência de uma violação a esses direitos.

Por fim, antevedendo as consequências práticas deste estudo, dispomo-nos a analisar que medidas se afigurariam aplicáveis à decisão que vier a ser formada, diante de uma deficiente ou arbitrária condução do fluxo instrutório na presença de provas ilícitas.

Vale dizer, se a decisão, contaminada pelo acolhimento de prova ilícita, ou, ao revés, que deixou de considerá-la, no que pertinente, compromete o livre convencimento do

árbitro, ensejando ação de nulidade por violação do art. 32, inciso VIII c.c. art. 21, § 2º da LA, afetando, por arrasto, os princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do árbitro.

Quiçá, excepcionalmente, nos casos em que se afigure a inexistência da decisão pela fundamentação exclusiva em prova ilícita, seria possível cogitar do manejo de ação declaratória, mesmo após decorrido o prazo decadencial da ação anulatória.

Como se vê, há na arbitragem muitas questões ainda sem solução, envolvendo as provas ilícitas, ao mesmo tempo em que é rarefeita a doutrina e jurisprudência, até por conta do sigilo das decisões, sendo estas as principais limitações, indagações e desafios com os quais nos defrontamos.

PLANO DE TRABALHO

De largada, trataremos das considerações gerais em relação à prova, encarada sob seus diversos contextos e finalidades, de modo a extrair-lhe as características comuns com a prova judiciária, e, a partir desta, com a prova no processo arbitral. Abordaremos, nessa primeira parte, questões terminológicas, a nosso ver essenciais para entender o fenômeno da prova no curso do processo, sob o enfoque da Teoria Geral do Processo, para alcançar a prova na moderna concepção do processo civil brasileiro e na arbitragem.

Revisitando, a seguir, polêmicas tradicionais, a velha questão da natureza jurídica da prova enseja reflexão sobre suas consequências práticas no processo arbitral. Pois aqui a liberdade de escolha dos ritos e de convenções sobre provas esbarra em categorias de normas impositivas, tais as normas de ordem pública, as normas cogentes e aquelas pertinentes à tutela de direitos fundamentais dos indivíduos, com seus reflexos no processo arbitral. Destaca-se a questão do *iuri novit curia* na arbitragem. Após esboçar a distinção entre essas categorias de normas, caberá enunciar os princípios processuais e constitucionais sobre a prova, aplicáveis à arbitragem. Para deduzir-se a sua eficácia em termos da admissibilidade dos meios de prova e da sua valoração, em conexão com referidas normas impositivas e em dilação sobre os *standards* probatórios na arbitragem.

A seguir, empreenderemos uma análise comparativa da prova ilícita no processo judicial com o processo arbitral, destacando a utilidade da distinção entre provas ilícitas e ilegítimas na arbitragem, abordando a regulamentação vigente sobre admissibilidade probatória contida nas pertinentes *soft laws*, como as regras do IBA sobre “*taking of evidence*”.

Trataremos, então, da figura do árbitro, e do seu papel na administração da prova e respectivas justificação e valoração. Distinguiremos a sua atividade e natureza da função, em termos de imparcialidade e independência, daquelas peculiares ao juiz estatal, que não foi escolhido pelas partes, e nem sempre está vocacionado a julgar disputas sobre direitos disponíveis nos limites de sua especialização sobre determinadas matérias¹⁰.

¹⁰Exceção digna de nota se encontra na especialização dos magistrados que atuam nas Varas Empresariais e de Conflitos Relacionados à Arbitragem, criadas em 2016 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como nas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial.

Cuidamos de tratar, em espécie, dos meios de prova e de obtenção de prova, típicos e atípicos, com suas implicações em termos de sua admissibilidade.

Terá lugar, no tópico seguinte, o confronto de direitos fundamentais na admissibilidade probatória, pela aplicação dos cânones ou métodos pertinentes da razoabilidade e proporcionalidade.

Nessa linha, chegaremos ao resultado probatório na decisão arbitral, e das consequências da admissão ou inadmissão de provas pelo arbitro, à vista dos meios de impugnação da decisão (ação de nulidade e ação declaratória).

Um ligeiro apanhado sintetizará as nossas conclusões gerais.

Ao ensejo, o escrito final procurará responder à questão da sobrevivência ou da possibilidade de questionamento das decisões arbitrais que admitem prova ilícita no prazo de impugnação de noventa dias, ou mesmo para além desse prazo.

I. A PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. Contextos e finalidade

Partimos das considerações gerais sobre a denominada prova judiciária, ou prova jurídica, procurando demonstrar as suas características, no confronto com outros tipos de prova, e a sua aplicação sobre a prova no processo arbitral, onde poderá, por vezes, se revelar ilícita, e, por isso, inadmissível.

São inumeráveis os contextos nos quais a prova pode figurar, sendo o do Direito apenas um deles. Na ciência do processo, ensina Antônio Magalhães Gomes Filho, a prova é tema dos mais importantes, “na medida em que a correta verificação dos fatos em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa”¹¹.

Da mesma forma, a prova tem grande importância nas áreas médicas (exames laboratoriais ou de imagem, testes clínicos, etc.), na psicologia (avaliações e testes psicológicos e neuropsicológicos), e nas ciências em geral, biológicas, exatas e humanas, como hoje se destaca na epistemologia judiciária¹². Por todo o espaço do conhecimento, e,

¹¹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coords.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-318.

¹²A epistemologia, ramo dominante da Filosofia, que trata do tipo de coisa que podemos conhecer, angariou a atenção dos processualistas, nos estudos sobre a prova penal. Mas, diferentemente do enfoque tradicional da epistemologia, como ensina Badaró, “no processo se conhece não somente por conhecer, mas para decidir uma questão concreta” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 21). V. ainda, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos” / Editorial dossier “Criminal evidence: epistemological and juridical foundations”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/download/138/117>, onde sintetiza que “A epistemologia judiciária compreende, nas palavras de Ubertis, os critérios e os instrumentos usados pelo julgador para obter o material fático sobre o qual recai a escolha decisória. Não se trata, porém, como explica Susan Haack de um gênero peculiar e especializado da epistemologia, enquanto teoria filosófica do conhecimento, mas simplesmente à aplicação de conceitos desta no contexto judicial. E tal contribuição é especialmente importante no que atine à prova, uma vez que a preocupação central da epistemologia é, segundo seu magistério, compreender o que é prova, como ela é estruturada e o que a faz melhor ou pior, mais forte ou mais fraca.” V., a propósito, HAACK, Susan. *Evidence and inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New: Prometheus Books, 2009; UBERTIS, Giulio. *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1999.

ao mesmo tempo, como assinalou Jeremy Bentham, nos assuntos domésticos e habituais de todo indivíduo, o conceito de prova está sempre presente¹³.

Discute-se, no direito europeu, sobre a especificidade da *prova judiciária* (nessa expressão entendida a prova juridicamente considerada) em relação à prova na ciência e na História¹⁴, cujos argumentos conflitantes nos permitem divisar a finalidade da prova jurídica.

A favor dessa distinção, argumenta-se que as regras processuais limitam no tempo a pesquisa dos fatos, que não poderia perdurar indefinidamente, como na atividade científica. Além disso, os fatos examinados no processo são apenas os fatos da causa, limitados pela lei substantiva, pois apenas devem ser demonstrados aqueles que ensejam a aplicação dessas regras.

Não pode o julgador, por diversas razões de ordem epistêmica, dentre elas o comprometimento da sua imparcialidade, sair em busca dos fatos ensejadores do reconhecimento ou da rejeição do pedido. Ao revés, deve tomar por referência os fatos suscitados pelas partes. Dessa limitação, por exemplo, não sofreria a prova em outras áreas do intelecto, pois partiria do historiador¹⁵ ou do antropólogo desencadear a colheita de elementos fáticos no contexto cronológico e geográfico que elegeisse¹⁶.

Por fim, o Direito mantém com a realidade relações por vezes distantes, pelo emprego de presunções que dispensam a demonstração de fatos, não sendo essa busca dos fatos, contudo, a sua preocupação central, pois que abarca múltiplas finalidades (educação para os

¹³BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*, v. 6 (Rationale of evidence, rationale of judicial evidence) [1843]. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6>, “*Taking the word in this sense, questions of evidence are continually presenting themselves to every human being, every day, and almost every waking hour, of his life. (...) “Domestic management turns upon evidence. Whether the leg of mutton now on the spit be roasted enough, is a question of evidence; a question of which the cook is judge. The meat is done enough; the meat is not done enough: these opposite facts, the one positive, the other negative, are the principal facts—the facts sought: evidentiary facts, the present state of the fire, the time that has elapsed since the putting down of the meat, the state of the fire at different points during that length of time, the appearance of the meat, together with other points perhaps out of number, the development of which might occupy pages upon pages, but which the cook decides upon in the cook’s way, as if by instinct; deciding upon evidence, as Monsieur Jourdan talked prose, without having ever heard of any such word, perhaps, in the whole course of her life.”*”

¹⁴Conforme VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*, cit., p. 6 e ss.

¹⁵Pelo menos enquanto não regulamentada essa atividade, o que lhe trará inevitáveis limitações burocráticas.

¹⁶CHAGNON, Napoleon A. *Nobres selvagens*. São Paulo: Três Estrelas, 2014, antropólogo norte-americano, para sustentar sua tese de inspiração darwinista, esteve na década de 60 por vários anos entre os ianomâmis, que viviam em constante estado de violento conflito nas tribos da Amazônia. Logrou demonstrar, a partir de recenseamentos, genealogias, amostras de sangue e estudos linguísticos, que a seleção de parentesco – ou a tendência à mútua proteção e ao favorecimento entre indivíduos que compartilham o mesmo material genético - seria o fundamento da formação de todas as sociedades.

direitos, pacificação social, justiça distributiva¹⁷ etc.). A ciência, sim, é voltada à busca da verdade, no seu sentido mais material e factível, como a descoberta de vacinas antivirais, tema tão atual quanto recorrente na História da Humanidade.

De outro lado, em prol da ausência de especificidade da prova judicial, aponta-se que se submete às regras de direito, não possuindo uma natureza distinta das demais provas, pois nenhuma atividade ligada à prova se exerce além de quaisquer regras.

A prova científica submete-se a procedimentos e normas, por autores investidos de funções e dotados de títulos, submetendo-se ao controle de protocolos de pesquisa, comissões de ética, termos de consentimento e regras deontológicas, que são objeto, por exemplo, da Bioética e da Neuroética¹⁸. Submeter-se a regras, portanto, não é uma peculiaridade da prova no campo do Direito¹⁹.

A prova judicial enseja, ainda, operações intelectuais similares à da prova em outros contextos. Ainda segundo Jeremy Bentham, toda prova compreende dois fatos distintos: o fato principal, cuja existência deve ser provada ou refutada; e o fato secundário, aquele

¹⁷BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 60 e ss, afirma que o papel do processo estaria entre a resolução das controvérsias entre particulares (justiça comutativa) e a realização da justiça, “(...) aplicando-se corretamente a lei relevante aos fatos do caso, o que dependeria de uma reconstrução fidedigna dos fatos aos quais a sociedade atribui valor e manda com respeito a eles.” Essa segunda visão do processo seria a justiça distributiva, que encerra profundas reflexões filosóficas. A propósito, DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, tradução Pedro Elói Duarte, 2012. p. 359, ao tratar da igualdade, aborda a questão das teorias da justiça distributiva, “que apelam, quase inevitavelmente, a uma reforma radical nas comunidades capitalistas avançadas, nas quais essas teorias são mais avidamente estudadas”. Dessa distinção entre os critérios de justiça comutativa e justiça distributiva, segundo BARROS, (*Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral, cit.*, p. 62), “não há resposta certa, mas na qual se entende que a arbitragem mais se aproxima ao primeiro e o processo judicial ao segundo, os diferentes entendimentos quanto aos efeitos da sentença arbitral aplicam-se e procedem também tanto a um como a outro”. BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral, cit.*, p. 62.

¹⁸Nesse sentido GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 250, ao tratar dos limites da atividade probatória, observa que “Daí resulta a exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc -, cuja inobservância acarretaria inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade, no seio da qual o mesmo é realizado. Assim como o saber científico, que só adquire esse *status* na comunidade acadêmica após rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delimitados em seu processo de construção, sem os quais confundir-se-ia com um intolerável arbítrio do juiz”.

¹⁹A prova científica, para ser utilizada no âmbito judicial, também se submete a um teste de aceitabilidade. A partir do julgamento de *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* - US 579 (1993) a Suprema Corte americana estabeleceu que o juiz do caso, em face do testemunho científico de um *expert*, deve preliminarmente analisar se a metodologia ou técnica em questão é reconhecida pela comunidade científica como válida e apropriada para a análise dos fatos sob julgamento.

empregado para demonstrar a existência de outro fato. A prova, de toda forma, seria um meio para se atingir um fim.²⁰

Jordi Ferrer Beltrán alcança idêntica conclusão, pois dizer que um fato está provado não significa nem que o fato é verdadeiro, nem que o juiz o tenha reputado como tal, mas que haveria *elementos suficientes* em favor de certo enunciado declaratório do fato provado²¹. Acrescente-se, porém, outros elementos de prova, e a conclusão do julgador poderá ser diferente.

O mesmo ocorre na atividade científica: considera-se provado um fato se há elementos suficientes em seu favor, mas o encontro de outros fatores poderá fazer mudar essa apreciação. É o que ocorre, com frequência, nas pesquisas científicas, cujo resultado pode variar em função do “n” (número de participantes da pesquisa) e de suas características pessoais (idade, grau de escolaridade, etc), dos critérios de aferição e até mesmo da autoridade dos pesquisadores, medida em termos de publicações nas revistas de maior prestígio.

Todavia, na lógica judiciária, diversamente do que ocorre em outras matérias, a decisão da causa é necessária. No exemplo fornecido por Piero Calamandrei, não seria vedado aos médicos, após longa discussão em torno do leito de um enfermo, encerrar-se o debate com o honesto reconhecimento de que não é possível um diagnóstico seguro²².

Não pode o juiz, no entanto, encerrar o processo com um *non liquet*, como ocorria no direito romano. E, para decidir a causa, seja pela procedência ou improcedência do

²⁰BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Apud VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*, cit., p. 11. As expressões prova direta e prova indireta segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), cit., p. 310, “decorre de uma classificação dos *elementos* de prova, segundo a complexidade do procedimento inferencial realizado pelo juiz para, a partir deste, chegar ao *resultado* da prova. Daí a referência feita por alguns autores a *prova em sentido estrito* (*direta*) e *indício* (*prova indireta*), como subespécies do gênero prova”.

²¹FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 31. Nesse sentido, TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19, para quem fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realização empírica ou material: em geral esses já ocorreram e, assim, pertencem ao passado. (...) Fatos então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente, Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio.

²²CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Conferências realizadas na Faculdade de Direito das Universidade autônoma do México. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 25.

pedido, incumbe aos juízes considerar a suficiência ou a insuficiência, ou mesmo a inexistência de provas²³.

A par dessas considerações, que já evidenciam não ser a prova judicial exclusivamente vocacionada à descoberta da verdade, há que se considerar qual seria a sua mais remota finalidade.

Aristóteles, criador da Lógica, e seu maior cultor ao longo dos tempos, desenvolveu, no clássico *Arte Retórica* e *Arte Poética*, a Teoria da Argumentação Dialética, onde afirmou que o principal no discurso é a arte das provas, qual seja, a habilidade de discernir, em cada questão, o que seja apto a *persuadir* o auditório. A finalidade da Retórica, pois, “consiste em aduzir provas”²⁴.

Ao abordar as qualidades das provas empregadas pela Retórica, assim concluiu o filósofo, logo no início dessa obra, que “é pelo discurso que persuadimos, sempre que demonstramos a verdade ou o que parece ser a verdade, de acordo com o que, sobre cada assunto, é suscetível de persuadir”.

Dessa singela conclusão, e sem a pretensão de ingressarmos nos domínios da Filosofia, já é possível extrair-se dois elementos fundamentais, conquanto controvertidos, para a abordagem da questão da prova, quais sejam, a sua finalidade, que seria a *persuasão*, e a sua qualidade, que seria a *verdade*²⁵.

A expressão *persuasão*, no contexto jurídico, não se afiguraria, contudo, a mais adequada, sendo preferível falar-se em *convicção* ou *convencimento do julgador*. Para Octávio Fragata Martins de Barros, convicção seria o estado psicológico de convencimento,

²³THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, p. 378, doutrina que “O juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes”. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça entendeu no REsp 330172-RJ que “A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento do mérito”.

²⁴Considerações extraídas do Prefácio de Goffredo Telles Júnior à edição brasileira da obra de Aristóteles. TELLES JÚNIOR, Goffredo. Prefácio. In: ARISTÓTELES. *Arte teórica e arte poética*. São Paulo: Ediouro, [s.d.].

²⁵A verdade, para Aristóteles, em seu **Organon**, decorre dos elencos sofisticos, “quer dizer, dos argumentos que parecem sê-lo, mas que de veras são paralogismos e não argumentos. (...) Que alguns silogismos são verdadeiros, enquanto outros pareçam ser, embora não o sejam, é evidente. Esta confusão produz-se nos argumentos, tal como se produz em outras coisas, em virtude de uma certa semelhança entre o verdadeiro e o falso, sendo assim que, entre as gentes, há umas que tem saúde, enquanto outras só as parecem ter, porque se enfeitam e ornar ao modo das vítimas imoladas pelas tribos nos sacrifícios; uns são belos por virtude de beleza natural, enquanto outros parecem belos a poder de se enfeitarem.” (ARISTÓTELES. *Organon*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 79. (Os Pensadores).

decorrente de um raciocínio exato e rigoroso, pautado em fatos e evidências, que levaria o julgador (no caso, o árbitro) a decidir sobre uma proposição de fato ou de direito.

Diversamente, por persuasão, segundo Roquete, dicionarista luso colacionado pelo referido autor, é de entender-se uma aquiescência fundada em provas menos evidentes, conquanto verossímeis, mais próprias, porém, de “interessar o coração que a ilustrar o espírito”²⁶.

É a persuasão frequentemente utilizada na retórica política, com argumentos emocionais, de efeito moral, o que contrasta com a racionalidade de que deve se revestir o discurso jurídico. Constitui a persuasão, no entanto, arma indispensável no Tribunal do Júri, perante juízes leigos, que decidem *secundum conscientiam*, e, invariavelmente, nas causas do direito de família, o mesmo ocorrendo nos meios consensuais, como na mediação familiar. Nesta, em contrapartida, há o risco de o mediador, em busca do acordo, se concentrar apenas nos números, não dando atenção suficiente para os bens emocionais, que podem, na realidade, se revelar mais importantes para a solução do conflito.²⁷

Para a doutrina tradicional, esses dois enfoques da prova (convicção e verdade) nem sempre caminham juntos. Alguns autores têm que a prova judicial simplesmente designa as operações conduzidas no processo para determinar a *verdade dos fatos* controvertidos pelas partes. Segundo outros, define-se a prova como as operações que permitem a *tomada de convicção do juiz* sobre os fatos disputados pelas partes.²⁸

Uma terceira vertente doutrinária combina a determinação da verdade com o estabelecimento de uma convicção sobre o espírito dos julgadores. Conforme Aubry et Rau, o objetivo da prova judicial é convencer o juiz, nessa qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais se relaciona. O objetivo é alcançado assim que existir para o juiz, de acordo com as disposições da lei, convicção suficiente para manter esses fatos como certos. Na mesma linha, Glasson, acrescentando que a prova visa estabelecer a verdade do fato alegado por

²⁶BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, cit., p. 17.

²⁷PARKINSON, Lisa. *Mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 295-296.

²⁸Com ênfase na verdade a define DOMAT, citado por Étienne Vergès, Geraldine Vial e Olivier Leclerc em *Droit de la preuve*, cit., p. 6, “*on appelle preuves em justice les manières réglées par les lois pour découvrir et pour établir avec certitude la vérité d’un fait contesté*”. Em outro sentido, do convencimento, para PLANIOL, citado pelos mesmos autores “*on appelle “preuve” les divers procédés employés pour convaincre le juge*”.

uma das partes ou contestado pela outra, ou do juiz que apresenta as medidas para determinar sua convicção, referindo-se nesse ponto aos poderes instrutórios do juiz²⁹.

Étienne Vergès, Geraldine Vial e Olivier Lecler entendem que o sincretismo dessas definições mistas na verdade reflete dois aspectos ligados à prova: (i) sob um ângulo *prescritivo*, podendo-se dizer que o objetivo do processo é resolver litígios pela aplicação das regras de Direito aos fatos “verdadeiros”, onde a descoberta da verdade figura como um aspecto teleológico da prova, a ser perseguido; (ii) sob um ângulo *descritivo*, a realização concreta da prova dentro do processo ocorreria pelas operações racionais que levam o juiz a formar uma convicção sobre se o fato está ou não provado.

Haveria, pois, consoante a percepção de cada doutrinador, uma linha divisória acompanhando toda a reflexão jurídica sobre a prova, com ênfase nas suas supostas finalidades, ora mais ligada à verdade dos fatos, ora ao seu funcionamento concreto.

Atualmente, o que se verifica na doutrina, é que, ao mesmo tempo em que o fator *influência no convencimento* do julgador ganha destaque na finalidade da prova³⁰, mais se dilui a questão da *verdade*, que fica compreendida na convicção do juiz sobre a conformidade ou desconformidade da afirmação sobre um fato com a realidade no âmbito do processo. Vale dizer, sobre a exatidão ou inexatidão dessa afirmação lógica no raciocínio judicial.

Além disso, como pondera Michelle Taruffo, “a concepção de prova como recurso cujo objetivo é alcançar a verdade dos fatos em litígio pode parecer pouco clara, duvidosa e discutível sob determinados pontos de vista”. Pois, ao mesmo tempo, outras teorias dizem que “a justiça civil não está nada interessada em estabelecer a verdade dos fatos em litígio”.³¹

Há décadas, já referia Nelson Nery Júnior que a moderna doutrina processual alemã se pronunciava no sentido de não mais vigorar, em sua inteireza, o *princípio da busca da*

²⁹Conforme referências de Étienne Vergès, Geraldine Vial e Olivier Lecler, *Droit de la preuve, cit.*, p. 7.

³⁰Essa tendência se assenta sobre a garantia do contraditório, princípio da *audição jurídica* ou “direito de ser ouvido” (*retchliches Gehörs*), como enfatizam CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 55, “O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra, somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de *influir no convencimento do juiz*”.

³¹TARUFFO, Michele. *A prova, cit.*, p. 16.

verdade real, daí a imposição de restrições à obtenção da prova, em prol do respeito aos direitos personalíssimos e aos direitos fundamentais.³²

Com efeito, falar em *verdade* constitui sempre um problema complexo. Pois, como aponta Michele Taruffo,

“Outra distorção teórica muito frequente na literatura jurídica sobre a prova (refletindo-se também na filosófica) é o convencimento de que no processo se poderia alcançar o estabelecimento de uma verdade “formal” ou “jurídica” sobre os fatos relevantes da causa, mas não seria possível o conhecimento da verdade “material”, o que, ao contrário da anterior, seria inalcançável.

Essa abordagem ao problema está errada por diferentes razões, que vão desde admitir que fora do processo é possível alcançar uma verdade que, por razões misteriosas, o juiz não poderia determinar, até uma clara e injustificada sobrevalorização do impacto limitativo que as regras processuais podem ter sobre o conhecimento dos fatos por parte do juiz.”³³

Além de ter a prova, precipuamente, o juiz como destinatário, não se pode excluir que se destina, igualmente ao processo, pois, como entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, “a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo”³⁴. Pode ocorrer, assim, que as partes, à vista dos elementos probatórios, decidam realizar a autocomposição, por qualquer de suas formas, independentemente de qualquer apreciação pelo julgador.

Importante reflexão de Antônio Magalhães Gomes Filho, extraída da doutrina de Delmas-Marty, é no sentido de que o julgamento, fundado em provas, não constitui trabalho isolado do juiz³⁵, não se podendo desconsiderar nos procedimentos probatórios o seu *caráter social*, pois a sua finalidade não se limita à formação do convencimento do juiz, visando,

³²NERY JÚNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita – novas tendências do direito (CF, Art. 5º, LVI). In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 234.

³³TARUFFO, Michele. Prólogo da edição espanhola. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradutor: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 10.

³⁴NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 833. Na edição mais recente dessa obra, sob o título *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1070, limitam-se a afirmar que o destinatário da prova “É o processo”. E acrescentam que: “Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova”. Nessa concepção se concentram os princípios da aquisição probatória, prestigiado no artigo 371 do CPC, assim como o reconhecimento do direito à prova. Soma-se, ainda, a possibilidade da antecipação probatória independente do requisito da urgência, de que trata o art. 381 do CPC, dispositivos e instituto (direito à prova) a que nos referiremos com maior profundidade no decorrer deste estudo.

³⁵DELMAS-MARTY, Mireille, La prova penale *L'indice Penale*, 30 (3):609-28, 1996, *apud* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988, *cit.*, p. 249-250.

preponderantemente, “à obtenção do consenso do grupo social no qual será pronunciada a decisão”.

Esse *caráter social* da prova, qual seja, a sua conformidade às expectativas da sociedade, que, na verdade, é bastante heterogênea e permeada de permanentes conflitos de interesse, faz bastante sentido no tocante à arbitragem, onde as partes têm a seu dispor a escolha de um árbitro que poderá satisfazer à confiança e expectativa das partes na justa solução do conflito³⁶.

Muito embora esta abordagem inicial sobre a prova nos diversos ramos do conhecimento ostente sabor acadêmico, pode-se extrair desses diferentes contextos algumas características comuns quanto à prova no sentido jurídico, quais sejam, que a prova jurídica:

- (i) é limitada no tempo pelas regras legais, pois não constitui objeto precípua do processo a busca da verdade;
- (ii) circunscreve-se aos fatos que embasam os fundamentos jurídicos das pretensões das partes;
- (iii) na obtenção dos elementos de fato, é também limitada, pois deve respeitar os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais das partes e de terceiros;
- (iv) submete-se a regras e procedimentos legais, de direito material ou processual;
- (v) enseja valoração pelo julgador por critérios racionais, não fixando o julgador a verdade dos fatos, mas, tão somente, a sua existência ou insuficiência, ou mesmo, a inexistência de elementos suficientes de determinado enunciado que se pretende demonstrar;
- (vi) com a descoberta de outros elementos, pode levar a diferente conclusão pelo julgador;
- (vii) destina-se, num exercício de lógica, a convencer o julgador, e sua qualidade se assenta na maior conformidade possível com a realidade, ainda que por vezes distanciando-se dela pela aplicação de presunções legais;

³⁶Assim SOLER, Sebastián. *Fé en el derecho y otros ensayos*. Buenos Aires: TEA – Tipografica Editora Argentina, 1956. p. 214: “*Cuando la ley amenaza al que ejecuta un acto desonesto, es manifesto que eleva la honestidade a la categoria de un valor, y que el juez no es libre ni creador frente a este valor, sino que está obligado a reconocerlo em la misma medida que los demás ciudadanos.*”

- (viii) tem a prova como destinatário, sobretudo, o processo, podendo dela se valerem ambas as partes, independentemente até da apreciação judicial, quando a prova, por si mesma, contribuir para a celebração da autocomposição;
- (ix) visa, preponderantemente, à obtenção do consenso e da confiança do grupo social.

Esses contornos da prova jurídica incluem dois pontos fundamentais deste estudo, quais sejam, a limitação da admissibilidade de meios de obtenção que ofendam direitos fundamentais, bem como a exigência de que o árbitro atue de forma racional, concluindo sua missão com o oferecimento de uma decisão de caráter social, que mereça o acolhimento pelos jurisdicionados.

2. Terminologia da prova: a polissemia do termo refletida nos elementos e momentos probatórios

Genaro Carrió, em sua conhecida obra 'Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico', sustenta que a maioria das discussões jurídicas estariam resolvidas se os contendores se pusessem previamente de acordo quanto ao sentido com que empregam as palavras³⁷. É, pois, na correta utilização da linguagem técnico-jurídica que se pode proporcionar uma resposta coerente a todo o desenvolvimento da atividade probatória, que se inicia, no processo arbitral, antes mesmo da instituição da arbitragem, com base na demonstração de num negócio jurídico, que a embasará, e das circunstâncias fáticas que envolvem o cumprimento da avença.

A palavra *prova* origina-se dos termos latinos *probatio* e *probus*, que denotam aprovação, confiança, correção, etc e, assim como nos demais contextos científicos, busca a comunicação do *conhecimento verdadeiro*³⁸. Possui, assim, pelo menos três acepções em nosso idioma: (i) como demonstração; (ii) como experimentação; e, (iii) como desafio.

³⁷CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1970. p. 34-38.

³⁸FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 291.

Na linguagem do processo, o termo *prova* é, por sua vez polissêmico, apresentando, tradicionalmente, mais de um significado, como ocorre na língua francesa, que utiliza, indistintamente, o termo *preuve*. Mas, como entendem Étienne Vergès, Geraldine Vial e Olivier Leclerc, a polissemia é superada pelo *sentido* que a palavra adquire no *contexto*, que pode se referir ao *processo*, ao *meio de prova* ou ao seu *resultado*³⁹.

Também em nosso idioma, fala-se tão somente em *prova*. A diversidade de sentidos se resume, segundo Paulo Osternack Amaral, exatamente sob as mesmas perspectivas enunciadas pela doutrina francesa, quais sejam: *atividade*, *meio* e *resultado*.⁴⁰

O termo *prova*, pois, pode designar: (i) a operação consistente em “fazer prova”; (ii) a apresentação, pelo interessado, de uma “prova” de sua alegação; ou (iii) designar um resultado, qual seja, o julgador entende que o fato está provado, ou que “a prova foi feita”.

Numa visão mais abrangente, da Teoria Geral do Processo, a mesma polissemia se apresenta no âmbito do direito processual penal, compreendendo-se a prova, como define Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a *atividade* desenvolvida pelas partes e subsidiariamente pelo juiz, como *meio de prova* e como *resultado probatório*.

Segundo esse autor, para desfazer as confusões terminológicas que o termo suscita, distingue-se entre: *fonte de prova*, a abranger “tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz”, *meios de prova*, quais sejam “os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são conduzidas no processo”, *elemento de prova*, “o dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz” e, finalmente, o *resultado probatório*, “a conclusão do juiz sobre a credibilidade da fonte e *atendibilidade* do elemento obtido”.⁴¹

No processo civil, Francesco Carnelutti assim estabelece a distinção entre *fonte* e *meio* de prova, envolvendo os conceitos de prova direta e indireta:

³⁹VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*, cit., p. 5.

⁴⁰AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 31. (Coleção Liebman). O autor, com apoio no pensamento de Ricci, assim define essas perspectivas: “Prova como *atividade* relaciona-se com a instrução probatória, isto é, ao conjunto de atos processuais praticados com o objetivo de reconstruir os fatos que amparam a pretensão das partes e são relevantes para a solução do litígio. Prova como *meio* traduz a ideia do emprego de mecanismos destinados a acessar as fontes de prova e trazer ao processo as informações necessárias para que o julgador forme a sua convicção sobre a matéria de fato e profira a sua decisão. E como *resultado*, a prova pode ser visualizada como desfecho da valoração realizada pelo juiz. Sob tal perspectiva, visualiza-se não a testemunha, mas o testemunho, cuja valoração será demonstrada na motivação da sentença.”

⁴¹BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 269-270.

“O tipo simples de prova direta apresenta o contato imediato entre o juiz e o fato a provar; nele, o meio de conhecimento se limita a uma *atividade* do juiz, ou seja, a dirigida à percepção do fato a provar.

O tipo complexo da prova indireta mostra, entretanto, a separação entre o juiz e o fato a provar, uma vez que o contato é estabelecido por um fato intermédio, que forma o elo de conjunção entre aqueles dois termos: aqui o conhecimento não se obtém unicamente mediante a atividade do juiz, senão também por meio de um fato exterior, a respeito do qual se exercita a atividade perceptiva e dedutiva.

Esta simples observação leva à necessidade de distinguir dois fatores do processo probatório, com farta frequência confundidos na linguagem comum: a *atividade do juiz* e o *fato que, por meio de dita atividade, serve para procurar o conhecimento do fato a provar*.⁴²

Costuma-se, ainda, diferenciar os *meios de prova*, que são aptos a servir *diretamente* ao convencimento do julgador (como os documentos, o depoimento de uma testemunha, etc.)⁴³, dos denominados *meios de obtenção de prova*, enquanto “instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova”, com aplicação no processo civil (busca e apreensão e quebras de sigilo) e no processo arbitral (*discovery*), assim como no processo penal, com regulamentação restrita a esse campo (interceptação telefônica, interceptação ambiental e infiltração de agentes⁴⁴).

⁴²CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 96. Com apoio nessa lição, LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 32, entende que “fonte de prova é o fato do qual se serve o juiz para chegar à verdade. E meio de prova, a atividade que ele desenvolve no processo”. No mesmo sentido, FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 57: “Se a pergunta for: onde podem ser obtidas informações? Estar-se-á tratando das fontes de prova. Se for: como essas informações chegam ao julgador? Estão sendo procurados os meios de provas. A primeira é objeto, a segunda é instrumento”.

⁴³Segundo THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. eBook, p. RB-1.2, “Meios probatórios, são, assim, esses meios de transferência ou transporte dos fatos de fora dos processos ou procedimentos para dentro. O que os diferencia e permite, por assim dizer, a categorização na expressão provas em espécie, é onde e como os fatos foram registrados e, por consequência, como se dará essa transferência para dentro dos processos e procedimentos. Assim, por exemplo, se o fato foi registrado na memória de alguém, a prova testemunhal será o meio probatório habilitado a levar tal fato para dentro do processo ou procedimento. Se o fato estiver registrado em determinado documento (compra e venda de imóvel, recibo de pagamento, certidão de nascimento ou óbito, postagem em mídia social, envio de e-mail etc.), a prova documental seria o meio apto. Se a transferência do fato para dentro do processo ou procedimento depender de sua tradução técnica especializada (digital, médica, de engenharia etc.), a prova pericial será o meio próprio.”

⁴⁴Sobre as interceptações e gravações ver adiante o capítulo sobre meios atípicos. Sobre a infiltração de agentes, v. ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Prefácio de Gianpaolo Poggio Smanio. Curitiba: Juruá Editora, 2016. Nessa abordagem, que passa por todos os meios de prova do Código de Processo Penal, demonstra-se a utilidade dessa técnica, prevista na Lei nº 12.850/2013, nas investigações alusivas à criminalidade organizada, “para apurar crimes passados, evitar crimes futuros e desarticular grupos criminosos” (Prefácio de Gianpaolo Poggio Smanio, p. 10).

Como refere Flávio Luiz Yarshell, também recorrendo à doutrina processual penal, em especial no direito italiano, os *meios de prova* dizem respeito a uma atividade processual interna, ao passo que os *meios de pesquisa* ou *meios de investigação* dirigem-se à esfera extrajudicial, visando obter provas materiais, realizáveis “de surpresa”.⁴⁵

Já, o sistema da *common law*, apartando-se dessa polissemia, adotou terminologia própria, diferenciando entre os elementos de prova existentes no processo (*evidence*) e o resultado verificado quando a prova é estabelecida pelo juiz (*proof*).

Tem-se que a distinção *evidence-proof*, e seu correspondente no sistema da *civil law*, envolve uma diferença fundamental de conceitos, entendendo-se os meios de prova num sentido genérico como todo apoio à prova de um fato, e, em sentido estrito, somente se o meio de prova for *relevante e admissível*.⁴⁶

Entendia a doutrina brasileira, à luz do disposto no artigo 401 do CPC de 1973 (que não admitia prova exclusivamente testemunhal em contratos de valor superior ao décuplo do salário-mínimo) que seria valiosa em nosso direito processual a distinção entre *prova* (ação de provar) e *meios de prova*, pois algumas vezes o Código de Processo Civil admitia a produção da prova, mas não determinado meio de prova.⁴⁷

Em que pese à nova redação do dispositivo (artigo 444 do CPC), que suprimiu o limite de valor, pode-se afirmar que observação ainda é pertinente, sobretudo em se tratando de provas atípicas. Pois sua produção é admitida pelo artigo 369 do CPC de 2015, por “*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados neste Código*”. *A contrario sensu*, as provas obtidas por *meios ilegais e ilegítimos*, não podem ser

⁴⁵YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

⁴⁶TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 33. “A noção de *evidence* vincula-se somente indiretamente à questão da verdade judicial. Os elementos de prova constituem dados cognitivos e informações, dos quais a verdade dos fatos em litígio pode derivar, se as inferências apropriadas desses forem extraídas e tais inferências conduzirem à verdade dos fatos controversos. Quando se alcança esse objetivo, porque há boas razões para crer que tal fato seja verdadeiro, então esse fato está “provado”, uma vez que confirmado pelos elementos de prova. Em certo sentido, em qualquer contexto processual, “meio de prova” é tudo aquilo que pode ser usado significativamente para apoiar a prova de um fato. Em sentido estrito, estamos frente a um “meio de prova” somente se esse é relevante e admissível.”

⁴⁷FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, cit., p. 54. Todavia, na esteira da jurisprudência que não mais considerava o limite de valor, referido dispositivo não foi reproduzido nesses termos no código vigente. Não existe, assim, como afirma BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 302: “nenhuma vedação apriorística ao emprego da prova exclusivamente testemunhal nos contratos acima de dez salários-mínimos”. O atual artigo 444 passou a admitir a prova testemunhal quando houver começo de prova escrita, o que, segundo o autor, “tem sua aplicação restrita aos casos em que houver exigência legal de prova escrita da obrigação, o que, no âmbito do CPC, não se verifica.” Assim, p. ex., quanto à prova escrita, o Código Civil prescreve que: a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, faz prova plena (art. 215); a fiança deve dar-se por escrito (art. 819); e o casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro (art. 1.543).

admitidas, mesmo porque aquelas obtidas por *meios ilícitos*, já tem sua inadmissibilidade prevista na Constituição Federal.

De todo modo, dado que o termo *prova*, entre nós, engloba essa multiplicidade de aspectos, ainda é útil relacionar o seu significado no processo consoante os momentos probatórios, de apresentação, produção e valoração da prova.

A *apresentação* das fontes de prova remonta à fase inicial do processo, materializadas nos documentos indispensáveis à propositura da ação. Segue-se o momento da admissibilidade pelo juiz, e a *fase probatória* propriamente dita, onde ocorrerá a *produção* da prova oral e pericial. Encerra-se o ciclo probatório, propriamente, no momento da *valoração* desses elementos inserida na motivação da decisão, que constitui elemento indispensável desta.

Para além disso, na questão da inadmissibilidade das provas ilícitas na arbitragem, objeto central deste estudo, demonstram extensamente Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, em obra referencial sobre o tema, que os momentos da produção e da valoração se encontram subjetivamente vinculados, pois um meio de prova que se afigure contrário à ordem jurídica em relação ao titular do direito fundamental objeto de proteção, jamais poderá ser valorado como lícito pelo julgador⁴⁸.

Esgotado o arco procedimental, com a superação das vicissitudes que a atividade instrutória apresenta até o oferecimento da decisão dos árbitros, substancialmente segura em termos da higidez lógica e de respeito aos direitos fundamentais porventura envolvidos, resta perquirir sobre a validade da prova, valendo-se tão somente do preceito constitucional da inadmissibilidade probatória, enunciado em termos abrangentes e vagos, sem vedações concretas ou absolutas no ordenamento processual civil e na lei arbitral.

3. A prova no moderno processo civil brasileiro

O moderno processo civil brasileiro concebe um modelo inspirado na efetividade, caracterizado pelo equilíbrio entre os valores segurança jurídica e celeridade, sob a lógica do devido processo legal e do acesso à justiça. O vigente código, de 2015, chegou a enfatizar os princípios constitucionais da igualdade, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade

⁴⁸SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *Efeitos lícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral*. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

e da motivação das decisões, assim como os princípios deontológicos da boa-fé, da lealdade processual e da cooperação.

A grande questão que se apresenta nesse contexto é conciliar o resultado útil do processo arbitral com a legitimidade do modo de obtenção do seu suporte fático.

Conquanto editado em plena era da informática e da comunicação globalizada, onde a imagem, a privacidade, a honra e a vida privada estão sob constante ameaça, o vigente diploma legal em nada inovou na preservação desses direitos fundamentais por via do processo, cuja violação pode se manifestar no aspecto crucial da produção de provas obtidas por meios ilícitos, cuja admissão é vedada pela Constituição Federal, em *qualquer* tipo de processo.

O Projeto de Lei nº 166/2010, do atual Código de Processo Civil - CPC, continha previsão, em seu art. 257, parágrafo único, a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, vazada nos seguintes termos: “*A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos*”.

Não vingou, porém, a inovação, dada a divergência levantada sob argumentos diversos - desde a inconstitucionalidade do dispositivo, por contrário à taxativa *inadmissibilidade* expressa no disposto no artigo 5º, inciso LVI da CF (arguição essa rejeitada, sob o argumento de que a ponderação de valores teria fundamento no princípio *implícito* da proporcionalidade), até o risco do subjetivismo judicial na aplicação da norma⁴⁹.

De todo modo, em harmonia com o “modelo constitucional do direito processual civil”, foi mantida, no artigo 369, a disposição do artigo 332 do Código de 1973, que contempla o princípio da *atipicidade* da prova⁵⁰. Com as mesmas balizas em termos de admissibilidade, quais sejam, os meios que se afigurem *legais, bem como os moralmente legítimos*.

Por sua vez, o processo arbitral, inserindo-se nos métodos heterocompositivos de resolução de conflitos, de feição privatista e expressão jurisdicional, submete-se à tutela

⁴⁹No sentido da constitucionalidade do dispositivo, ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no projeto do novo código de processo civil: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 5-31, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/21566/15568>.

⁵⁰BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*, cit., p. 271.

constitucional do processo⁵¹, perseguindo, afinal, idêntico escopo de justa composição da lide, sem descurar, ao mesmo tempo, da Ética⁵²

Cronologicamente, ainda que a enunciação de princípios processuais estivesse albergada na Constituição de 1988, já os considerava a Lei de Arbitragem, de 1996, muito antes de sua reprodução, no vigente CPC de 2015, ao dispor que no procedimento arbitral serão respeitados os princípios “do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” (artigo 21, § 2º).

Outro princípio constitucional, de basilar relevância no campo da prova, qual seja, o da *fundamentação das decisões judiciais*, sob pena de nulidade (art. 93, IX da CF), conquanto não enunciado de forma abrangente como o do contraditório, pois dirigido aos órgãos judiciais, também já era acolhido pela lei arbitral, no artigo 26, inciso II, ao considerar, dentre os requisitos obrigatórios da sentença arbitral, “os *fundamentos da decisão*, onde serão analisadas as questões de fato e de direito (...)”.

Dentre as garantias do devido processo legal que a doutrina reputa de necessária observância no processo arbitral⁵³, destaca-se o princípio da proporcionalidade, cabendo tanto ao juiz como ao árbitro, “mesmo ante as peculiaridades do processo arbitral, evitar excessos a todo custo”⁵⁴.

Situando a arbitragem como *método jurisdicional* no âmbito dos modernos meios de resolução de conflitos, Ada Pellegrini Grinover recorreu à ampla noção de *processualidade*, voltada à busca de uma tutela processual adequada, ao afirmar que a tutela processual

⁵¹Como assinalam CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 79-80, “a tutela constitucional do processo possui dúplice configuração: a) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); b) direito ao processo (ou garantias do devido processo legal)”.

⁵²CREMADES, Bernardo M. La buena fe em el arbitraje internacional. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 73, destaca que “Al igual que com todo contrato, la negociación y la ejecución del convenio arbitral debe estar presidido por el principio de buena fe. Este principio afecta tanto a las partes em litigio como a los árbitros o las instituciones arbitrales o em general a cualquier persona que intervenga em um concepto o outro em el procedimiento arbitral ya sea a titulo de abogado o de experto.” Cita, a propósito, a arbitragem Methanex contra Estados Unidos, onde ficou consignado, no § 54, que, além de respeitar a boa-fé, devem as partes “respetar la igualdad de armas entre ellos, los principios de tratamiento igual y da lealdad procesal (...)”.

⁵³CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 292.

⁵⁴Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 176-177.

abrange a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, compreendendo ainda os meios consensuais de solução de conflitos, pois “ela é sobretudo *garantia do acesso à justiça*.”⁵⁵

A jurisdição, desse modo, compreenderia a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, enquanto veículos de acesso à *ordem jurídica justa*, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe⁵⁶.

Por sua vez, o processo não pode mais ser encarado sob o tradicional binômio: o *externo*, dos atos de que se compõe e seu encadeamento formal (*procedimento*); e o *interno*, das relações entre os sujeitos (*relação processual*), sendo mais apropriada a visão de Elio Fazzalari, do processo como o *procedimento realizado em contraditório* - substituindo-se a relação processual pela *abertura à participação que é constitucionalmente garantida*.⁵⁷

Mas não nos fíemos que bastaria o procedimento legal para legitimar a atuação processual. Pois, na visão de Michele Taruffo, o objetivo do processo não é simplesmente resolver conflitos – o que, acrescentamos, outros métodos de resolução estão aptos a fazê-lo, *tout court*. Objetiva-se, sim, obter uma decisão que satisfaça as partes, evitando, precisamente, que o conflito prossiga, e configurando uma aceitável composição de interesses. É necessário, portanto, que a decisão seja justa, podendo-se afirmar que esta nunca é justa se fundada numa determinação errônea ou inaceitável dos fatos.⁵⁸

Daí a importância dos fatos e da sua correta demonstração e apreciação, sabido que, em outros termos, para Michele Taruffo, a verdade e a aceitação da verdade e do juízo sobre

⁵⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 3. Partiu a emérita processualista da premissa de que jurisdição, na atualidade, não é mais poder – “porque na justiça conciliativa não há exercício de poder” - ela é, apenas, função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu indicador é o de garantia de acesso à Justiça, estatal ou não, e seu principal objetivo, a pacificação com justiça. Kazuo Watanabe, tratando dos chamados meios alternativos de solução dos conflitos esclarece que “os americanos, que usam o termo ADR – Alternative Dispute Resolution, têm uma visão, e os europeus, outra. Para os americanos, ao que pude apreender, os meios alternativos são todos aqueles que não sejam o tratamento dos conflitos pelo Judiciário. Nesses meios, incluem-se a negociação, a mediação, a arbitragem e, eventualmente, outros que possam ocorrer para o tratamento dos conflitos”. WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. (Série Cadernos do CEJ, 22). Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>.

⁵⁶WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 128-129. Escreveu o autor: "A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".

⁵⁷Cf GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*, cit., p. 15. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas-SP: Bookseller Editora, 2006. p. 37.

⁵⁸TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trola, 2002. p. 153.

os fatos é condição necessária, não, por óbvio, suficiente, para afirmar-se a justiça dessa decisão”⁵⁹.

Com efeito, a questão do *juízo de fato* assumiu grande importância na doutrina atual, como veremos adiante. Mas nem aí se exaure totalmente a questão probatória, pois é preciso ainda estabelecer em que medida a natureza jurídica da prova pode ter impacto na sua validade, consoante se tenha em conta a aplicação de normas materiais e processuais sobre a prova.

4. Natureza jurídica da prova: relevância da discussão no processo arbitral

Possuir a prova natureza de direito material ou processual, no processo arbitral, que pode ser moldado pela vontade das partes, transcende qualquer preocupação de ordem formal, pois aqui importa perquirir, sobretudo, sobre o modo de sua obtenção.

A antiga discussão sobre a natureza jurídica da prova era originariamente vinculada à sua disciplina legal.

Desde o Código Napoleônico, de 1804, o sistema francês regula no Código Civil a prova das obrigações, deixando para o Código de Processo Civil a atividade probatória no processo, repartição essa que perdura até hoje em diversos ordenamentos jurídicos.

Na experiência italiana, como relata Andrea Mengali⁶⁰, o legislador também subdividiu a disciplina das normas sobre provas entre o Código Civil e o Código de Processo Civil, reservando a este, no entanto, somente a disciplina formal da admissão (*assunzione*) dos meios de prova no processo.

Algumas decisões da Corte de Cassação entenderam pela pertinência ao direito substancial de normas relativas *ao ônus da prova* e sobre a admissibilidade e eficácia dos *meios de prova*, qualificando a sua violação como *error in iudicando*, e não *error in procedendo*.

⁵⁹TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 153.

⁶⁰MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*. Roma, LUISS: Libera Università Internazionale degli studia sociali Guido Carli. Tesi di dottorato 2008-2019 (Doctoral Thesis 2008-2019). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/34703406.pdf>.

Ao se estabelecer a distinção entre prova *judicial* e *extrajudicial*, aponta Flávio Luiz Yarshell⁶¹ que tal caracterização, assentada na doutrina, ensejou crítica baseada na premissa de que a prova somente poderia apresentar natureza processual, pois só poderia ser aquela produzida em juízo.

Considera o autor que tal visão se afigura limitada, por desconsiderar o relevante papel que a prova apresenta, inclusive antes da instauração do processo declaratório do direito.

Com efeito, a prova não é destinada somente ao processo. O “fazer prova” tem um sentido muito mais corrente na vida diária do que no processo: são as certidões (nascimento, casamento, óbito), os documentos pessoais, o certificado de propriedade do veículo, a escritura da casa, os contratos, a declaração do imposto de renda, o recibo de pagamento, o boleto quitado, etc.

Cada vez mais, a legislações inserem normas de direito material no Código de Processo Civil – CPC, e de direito processual nas leis de direito material, importando em enorme confusão doutrinária.

Se há alguma relevância prática nesse tema, como apontam, Rennan Faria Krüger Thamay e Marcelo Chiavassa de Paula, é na aplicação da lei no tempo: as normas de direito material são aplicáveis à época dos fatos, valendo a nova lei apenas para os fatos constituídos após a sua vigência; e as normas processuais possuem aplicabilidade imediata, independentemente de o processo haver se iniciado à luz da legislação anterior⁶².

Enfoque distinto é conferido por José Carlos Moreira Alves⁶³, para quem o legislador teria adotado a teoria mista, por meio do qual o Código Civil disporia sobre normas concernentes a *fontes* de prova, atribuindo-se à lei processual regular os *meios* de prova. Mas, na verdade, a lei civil, no artigo 212, não apenas se refere à prova do negócio jurídico mediante confissão, documentos, testemunha, *presunção* e perícia (que constituem, à

⁶¹YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 23 e ss. Refere o autor, na nota 1, à posição de Moacyr Amaral Santos, no sentido de não admitir a divisão em provas judiciais e extrajudiciais, pois, “no sentido estrito, processual, não há provas extrajudiciais”, visto que todos os meios de prova só se constituem em tais quando trazidos a juízo. Essa também é a posição de Liebman, negando a existência de prova fora do processo.

⁶²THAMAY, Rennan Faria Krüger; PAULA, Marcelo Chiavassa de. Primeiras reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC de 2015. In: JOBIM, Marco Feliz; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 345.

⁶³MOREIRA ALVES, José Carlos, *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 159, *apud* THAMAY, Rennan Faria Krüger; PAULA, Marcelo Chiavassa de. Primeiras reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC de 2015, cit., p. 345.

exceção da presunção, *meios de prova*), chegando mesmo a discipliná-los nos artigos subsequentes.

Importante retomar, nesse sentido, a distinção entre o plano material e o plano processual. Como bem observa Rafael Francisco Alves,

“Não é porque o dispositivo legal está inserido no Código Civil que ele, *sempre e necessariamente*, possui natureza de direito *material*. Pelo contrário, é comum encontrar disposições no Código Civil que tenham natureza *processual*, da mesma forma que também pode haver normas de direito material no Código de Processo Civil: são normas “*heterotópicas*”, para se valer de denominação utilizada por José Carlos Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha”⁶⁴.

Nossa preocupação neste estudo não será, portanto, topológica, nem quanto à natureza da prova, propriamente dita. Importa sim, saber como a sua disciplina legal interferiria no processo arbitral, sabido que nesse campo, consoante a lição de Rafael Francisco Alves, não há uniformidade de tratamento entre as normas processuais civis e as que regem o processo arbitral.

Isso porque, prossegue o autor, “embora pertencentes a um mesmo *tronco comum* (inclusive de matriz constitucional), *processo judicial e processo arbitral estão submetidos a regras processuais*”. Haja vista, ainda, que: (i) as normas do Código de Processo Civil dirigidas ao juiz “não são *automaticamente* aplicáveis aos árbitros”; (ii) regem-se os árbitros pelos preceitos *processuais* da convenção de arbitragem, das regras institucionais, da Lei de Arbitragem e pelos tratados internacionais: (iii) e, por fim, “as normas do Código de Processo Civil não são aplicáveis *nem em caráter subsidiário*”.

Em especial, no que toca ao problema das provas ilícitas - desde logo assim entendidas aquelas fontes de prova obtidas fora do processo com violação de disposições de direito constitucional e material - a sua admissão no processo se dará ou não, no momento da decisão, conforme essas mesmas disposições, de natureza substantiva, e não, propriamente, por normas processuais.

No processo arbitral não há, sequer, normas de vedação probatória, facultando-se, ainda, que as regras e convenções probatórias, até certo ponto (vale dizer, não suprimindo o devido processo legal), sejam objeto de livre disposição pelas partes.

⁶⁴ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem, cit.*, p. 295. Exemplifica o autor, com os artigos 168 e 210 do Código Civil, que tratam, respectivamente, do reconhecimento de ofício pelo juiz de nulidades e da decadência, quando estabelecida em lei.

Como refere Cândido Rangel Dinamarco, o *caput* do artigo 22 da LA fornece explícita abertura a *outros meios ou fontes de provas*, ali não tipificados ou existentes em nenhuma norma, como a realização de vistorias em pessoas ou coisas, e ouvir partes e testemunhas, inclusive *expert witnesses*, por meios telemáticos. Ou, acrescentamos, até mesmo aceitando depoimentos escritos, como veremos ao tratar dos meios de prova em espécie.

Mas, em que pese à boa redação do dispositivo, mais clara e direta que a do artigo 332 do CPC de 1973 (atual artigo 369 do CPC) alerta o insigne processualista que “nada contém sobre a necessária *licitude da prova* a ser produzida ou sobre meios pelos quais venha a ser obtidas”, ressaltando que o imperativo constitucional do artigo 5º, inciso LVI torna indispensável que “as provas a serem consideradas pelos árbitros, típicas ou atípicas, sejam em si mesmas lícitas e que por meios lícitos hajam sido obtidas”.⁶⁵

Tal exame da licitude da prova, contudo, deve ser feito com equilíbrio e bom senso, pois restringir meios de prova, para além de representar um resquício do sistema da prova legal ou tarifada, cada vez mais esvaído na teoria geral do direito processual, poderá constituir um óbice intransponível ao direito à prova e, conseqüentemente, ao acesso à ordem jurídica justa, por via da arbitragem.

Daí que o critério de admissibilidade da prova, supostamente ilícita, na arbitragem, somente poderá ser exercitado no plano das normas materiais de ordem pública, cogentes, ou de proteção a direitos fundamentais, cuja distinção conceitual se impõe esboçar, como faremos a seguir.

⁶⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 159.

II. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA, COGENTES, E DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Demonstrado que, para a caracterização da prova ilícita, importa, sobretudo, a análise das normas de direito material, cuja violação, verificada no momento de se obter a prova, importaria em ilicitude; e que essas normas, por sua impositividade, não poderiam ser simplesmente desconsideradas, mas, ao contrário, deveriam ser valoradas (e bem sopesadas quando em confronto a outros valores jurídicos relevantes), aqui nos dedicaremos a procurar as principais fontes dessas normas, estabelecendo, na medida do possível, a sua diferenciação, não sob a perspectiva topológica, mas pelo seu caráter ontológico.

1. Distinções

É ingente a tarefa de conceituar normas de ordem pública, normas cogentes, e também as normas de proteção a direitos fundamentais. Em especial, referindo-se ao disposto no § 1º do artigo 2º da LA, que faculta às partes a livre escolha das regras de direito a serem aplicadas na arbitragem, *desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*, entende José Carlos Barbosa Moreira se tratarem tais expressões, à evidência, de “*conceitos jurídicos indeterminados*, que comportam notável flexibilidade em sua utilização pelos órgãos judiciais” (g.n.)⁶⁶.

Pois, para Irineu Strenger, a ordem pública - instituição jurídica de forte conotação social e política -, muitas vezes, ao ser aplicada, “resulta de expressões tanto vagas quanto imprecisas inseridas na lei, e que comportam diversidade de interpretações muitas vezes de índole subjetiva”.⁶⁷

Tão penosa é a matéria, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018) chegou a adotar uma postura pragmática, ao dispor, no artigo 20, que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base

⁶⁶BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de processo civil*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 159.

⁶⁷STRENGER, Irineu Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais*: arbitragem e mediação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 731.

em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Com maior razão, tais conceitos indeterminados não poderiam ser utilizados livremente pelo árbitro, sem sopesar as suas consequências práticas, no âmbito de disputas contratuais, informadas pelo princípio *pacta sunt servanda*.

Procuraremos, assim, focar cada expressão, com vistas sobretudo à sua repercussão na matéria processual probatória.

1.1. Normas de ordem pública

A ordem pública, segundo Ricardo Ramalho Almeida, constitui conceito presente em diversos ramos do direito, interessando para a arbitragem, principalmente, nas suas dimensões civilista e internacionalista. Afirma, ainda, que a ordem pública, para o civilista, limita a autonomia negocial por força de suas normas cogentes, somente podendo os particulares pactuar livremente fora desse campo.⁶⁸

Restringindo-nos ao campo civil - porque este estudo não abrangerá, senão por inevitáveis referências, a arbitragem internacional -, ainda se pode acrescentar a lição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem princípios de ordem pública não vêm a constituir direito público, pela não participação estatal direta na relação jurídica, toda ela estabelecida entre particulares. Compõem, assim, uma categoria de princípios “que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo.” São, esses princípios, inderrogáveis pela vontade das partes e seus efeitos insuscetíveis de renúncia.⁶⁹

A Constituição Federal - CF enuncia em seu preâmbulo as premissas básicas de nossa ordem jurídica, do Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,

⁶⁸ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 1192.

⁶⁹PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1, p. 14.

fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Como amplamente exemplifica Ricardo de Carvalho Aprigliano⁷⁰, são preceitos de ordem pública as regras atinentes às bases econômicas e sociais, ao direito de propriedade, à proteção da personalidade, à exclusão de responsabilidade contratual e normas que proíbam a utilização de provas ilícitas.

Restringiremos, ainda, nossa abordagem à ordem pública interna, em especial à denominada *ordem pública processual*.

Sob o ponto de vista processual, a ordem pública se configura como um conjunto de formalidades e princípios necessários do ordenamento jurídico processual, podendo uma decisão arbitral ser anulada quando os contradiga. Na Espanha, a ordem pública adquiriu um conteúdo impregnado das exigências do art. 24 da Constituição⁷¹, o que não significa limitar a ordem pública ao âmbito estritamente processual, mas também se pode entender, segundo José Luiz Gonzáles-Montes Sánchez, que o laudo poderá atentar contra princípios e direitos constitucionais distintos daqueles previstos nesse dispositivo constitucional, pressupondo violação da ordem pública material.⁷²

Para João Ilhão Moreira, a primeira função da cláusula de ordem pública decorre da necessidade de uma harmonização entre o desejo das partes de superarem os limites da lei

⁷⁰APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27.

⁷¹Artículo 24. 1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

⁷²GONZÁLES-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. *El control judicial de la arbitraje*. Madrid: La Ley, 2008. p. 112. Nesse sentido, a SAP de Valencia de 31 de março de 2006 destacou que o caráter amplo de impreciso da noção de ordem pública aconselha uma cautelosa aplicação do seu conceito a casos concretos, encontrando-se a causa de anulação integrada, basicamente, à vulneração dos direitos fundamentais e liberdades públicas asseguradas fundamentalmente pelo art. 24 da constituição espanhola (CE), que “*em el ámbito de derechos de carácter material cristalizan, em torno a los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos indispensables para la conservación de la sociedad em una época determinadas, y que son informadores de las instituciones jurídicas y esencialmente coincidentes com los principios generales del derecho, de aplicación acogida em el art. 1 del CC, y por extensión, los derechos y liberdades reconocidos em el Cap. 2º del Título I de la CE.*”

processual nacional com a necessidade de os Estados preservarem noções básicas de justiça e moralidade vigentes na sua comunidade⁷³.

Na Itália, como relata Davide Gambetta, os princípios da ordem pública processual não são literalmente enunciados pelo código de processo civil, mas deduzidos da jurisprudência e enfocados pela doutrina. Dessa forma, a busca de princípios no campo específico do processo arbitral foi, em parte, inspirada pelas garantias tradicionais do processo judicial, traduzindo no "processo privado" algumas diretrizes do processo ordinário. Mesmo os princípios transversais, que afetam tanto o processo judicial como o arbitral, podem sofrer alguma adaptação fisiológica no segundo⁷⁴.

Nesse sentido, demonstra Manoel Pereira Barrocas que os princípios aplicáveis variam também conforme o tipo de arbitragem: sabido que nas arbitragens comerciais prevalece o interesse privado, enquanto é o interesse público que sobressai nas arbitragens de investimento e naquelas entre Estados, regidas por princípios de Direito Internacional Público, seara em que devem ser considerados os limites impostos pela soberania nacional⁷⁵.

De todo modo, enfatiza a doutrina que serão raros os casos em que as sentenças arbitrais colidirão com os princípios básicos de moralidade, pois que não se apresentam os árbitros seres amorais, “antes comungando dos mesmos valores axiológicos que a comunidade em que estão inseridos”⁷⁶.

Com efeito, ao analisar a implicação da ordem pública como fator de restrição à arbitragem (seja quanto à anulação de sentenças nacionais ou à recusa de homologação de sentenças estrangeiras), destaca Ricardo de Carvalho Aprigliano a tranquila convivência da arbitragem com a ordem pública, devendo se afastar a ideia de que se a matéria envolver normas ou princípios de ordem pública, não poderia ser submetida à arbitragem. Pois é sabido que “nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos indisponíveis”. Conclui, pois, que no contexto da arbitragem nacional, a

⁷³MOREIRA, João Ilhão. O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no Fórum de Execução por Violação da Ordem Pública: perspectiva do direito português. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 1008-1009.

⁷⁴GAMBETTA, Davide. *I poteri dell'arbitro in materia di istruzione probatoria*. Roma, LUISS: Libera Università Internazionale degli studia sociali Guido Carli. Tesi. Anno accademico 2016/2017. p. 44. Disponível em: https://tesi.luiss.it/18659/1/120033_GAMBETTA_DAVIDE.pdf.

⁷⁵BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 725.

⁷⁶MOREIRA, João Ilhão. O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no Fórum de Execução por Violação da Ordem Pública: perspectiva do direito português, *cit.* p. 1009.

ordem pública exerce influência na escolha de regras de direito (de fundo e procedimentais) pelas partes, bem como no controle judicial exercido sobre a sentença arbitral ⁷⁷

Com relação à prova ilícita na arbitragem e suas consequências, a inobservância, pelo árbitro, de preceitos de ordem pública, poderá importar na anulação da sentença arbitral, por vício de fundamentação (artigo 32, III, da LA), ou na recusa de homologação de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pertinente, nesse ponto, a lição de Pedro Antônio Batista Martins, de que a simples escolha de uma lei não pode importar violação à ordem pública, pois a “lei não é, de antemão, atentatória à ordem pública ou aos bons costumes. Sua aplicação é que poderá violar esses pressupostos de direito”.⁷⁸

Já, sob o ponto de vista específico da disciplina das provas na arbitragem, a questão da ordem pública é tratada, com profundidade, na tese de Andrea Mengali⁷⁹, que considera atinentes à *ordem pública processual* determinados princípios processuais.

Preocupa-se o doutrinador italiano com os limites dentre os quais as normas sobre prova *podem* ser consideradas aplicáveis ou *devam* ser aplicadas na arbitragem, incluindo os casos nos quais se considere o fenômeno arbitral incompatível com algumas normas sobre prova ou com alguns meios de prova. Sobre o assunto nos deteremos no tópico 2, que tratará dos princípios processuais aplicáveis à arbitragem.

Dessa forma, as normas de ordem pública atuarão na questão probatória na exata medida em que o modo de obtenção de um meio de prova não poderia afrontá-las, bem como a determinados princípios processuais voltados a limitar o conhecimento dos fatos pelo árbitro.

⁷⁷APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 240.

⁷⁸MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46.

⁷⁹MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 106: “Perché, una volta dimostrata la natura processuale delle norme sulle prove e la non automatica applicazione delle norme processuali comuni all'arbitrato, in virtù del principio della libertà delle forme; una volta rilevato che le norme di diritto probatorio non appartengono, salvo eccezioni, all'ordine pubblico processuale (limite invalicabile di tale libertà), le conseguenze ci appaiono come il risultato di un'equazione matematica: nell'arbitrato (salvo diversa disposizione della disciplina speciale dell'istituto, delle parti o degli arbitri) non si applicano le norme probatorie contenute nel codice civile e nel codice di procedura civile e dettate per il processo innanzi al giudice statale.”

1.2. Normas cogentes

Constitui, em nosso sistema jurídico, questão a ser tratada com grande abrangência, a de como a disciplina legal, que é formada por normas cogentes, poderia limitar a produção e a admissibilidade das provas na arbitragem, dadas as escassas regras positivadas sobre a instrução probatória. Mas que, todavia, encontra limites, quando a atividade probatória vem de ser submetida exclusivamente à vontade criadora das partes. Seja por resvalarem sobre normas legais sobre prova, seja por incidirem em meios de obtenção de provas que demandariam o exercício de poder de *imperium* pelo árbitro, do qual é diretamente desprovido, dependendo da colaboração do juiz estatal.

O processo arbitral, com efeito, ainda que parcialmente regulamentado pela Lei 9.307, de 1996 - LA e por tratados internacionais, é moldado, antes de tudo, pela vontade das partes. Pois são elas a definir o objeto da arbitragem, delimitando, com isso, a própria atuação do árbitro. Podem, a seu critério, escolher as normas aplicáveis na resolução da controvérsia, ou mesmo definir que esta seja dirimida com base num juízo de equidade.

Ao dispor, em seu art. 21, que a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção, a LA deixa a critério das partes submeterem-se às regras de uma instituição arbitral, ou às normas a serem estabelecidas pelo árbitro, podendo ainda as próprias partes definirem o procedimento que melhor lhes aprouver. Respeitadas, sempre, como bem observa a doutrina, as garantias constitucionais do devido processo legal, sob pena de anulação da sentença arbitral, nos termos do art. 32, VIII dessa mesma lei.⁸⁰

Quanto à instrução probatória, a tônica é a flexibilidade procedimental, possibilitando maior celeridade e menor formalismo, sem a preocupação com fases ou com a fixação de uma ordem a ser seguida na produção das provas. Com isso, prestigia-se o livre convencimento do árbitro, que poderá indeferir um meio de prova, quando o reputar desnecessário.

A LA refere-se expressamente à preclusão no artigo 20, *caput*, que deve ser arguida na primeira oportunidade de manifestação, após instituída a arbitragem, apenas sobre questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, assim como para alegar a nulidade, invalidade ineficácia ou ineficácia da convenção de

⁸⁰FARIA, Marcela Kohlbach de A produção de prova no procedimento arbitral. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 462.

arbitragem. Sem prejuízo, como prevê o seu parágrafo 2º, de eventual reexame da matéria pelo Poder Judiciário, na hipótese de ação de nulidade. No mesmo sentido dispõe a LA espanhola, no art. 6, estabelecendo a preclusão de impugnação de matéria relativa à infração de alguma norma dispositiva da lei, qual seja, sobre um defeito sanável, ou que verse sobre algum requisito da convenção arbitral ou à competência dos árbitros. Em se tratando, porém, de infração a norma imperativa, desafia ação de anulação.⁸¹

Não há falar, de resto, salvo disposições regimentais dos Tribunais arbitrais, ou prévio ajuste entre as partes, em preclusão no tocante às provas, pois o árbitro escolhido, ou até mesmo outro árbitro que venha a substituí-lo, poderá refazer a produção de uma prova oral ou pericial, ficando igualmente a seu critério que a oitiva de testemunhas se faça antes ou depois da apresentação do laudo técnico. Contudo, como observam Eduardo Arruda Alvim e André Ribeiro Dantas, embora o procedimento arbitral seja mais flexível que o processo estatal, “a ele se aplicam algumas noções como a preclusão consumativa ou lógica”.⁸²

Nesse sentido, é percuciente a observação de Camilo Zufelato, de que o próprio procedimento garante o respeito a direitos fundamentais processuais, a constituir o núcleo central de formalidades num processo justo. A flexibilização do procedimento, portanto, portanto, “não é a ausência de forma, mas sim a utilização racional e planejada da forma.”⁸³

Questão que inspira divergência na doutrina, é a de saber-se se a convenção arbitral poderia limitar os meios legais de prova.

Para Paulo Cezar Pinheiro, não poderia fazê-lo, sob pena de ofensa não apenas ao contraditório e à ampla defesa, mas ao próprio livre convencimento do árbitro, que ficaria, assim, impedido de determinar de ofício as provas que reputasse necessárias para o deslinde da questão⁸⁴. Já, para José Eduardo Carreira Alvim, caberia ao árbitro, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade, admitir apenas as provas convencionadas pelas partes⁸⁵.

⁸¹GONZÁLES-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. *El control judicial de la arbitraje*, cit., p. 38.

⁸²ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual, cit., p. 165. E, ainda assim, como pondera Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 56 e ss., inexistente procedimento sem alguma preclusão.

⁸³ZUFELATO, Camilo. Flexibilidade procedimental e gestão processual no direito brasileiro. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 249.

⁸⁴CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 339, p. 136, jul./set. 1997.

⁸⁵ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 377.

Importa, ainda, analisar, em que pese à não aplicabilidade subsidiária das normas processuais codificadas à arbitragem, se seria possível focar a questão à luz do instituto do negócio jurídico processual, previsto no artigo 190 do CPC, que prevê “*mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*”⁸⁶.

Entende a doutrina processual⁸⁷, em meio a divergências sobre a utilidade do instituto no âmbito do processo judicial, que a gênese dessa inovação legislativa foi inspirada no próprio processo arbitral. O que faz todo sentido, visto que as partes poderão fazer até mais do que faculta a lei processual civil, que é moldar o seu próprio procedimento, no todo ou em parte, mormente em se tratando de arbitragem “ad hoc”, podendo, ainda, adotar o procedimento previsto nos regulamentos das Câmaras Arbitrais que se afigure mais adequado para a solução do conflito.

O fato é que a arbitragem tem por característica a liberdade de as partes pactuarem a respeito do procedimento, o que inclui a produção de provas, como, v. g., pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, a serem efetivadas com a colaboração do juiz estatal, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; e acordo de produção antecipada de provas.

Entendemos que tal limitação seria possível, com base no princípio da relevância da prova, ao qual nos referiremos adiante. Incidiria, ainda, o princípio da economia processual,

⁸⁶Trata-se da chamada *flexibilização procedimental*, cf. GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 215, levando em conta “as especificidades da causa mencionadas no enunciado normativo” (...) “São as partes ou figurantes do negócio jurídico que elegem as especificidades, e a partir delas acordam ajustes procedimentais.” Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Brubo (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 630.

⁸⁷Segundo NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 16. ed., cit., p. 760, nota 8, “a proposta não é original pois a regra já está contida, por exemplo, na LArb, na LI e na possibilidade de convenção das partes sobre competência e ônus da prova”. Já para GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 42 “Não se pode utilizar como parâmetro, quando se pretende analisar a situação da litigiosidade brasileira, a realidade existente em ilhas de excelência e de exceção, como os centros de mediação existentes em poucas cidades e faculdades e uma assistência jurídica gratuita eficiente. A arbitragem, em um contexto sociocultural como o brasileiro, é uma reserva luxuosa, muitíssimo distante da esmagadora maioria das comarcas brasileiras”. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 1, p. 535: “A primeira leitura dos dispositivos do Novo CPC que tratam de contratos processuais parece indicar uma tentativa de trazer para o processo a ideologia e as linhas mestras da arbitragem. Isso, porém, não apenas contrasta com o próprio papel do Estado, com a função epistêmica do processo e com a sua função de dar tutela de direitos, como ainda traz para dentro do ambiente público as limitações e as insuficiências desses procedimentos privados de solução de controvérsias.”

que recomenda o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais, devendo a questão, portanto, ser analisada caso a caso.

Desse modo, se for viável decidir uma causa que verse sobre questões contábeis com base exclusivamente em provas documentais (livros e registros comerciais), a exclusão da prova testemunhal se afiguraria viável, propiciando, inclusive, maior celeridade⁸⁸. Já, se o cerne da discórdia é uma questão eminentemente técnica, que não poderia ser elucidada senão por perícia de uma área do conhecimento específica, como a própria perícia contábil ou de informática, a limitação soaria desarrazoada e, portanto, inadmissível à luz do devido processo legal. E nem mesmo o conhecimento técnico do árbitro, em regra, poderia suprir esse meio de prova, sobre o que também discorreremos.

Mas não se poderia admitir, como adverte Giovanni Verde, que as partes suprimissem o direito de defesa, e, portanto, em violação ao contraditório, e ao disposto no art. 2.698 do CPC italiano, que prescreve a nulidade da disposição sobre o ônus da prova quando tenha por efeito tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito à prova.⁸⁹

Outro ponto que mereceu a atenção da doutrina é a previsão, no ordenamento material, de regras cogentes sobre prova. O Código Civil brasileiro, por exemplo, estabelece que a prova do depósito voluntário deve se fazer por escrito (art. 646), e que o contrato de seguro se prova com a exibição da apólice ou do bilhete de seguro, ou, na sua falta, pelo comprovante do pagamento do prêmio (art. 758). No direito português, existe a questão da escritura como prova plena da propriedade, por força da fé pública do documento, que segundo a orientação da doutrina e jurisprudência pode ser suprida pela prova testemunhal, se houver começo de prova escrita⁹⁰. Em nosso direito, o CPC já estipula essa regra.

⁸⁸A propósito, a orientação trazida no Regulamento de Arbitragem Expedida (RA 46/2021) da CAM-CCBC: *2.13 O Tribunal Arbitral poderá, ouvidas as partes, decidir que o procedimento será conduzido tão somente com base em prova documental, podendo indeferir pedidos de outras provas*. Também para as demais arbitragens (sem limitação de valor), o Regulamento de Arbitragem da CCI preconiza, como técnica para condução do procedimento (Apêndice IV) - *c) Identificar questões que possam ser decididas exclusivamente com base em documentos sem a necessidade de prova testemunhal ou sustentação oral em audiência*.

⁸⁹VERDE, Giovanni. *Lineamenti de diritto dell'arbitrato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 145.

⁹⁰Processo: 8470/15.6T8CBR.C1 - Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra. Sumário: I - Um documento autêntico faz prova plena dos factos referidos como praticados pelo documentador: tudo o que o documento referir como tendo sido praticado pela entidade documentadora, tudo o que, segundo o documento, seja obra do seu autor, tem de ser aceite como exacto (art. 371º, nº 1, 1ª parte, do C.Civ.). II - Uma escritura pública de compra e venda pertence indiscutivelmente à categoria dos documentos autênticos (art. 369º, nºs 1 e 2 do CCiv) e faz, por isso, prova plena dos factos que sejam atestados pela entidade documentadora (art. 371º, nº 1 do CCiv.). (...) X - A jurisprudência dos tribunais superiores, com base no defendido pelo Prof. Vaz Serra, tem entendido, maioritariamente, que, fora dos casos acima referidos, quando houver determinado circunstancialismo, por exemplo um princípio de prova por escrito, que tornem verosímil o facto a provar, contrário à declaração confessória, ficará aberta a possibilidade de complementar esse circunstancialismo,

Resta saber em que medida essas disposições incidiriam no processo arbitral.

Para Manoel Pereira Barrocas, na arbitragem doméstica a regra civil seria impositiva ao árbitro, quanto aos meios de prova, o regime do ônus da prova e das presunções de prova previstos na lei substantiva (artigo 341º e seguintes do Código Civil português), desde que aplicável à causa o direito português⁹¹.

Na arbitragem internacional, o problema também se coloca, bem ilustrado por Eduardo Silva Romero, no tocante ao disposto nos artigos 68 e seguintes do Código de Comércio Colombiano, quanto ao valor probatório dos livros contábeis das sociedades comerciais. No precedente referido por esse autor, as partes adotaram para o procedimento as regras da UNCITRAL, tendo o Tribunal Arbitral entendido pela aplicação da lei material colombiana, ressaltando, contudo, que a prova constitui questão *processual*, dispondo, assim, o árbitro, com base no citado regulamento arbitral, de total liberdade para valoração das provas⁹².

Da mesma forma, em se tratando de meios de prova atípicos, como dados obtidos mediante quebra do sigilo telemático, que possuem regulamentação no Brasil e cominação penal para a sua violação, a questão de sua eventual ilegalidade não poderia ser ignorada pelo árbitro, sem, com isso, abdicar do seu livre conhecimento na valoração do material probatório. Possível, todavia, superar essa restrição, se a quebra do sigilo for solicitada por medida antecipatória de produção de prova, ou no curso do processo arbitral, determinando-se a expedição de carta arbitral, para colher-se a devida autorização judicial.

De todo modo, consoante ensinamento de Manoel Pereira Barrocas, apesar das diferenças de regime entre os processos judicial e arbitral, seria em matéria probatória que mais se aproximariam na prática, tendo em vista a demonstração da verdade dos fatos, mesmo não dispondo o árbitro dos poderes coercitivos do juiz, mas podendo se valer da sua colaboração quando necessário⁹³.

mediante testemunhas, de modo a fazer a prova do facto contrário ao constante dessa declaração, ou seja, no caso, a prova de onde resulte não corresponder à realidade o afirmado recebimento do preço.

⁹¹BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*, cit., p. 418.

⁹²SILVA ROMERO, Eduardo. *L'administracion de la prouve – Problemes juridiques e culturels em Amerique Latine*, palestra proferida no colóquio organizado pela Corte de Cassação em conjunto com o Comitê Frances de Arbitragem, a Sociedade de Direito Comparado e o Comitê Brasileiro de Arbitragem em 23.06.2003, *apud* FARIA, Marcela Kohlbach de A produção de prova no procedimento arbitral, cit., v. 3, p. 466.

⁹³BARROCAS, Manuel Pereira. *A prova no processo arbitral*. Separata da Obra. “IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. (Centro de Arbitragem Comercial). Coimbra: Almedina, 2012. Disponível em: https://www.barrocas.pt/publ/A_Prova_no_Process_Arbitral.pdf.

Inexistindo no processo arbitral, outrossim, previsão legal sobre ônus, cominações ou sanções (como a preclusão), deveria o árbitro, segundo Manoel Pereira Barrocas, valer-se de dois instrumentos, quais sejam:

- (i) o denominado *compromisso essencial*, qual seja, um acordo implícito entre as partes e os árbitros de não criar entraves desnecessários à marcha do processo, de disponibilizar informações, e de fornecer os meios de prova disponíveis; e,
- (ii) por efeito desse pacto implícito, o direito do árbitro de extrair *inferências*, em termos probatórios, da atuação negativa de uma parte, cominação essa a ser estabelecida previamente no regulamento de arbitragem (ou já existente em alguns regramentos de *soft law* sobre provas, como o da IBA⁹⁴).

1.3. O *iura novit curia* na arbitragem

Literalmente, o princípio significa que o juiz (ou, em arbitragem, o árbitro) conhece o Direito. Em seu alcance prático, envolve uma dicotomia: o âmbito material de escolha genérica pelos árbitros, quando as partes não o tenham feito; e a determinação e aplicação pelos árbitros das normas jurídicas em concreto pertencentes à lei genericamente escolhida pelas partes.⁹⁵

Atente-se que a construção de um celeiro de normas posto pelas partes à disposição dos árbitros tanto poderia facilitar o seu trabalho, quanto mantê-los em abstinência jurídica, impedindo-os de dar cabal cumprimento à sua missão de decidir racionalmente com base em provas, em especial daquelas totalmente atípicas ou, porventura, ilícitas.

Diversamente do que ocorre no processo judicial, onde o juiz tem o poder de, dados os fatos, decidir sobre o direito aplicável (*iura novit curia*), na arbitragem as partes podem definir, de antemão, o direito aplicável.

O primeiro problema que se coloca é, justamente, entender qual seria o *direito aplicável*, por envolver essa expressão uma multiplicidade de leis, regras, princípios, normas

⁹⁴“Article 9.5. 5. If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.”

⁹⁵BARROCAS, Manuel Pereira. *Estudos de direito e prática arbitral*, cit., p. 134.

jurídicas e normas não estatais, que pode resultar em enorme complexidade, coexistindo um direito aplicável à convenção de arbitragem, outro ao procedimento arbitral e ainda outro pertinente ao mérito.

Para Rafael Francisco Alves, “é preciso determinar, em primeiro lugar, o *direito aplicável à arbitragem*, para então determinar o *direito aplicável na arbitragem*.”⁹⁶ O direito aplicável à *arbitragem* corresponde ao procedimento arbitral (*lex arbitrii*), apresentando-se pouco detalhado na Lei de Arbitragem (LA), e submetendo-se aos Regulamentos das Câmaras Arbitrais e a *guidelines* internacionais, compondo as *soft laws*,

Mas é fora de dúvida que o direito estatal de determinado país, como entende este autor, constituiria “o fundamento de validade da arbitragem e do poder dos árbitros”. Muito embora, como vem a concluir, inexistam respostas únicas para questões como “O árbitro deve aplicar normas cogentes? Como o árbitro deve realizar o controle da ordem pública?”, e sim, *distintas culturas jurídicas*, a influenciar *distintas práticas de arbitragem*, devem sempre ser respeitadas as garantias processuais das partes, para evitar que venham a ser surpreendidas. E, à luz do direito brasileiro, defende o autor que o árbitro possa aplicar *ex officio* fundamentos jurídicos não alegados pelas partes, “salvo se houver acordo das partes em sentido contrário”⁹⁷. O tema será retomado mais adiante, ao tratarmos da natureza da atividade arbitral.

Voltamos ao tema da vedação probatória, para saber se poderiam a partes convencionar sobre inadmissão de determinados meios de prova, ou mesmo quanto à sua admissão, conquanto reputados ilegais à luz do ordenamento jurídico.

A propósito, Giovanni Verde, cuidando de analisar se as partes e os árbitros poderiam derogar o modelo probatório dos códigos, e até que ponto, refere-se a uma decisão da Corte de Cassação, segundo a qual, se as partes não dispuseram diversamente (elegendo as normas do código de processo sobre a admissão de provas), seria admissível a prova testemunhal requerida numa especificação de provas tardia (*memoria istruttoria tardiva*), sempre que a parte contrária tenha tido a possibilidade de contrariar essa proposta.

⁹⁶ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*, *cit.*, p. 52 e ss. “Isso porque o direito aplicável ao mérito da disputa não coincide necessariamente com o direito aplicável à arbitragem (comumente denominada de “*lex arbitrii*”). É este que regula a arbitragem e determina o regime jurídico a que estará submetido o procedimento arbitral, e, conseqüentemente, o árbitro, ao passo que o direito aplicável ao mérito (direito aplicável na arbitragem) guiará a decisão dos árbitros sobre o objeto da disputa”.

⁹⁷*Id. Ibid.*, p. 345.

Assim, conquanto a linguagem do código de processo seja muito lacônica, contém indicações úteis. Pois, enquanto as partes podem estabelecer as normas que os árbitros devem observar “*nel procedimento*”, os árbitros podem regular o desenvolvimento do processo. De deduzir-se, assim, que às partes é consentido mais do que aos árbitros, podendo estes apenas dispor sobre a forma de produção dos meios de prova (*assunzione*), sempre na estrita observância ao contraditório.⁹⁸

No que se refere à inadmissão, a doutrina já aventou o problema da *prova ilícita negocial*, qual seja, sobre a possibilidade de as partes, valendo-se da permissão contida no art. 190 do CPC, negociarem que “determinado meio de prova não será admitido no processo em que disputarem seus interesses.” Nesse caso, entende-se que, não havendo simulação ou fraude, não poderia o juiz desconsiderar tal negócio jurídico processual⁹⁹.

Diversamente, na hipótese de as partes convencionarem sobre a admissão de provas que se afigurassem supostamente ilícitas, é preciso responder à questão de que se ficaria o árbitro impedido de indeferir a sua introdução no processo, ou, se já produzidas, deixar de valorá-las.

A resposta, de todo modo, deverá partir do ordenamento jurídico, que já prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Contudo, essa garantia pode não se afigurar suficiente para o deslinde de determinadas situações fáticas, na presença de outros direitos fundamentais.

Nas arbitragens internacionais, a complexidade das questões atinge um grau mais elevado, dada a necessidade de interação de vários ordenamentos jurídicos. Procura-se estabelecer uma regra, levando-se em conta os momentos da produção e da valoração da prova, segundo a qual prevaleceria a lei do local dos fatos para a produção da prova (*locus regit actum*), enquanto para a sua admissibilidade prevaleceria a lei da sede da arbitragem (*lex arbitri*).¹⁰⁰ Essa, aliás, a regra contida no art. 13 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.¹⁰¹

Contudo, a jurisprudência do STJ, na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, tem levado em conta não apenas as tradicionais violações ao devido processo

⁹⁸VERDE, Giovanni. *Lineamenti de diritto dell'arbitrato*, cit., p. 144.

⁹⁹A propósito, DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 2, p. 101.

¹⁰⁰Nesse sentido, BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 306.

¹⁰¹Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

legal, mas também outras questões relativas à ordem pública, como a parcialidade do árbitro, suscitada no famoso Caso Abengoa.¹⁰²

Outro exemplo, hipotético, fornecido pela doutrina, reforça a ideia de que a prova considerada inadmissível de acordo com a lei do país de origem venha a ser admitida em face da ordem pública brasileira. Suponha-se a proibição de depor por questão de gênero, ainda imaginável em países onde as mulheres não desfrutam dos direitos mais básicos. Constituiria, perante um Tribunal Arbitral sediado no Brasil, grave violação à dignidade humana e ao princípio da isonomia, podendo o árbitro desconsiderar absurda vedação e tomar o depoimento da mulher por videoconferência, caso em que a violação da ordem pública residiria na fase de produção e não na da valoração da prova.¹⁰³

Atualmente, novos embates podem se colocar, diante dos avanços e perigos das novas tecnologias. Os modernos sistemas de comunicação caracterizam-se tanto pela facilidade da transferência e compartilhamento de informações, como por criar oportunidade para a obtenção ilegal de dados, de natureza privada ou privilegiada. Um dilema probatório surge, assim, quando a informação obtida de fonte desconhecida (geralmente por obra de *hackers*) cai nas mãos de uma parte, que depois procura usá-la na arbitragem.

O problema tem ocorrido sobretudo nas arbitragens de investimento, quando se procura provar alegações de corrupção. Na esteira do escândalo do WikiLeaks, vários tribunais arbitrais de Estados investidores foram confrontados com partes que buscam usar provas inicialmente obtidas através de uma violação de dados em larga escala. A abordagem tradicional, sob as regras domésticas da maioria dos países tornaria tais comunicações e vazamentos inadmissíveis. Contudo, os parâmetros legais de admissibilidade parecem prontos para mudar, na medida em que tais provas, que teriam sido consideradas

¹⁰²SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - US (2013/0278872-5 - RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Conforme a ementa, (...) 1. O procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão homologanda, excepcionadas as hipóteses em que se configurar afronta à soberania nacional ou à ordem pública. Dado o caráter indeterminado de tais conceitos, para não subverter o papel homologatório do STJ, deve-se interpretá-los de modo a repelir apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro. 2. A prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui e é aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional, razão pela qual a decisão proferida pela Justiça alienígena, à luz de sua própria legislação, não obsta o exame da matéria pelo STJ. 3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996).

¹⁰³FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira. In: MOREIRA, Ana Luiza B. M. Pinto; BERGER, Renato (Coords.). *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emílio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 534.

inadmissíveis devido ao seu caráter privilegiado ou confidencial, são ora legitimáveis porque consideradas informações públicas.

A questão também se colocou perante a Justiça brasileira, no âmbito criminal, em conhecido caso de interceptação e vazamentos de conversas de integrantes da Operação Lava Jato, divulgadas pelo *site* Intercept, com a finalidade de demonstrar a quebra da imparcialidade do juiz Sergio Moro, que presidia os processos.

Nesse ponto, procura-se afastar a inadmissibilidade constitucional e legal da prova obtida ilicitamente, em confronto com outros valores e garantias constitucionais, sob a justificativa de que se tratariam de informações públicas, ou sob o argumento de que conversas de autoridades públicas não podem ser encobertas pelo sigilo.

Para responder a essas questões, é preciso, acima de tudo, entender a relação entre os momentos da produção e da valoração das provas em face dos direitos fundamentais, o que se fará a seguir.

1.4. Normas de proteção aos direitos fundamentais

A abordagem desenvolvida neste tópico tem relevância na consideração do fenômeno das provas obtidas por meios ilícitos no processo arbitral, partindo-se do pressuposto constitucional da sua inadmissibilidade, no processo de qualquer natureza, prevista no artigo 5º, inciso LVI da CF, em função do resguardo de direitos fundamentais da pessoa, física ou jurídica, atingida pela sua violação.

Segundo Robert Alexy, a teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã “é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais *positivos* vigentes”¹⁰⁴

¹⁰⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32. Para DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 40, a expressão *direitos fundamentais* “corresponde ao vocabulário da Constituição de 1988, mesmo que essa escolha não tenha sido feita com rigor em todo o seu texto”. Exclui, outrossim, as expressões *direitos naturais* e *direitos humanos*, reputadas inadequadas pelo autor, “já que não indicam os direitos positivados na Constituição, mas sim os pré-positivos (direitos naturais) ou suprapositivos (direitos humanos) (...)”. Noutro sentido, RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51 muito embora entendendo que “os “*direitos humanos*” servem para definir os direitos estabelecidos pelo *Direito Internacional* em *tratados e demais normas internacionais* sobre a matéria, enquanto a expressão “*direitos fundamentais*” delimitaria os direitos *reconhecidos* e *positivados* pelo *Direito Constitucional* de um Estado específico”, observa que essa terminologia não é uniforme no Direito Internacional que, por vezes, nem utiliza a locução “direitos humanos”, a exemplo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (redigida em 2000 e alterada em 2007).

Sob esse enfoque positivo, cumpre identificar os direitos fundamentais no âmbito da Constituição brasileira. Onde a dignidade da pessoa humana, a exemplo da Lei fundamental de Bohn, é erigida como um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III da CF). A proteção se estende por diversos dispositivos, com repercussão em matéria processual e probatória, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, ao tratar dos *direitos individuais*.¹⁰⁵

Quando a dignidade da pessoa humana vem associada à defesa dos direitos fundamentais, se faz necessário, como preceitua Jorge Reis Novais, o apuramento do seu *conteúdo normativo autônomo*. O que pode se dar sob diversos enfoques: quando utilizada contra ou a favor dos direitos fundamentais, como parâmetro nos procedimentos de ponderação, ou do controle de constitucionalidade das restrições de direitos fundamentais¹⁰⁶.

Os *direitos individuais*, denominados *direitos de primeira geração*, representam os direitos clássicos de *liberdade de agir* do indivíduo em face do Estado, e, em determinadas situações, dos particulares. Por força do denominado “efeito perante terceiros”, poderiam, segundo José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁷, ser invocados perante os tribunais para que resolvam os conflitos havidos entre indivíduos. Nesse caso, pela função de proteção perante terceiros.

“o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos”.¹⁰⁸

É de se destacar, ainda, que a arbitragem comercial incorporou a possibilidade de apreciar questões relativas a direitos humanos nas relações entre empresas ou Estados com

¹⁰⁵Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos, cit.*, p. 61.

¹⁰⁶NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 2, p. 29.

¹⁰⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 496.

¹⁰⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição, cit.*, p. 409. O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais deu-se no Caso Lüth. Em 1950, Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, passou a defender que fosse feito um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte*, dirigido por Veit Harlam. A produtora do filme recorreu ao Tribunal de Hamburgo para que cessassem as manifestações, o que foi acolhido pelo Tribunal. Lüth então recorreu à Corte Constitucional Alemã, que reformou a decisão, entendendo que a sentença violou o direito fundamental de Lüth à liberdade de expressão (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 346 *apud* THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie, cit.*, p. RB1.1).

seus trabalhadores, consoante previsto nas Regras da Haia para Arbitragem Envolvendo Empresas e Direitos Humanos.¹⁰⁹

Quanto aos direitos fundamentais positivados, a Constituição brasileira arrola em seu art. 1º, dentre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, a cidadania, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Princípio maior, o da dignidade humana, de forte conteúdo ético e insuscetível, segundo Dworkin, de definição cerrada, abriga dentre os seus subprincípios o da proibição das utilização de provas ilícitas.¹¹⁰

A seguir, o *caput* do artigo 5º da CF assegura a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Segue-se a enunciação, nos incisos I e II, respectivamente, da igualdade entre homens e mulheres e do princípio da legalidade, e, mais adiante, dos direitos personalíssimos¹¹¹ relativos à inviolabilidade da intimidade¹¹², da vida privada, da honra e imagem (inciso X), do domicílio (incisos XI), e do sigilo da

¹⁰⁹GUEDES, Henrique Lenon Farias. Arbitragem e direitos humanos em outro conto da Haia: os impactos das regras da Haia para arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos. *Jota*, 05 dez. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-direitos-humanos-em-outro-conto-da-haia-05122019. Como esclarece o autor, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, como se intitulam originalmente, podem ser consideradas uma típica contribuição local. O projeto de elaboração desse documento iniciou em 20 de setembro de 2017, com financiamento do Município da Haia, e congrega pesquisadores e outros profissionais com experiência em direito internacional, com o propósito de preencher uma lacuna que eles enxergaram nos Princípios da ONU Sobre Empresas e Direitos Humanos: o acesso à justiça.”(...) “As Regras da Haia pretendem incorporar novas perspectivas à instrução e ao julgamento dos casos, permitindo a superação de vieses de disponibilidade, porventura enfrentados pelos árbitros de direito do comércio; equilibram-se, assim, aspectos como consentimento, escolha da lei aplicável, produção de provas e custos. Conforme os elaboradores da proposta, o foco não são, por óbvio, procedimentos que envolvem direitos tipicamente patrimoniais exclusivos das empresas, senão o debate de potenciais violações a direitos humanos, em hipóteses diversas como: disputa entre duas empresas acerca do inadimplemento de contrato que preveja a observância de padrões ambientais ou trabalhistas na “supply chain”; disputa entre uma companhia e um grupo prejudicado por sua atividade empresarial, como uma comunidade aborígine, uma associação de consumidores ou uma categoria profissional”.

¹¹⁰Refere FONSECA. Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira, *cit.*, p. 513, que a questão da proibição da inquirição mediante tortura é uma necessidade decorrente da preservação da dignidade humana, e tantos outros meios invasivos, tais o recurso ao detector de mentiras, à hipnose, a administração do soro da verdade, as intrusões corporais, etc.

¹¹¹Como leciona GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 37, “há que distinguir, direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privada, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos.”

¹¹²AGOSTINHO, Patrícia Naré. *Intrusões corporais em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 122 ressalta que “a dignidade da pessoa humana é susceptível de ser abalada, mais do que pela intrusão corporal em si, pela forma como tal medida é levada a cabo, pois se em geral, a lesão de um direito fundamental está justificada em nome de uma “dimensão social dos direitos fundamentais”, sendo lícito ao Estado “impor ao cidadão o sacrifício do seu direito em nome de um outro, interesse ou direito também constitucionalmente protegido”, isso não significa que tal lesão possa ser empreendida de forma irrestrita e arbitrária, em violação dos mais elementares princípios do Estado de Direito.

correspondência e das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, e das comunicações telefônicas (inciso XII).

Ressaltam, ainda, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹¹³ que não se trata de direitos afetos exclusivamente ao indivíduo, pois “não há óbice para que a pessoa jurídica possa exercer o direito de propriedade ou afirmar uma violação do sigilo de sua correspondência”.

Já, as *garantias fundamentais*, asseguram a efetividade e observância desses direitos fundamentais e dos direitos em geral (*habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, etc.). Mas a tutela desses direitos se efetiva, igualmente, por via do processo.

José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar dos direitos fundamentais, começa justamente pelo problema da aplicação direta das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, emprestando ênfase às garantias processuais “em sede do princípio estruturante do Estado de direito e os problemas relacionados com a restrição, conformação e concretização dos direitos fundamentais”, enquanto instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, dentre eles a garantia de acesso aos tribunais, a proteção através de um processo justo (*due process*), e o direito à tutela jurisdicional.¹¹⁴

A propósito, aponta Marcelo José Magalhães Bonicio a presença dos direitos fundamentais das pessoas em todas as situações que venham a ocorrer no sistema processual¹¹⁵.

A garantia do acesso aos tribunais, considerada por Canotilho como princípio estruturador do Estado de Direito, entre nós entendida como princípio da inafastabilidade da jurisdição, está consagrada no inciso XXXV do artigo 5º da CF, ao vedar que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Foi, justamente, com base nesse dispositivo, que se instaurou, perante o Supremo Tribunal Federal, uma polêmica acerca da lei de arbitragem, superada somente no início do presente século, ao se rejeitar a arguição de sua inconstitucionalidade.¹¹⁶ Atualmente, o

¹¹³Essa regra, segundo os autores, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., p. 86, foi positivada na Constituição alemã, em seu artigo 19, inciso 3º.

¹¹⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 491 e ss.

¹¹⁵BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, cit., p. 21.

¹¹⁶O Supremo Tribunal Federal declarou, em questão levantada incidentalmente nem processo de homologação de sentença arbitral estrangeira (STF- SE - 5.206 - DJU de 19/12/01), a constitucionalidade das formas de instituição da Arbitragem, bem como os efeitos da sentença arbitral e as alterações no Código de Processo Civil Brasileiro previstas nessa Lei. Consoante notícia publicada em 12.12.2001 no sítio do Supremo Tribunal Federal, “Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou hoje (12/12) um recurso em

Código de Processo Civil, após reproduzir esta regra no seu artigo 3º, *caput*, dispõe expressamente no § 1º que “a arbitragem é permitida, na forma da lei”.

Caracteriza-se o princípio do acesso à Justiça, segundo Rennan Thamay e Maurício Tamer, como um “direito fundamental a uma prestação positiva do Estado ou de quem estiver investido na função jurisdicional, no sentido de solucionar adequadamente o conflito em caso de lesão ou ameaça a direito”¹¹⁷

Já, o direito ao devido processo legal, inserido no inciso LIV, remonta ao *due process of law* dos esquemas garantísticos da Magna Carta, de 1215, sucessivamente renovada pelos soberanos ingleses, sob a conhecida fórmula:

“Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e *de harmonia com a lei do país*”.

A enunciação, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, não era clara, sendo substituída, na versão outorgada por Eduardo III, em 1354, pela expressão *processo devido em direito*, “mais rica, mas também mais indefinida”. Coke e Blackstone, seus mais célebres

processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), considerando constitucional a Lei de Arbitragem (Lei 9307/96). A lei permite que as partes possam escolher um árbitro para solucionar litígios sobre direitos patrimoniais, sendo que o laudo arbitral resultante do acordo não precisa ser mais homologado por uma autoridade judicial. Esse é o caso piloto (leading case) sobre a matéria. Trata-se de uma ação movida a partir de 1995. A empresa, de origem estrangeira, pretendia homologar um laudo de sentença arbitral dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido. Entretanto, em 1996, foi promulgada a Lei 9307, que dispensaria a homologação desse laudo na justiça do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei. Apesar de todos os ministros terem votado pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade. Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal. A corrente vencedora, por outro lado, considera um grande avanço a lei e não vê nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que se trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça. “O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.” O presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, após o término do julgamento, comentou a decisão dizendo esperar que seja dada confiança ao instituto da arbitragem e, a exemplo do que ocorreu em outros países, que essa prática “pegue no Brasil também.” Segundo ele, presume-se uma atuação de boa-fé por parte dos árbitros, que devem ser credenciados para tanto.” *In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. SE 5206. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624362>.*

¹¹⁷THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie, cit.*, RB-1.1. “(...) O acesso à função jurisdicional adequado é aquele vocacionado e que se viabiliza pelo mais próximo ou perfeito ajuste entre os instrumentos processuais e os direitos materiais postos. Nesse sentido, considerando que os direitos materiais se perfazem em suportes fáticos e esses são demonstrados a partir dos meios probatórios, nada mais coerente que o ordenamento processual viabilize a realização da prova e que tal atividade goze das possibilidades ajustadas à realidade.”

comentadores, atribuíram-lhe interpretação restritiva: “processo e acusação por homens de bem e justos, e, conseqüentemente, requer um juízo e *prova* de culpabilidade do acusado”.¹¹⁸

Refere Eduardo J. Couture que, antes mesmo da Constituição Federal norte-americana, de 1787, algumas constituições estaduais, como as de Maryland, Pennsylvania e de Massachusetts já consagravam o *due process*, reproduzindo a regra da Magna Carta de Eduardo III. Das declarações de direitos da Virginia e de Maryland, de 1776, o postulado foi incorporado à Constituição da Filadélfia, pelas Emendas 5ª e 14ª.

A garantia evoluiu, extrapolando o âmbito penal, sob a fórmula de *direito ao processo equitativo*, encontrando-se presente no artigo 20º da Constituição portuguesa - CRP¹¹⁹, no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 14 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Como conclui Nelson Nery Junior, referindo-se aos princípios processuais na Constituição de 1988, bastaria que tivesse sido adotado o princípio do *due process of law*, para dali decorrerem todas as conseqüências processuais, como garantia aos litigantes do direito a um processo e a uma sentença justos.¹²⁰

Mais do que isso, o direito ao processo justo, no entender de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, constitui *princípio fundamental* para organização do processo no Estado Constitucional, qual seja, o *modelo mínimo* de atuação processual do Estado, e, também, dos particulares, em algumas situações de direito material¹²¹.

No plano infraconstitucional, não há enunciação do princípio do devido processo legal, que continua, doutrinariamente, a ser entendido como um feixe de princípios, que concentra todos os demais, mencionados na Constituição Federal e reproduzidos na lei

¹¹⁸Apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 492.

¹¹⁹Artigo 20.º (Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva) 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

¹²⁰NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 27.

¹²¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 1, p. 491.

processual civil¹²² e na própria lei de arbitragem, no artigo 21 § 2º, que, repita-se, determina sejam respeitados, no procedimento arbitral, “os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Diversamente, pois, do que poderia parecer, a cláusula do devido processo legal não visa somente a tutela processual¹²³, apresentando tradicional duplo aspecto: o *procedural due process*, para tutela dos direitos por meio do processo judicial ou administrativo; e o *substantive due process*, para assegurar sua incidência no que respeita ao direito material.

Uma vez que no direito privado impera o princípio da autonomia da vontade, com a correspondente liberdade de contratar, onde podem ser praticados pelas partes quaisquer atos, desde que não violem normas de ordem pública¹²⁴.o aspecto substancial do *due process* tem especial relevância no processo arbitral, que se desenvolve no campo dos direitos patrimoniais disponíveis.

Prosseguiremos, portanto, sob o ponto de vista substancial. Mais detida análise do *procedural due process* será empreendida a seguir, sob o enfoque dos princípios aplicáveis ao processo arbitral.

A questão dos direitos fundamentais está ligada à sua tutela pelo direito processual, no curso do procedimento probatório, que não poderá admitir novas violações a pretexto da demonstração dos fatos. Muito embora nem sempre se possa divisar prontamente essa violação, como na proposição da prova documental e testemunhal. É que, somente após produzida a prova, e constatada a ilegalidade do meio de sua obtenção, ficará impedida de ser valorada, salvo, como aponta a moderna doutrina portuguesa, para beneficiar o titular do direito fundamental violado.

Essa a tese, apoiada na análise de um caso hipotético, que embasa as reflexões de Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis: o documento obtido mediante acesso ilícito a dados não poderá servir de prova para a pretensão ressarcitória do autor, à custa da violação

¹²²Assim, para MARINONI, Luiz Guilherme et al. (*Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil*, 2. ed., cit. p. 494), o NCPC positivou o princípio da colaboração (art. 6º) com o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CF, art. 5º, XXXV e CPC, 3º), com a participação das partes em pé de igualdade e com paridade de armas em contraditório (CF art. 5º. I e LV e CPC 7º, 9º e 10), com ampla defesa e direito à prova, perante juiz natural, em que todos seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados (CF 93, IX, e CPC 11 e 489) em procedimento público (CF 5º. LX, 93, IX e CPC 11 e 189) com duração razoável (CF art. 5º LXXVIII e CPC 4º).

¹²³No processo civil, segundo Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 1995, cit., p. 38, já se afirmou ser manifestação do *due process*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *us actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório.

¹²⁴Cf. referências de Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 1995, cit., p. 34.

da dignidade do réu, mas tão somente em favor deste, titular do direito violado, para demonstração do seu direito a obter indenização em face do autor, pela violação consumada do seu direito fundamental ao sigilo de dados ou à intimidade¹²⁵.

Trata-se da prova *subjetivamente ilícita*, que, uma vez introduzida no processo, pelo autor, não poderia ser convalidada em nome do princípio da aquisição processual, por força do princípio geral de direito de que ninguém pode se beneficiar do próprio ilícito¹²⁶.

Escrevendo sobre o tema, José Maria Tesheiner concluiu que a proibição das provas ilícitas tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, “o que é particularmente claro no caso da tortura”¹²⁷. Remonta sua prática ao direito romano, pois se entendia que “escravos só diziam a verdade se e quando torturados”¹²⁸.

Na verdade, com relação aos cidadãos, a tradição romana valorizava outros meios de prova, principalmente o testemunho, podendo a parte também deferir o juramento à outra, dando-se a confissão do réu perante o juiz¹²⁹.

A tortura, propriamente dita, costuma ser relacionada com os ordálios da Idade Média, contribuição germânica de caráter supersticioso, supostamente concebidos como um meio de prova irracional, pelo emprego de meios cruéis (prova do ferro incandescente e outros) mas que adquiriu nova interpretação lógica sobre o uso da prova em estudos historiográficos. Nesse sentido, num determinado período histórico, encontrou-se uma relação entre o *status* pessoal do processo e determinados tipos de ordálios, distinguindo-se entre os *bilaterais* (duelo e prova da cruz, que poderiam ser substituídos por juramentos ou co-juramentos), aplicados a pessoas de *status* superior e os *unilaterais*, que consistiam em

¹²⁵SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *Efeitos lícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral*, cit., p. 9 ess. Também para Jorge Reis Novais (*A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade*, cit., p. 27), a dignidade, quando usada contra direitos fundamentais, “remete normalmente para um entendimento objetivo da dignidade, ou seja, um sentido normativo potencialmente destacável, tanto da sua titularidade individual, quanto da natureza subjectiva dos interesses que protege”.

¹²⁶Na mesma linha, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 99, para quem “a admissibilidade da prova ilícita, sem qualquer restrição, além dos graves inconvenientes apontados pela corrente predominante, poderia acabar beneficiando aquele que agiu ilicitamente. E ninguém deve ver acolhida sua pretensão alegando a própria torpeza (*nemo creditur turpitudinem suam allegans. Nemo de improbitate sua consequitur actionem*).”

¹²⁷TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: JOBIM, Marco Feliz; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 88.

¹²⁸*Id. Ibid.*, p. 63.

¹²⁹CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 104.

meios de prova cruéis e infamantes, aplicados às de *status* inferior (prova da água fervendo, ou o caminhar sobre nove pedras em brasa).¹³⁰

Discorrendo sobre o processo canônico, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo também relatam que, desde a queda do Império Romano do Ocidente, em que passou a sofrer grande influência do processo germânico, deu-se a aceitação dos chamados *Juízos de Deus* ou *ordálios*. Atualmente, porém, “a confissão e as demais declarações das partes feitas por erro de fato ou então obtidas mediante coação ou medo não produzem valor algum (c. 1.538)”.¹³¹

Também fundados na dignidade humana, indica José Maria Tesheiner outros direitos fundamentais¹³². Dentre os julgados da Corte Suprema que colaciona, encontram-se casos de uso não autorizado de documentos sigilosos de empresa¹³³, violação do sigilo bancário¹³⁴, do domicílio e do sigilo de dados.

¹³⁰BERCOVICI, Milene Chaves Goffar Majzoub. *Juízos de Deus e Justiça Real no Direito Carolíngio* (Estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Magno (768-814). Prefácio de Samuel Barbosa. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 7-11. A expressão *ordálio* foi forjada posteriormente, podendo indicar um tipo de julgamento, tais como *iudicium*, *examinatio* ou *purgatio*. O duelo e a prova da cruz eram, na verdade, meios de solução de conflitos, consistindo esta última em colocar os litigantes de pé com os braços abertos em forma de cruz, sendo declarado culpado aquele que primeiro deixasse cair os braços, porque não teria sido “sustentado” por Deus.

¹³¹CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de processo civil canônico* (história e direito vigente). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 125. A propósito, a CF no artigo 5º, inciso XLIII considera crime hediondo a tortura definida no art. 1º, inciso I, da Lei 9.455 de 1997 como, dentre outras, a conduta de “I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, a) com o fim de obter informação, *declaração ou confissão* da vítima ou de terceira pessoa”. A CRP foi mais explícita que a nossa, porém mais restrita, porque atinente às garantias de processo criminal, ao dispor no artigo 32º, que “8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

¹³²TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo, *cit.*, p. 88. V., a propósito, NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade*, v. 2, *cit.*

¹³³No HC 82.862, j. 19/02/2008, o Relator, Ministro Cezar Peluso, reconheceu a ilicitude da prova “consistente em documentos presuntivamente sigilosos de pessoa jurídica, de que, sem autorização dela, se lhe apoderou ex-alto funcionário, sob acusação de criminoso abuso de confiança, para favorecer a ex-companheiro de empresa, autor de reclamação trabalhista contra esta (...). Ora, permitir, para efeito de consideração jurídica a título de fonte ou suporte de *opinio delicti* e de convicção judicial, a juntada, em inquérito, de cópia integral dos autos de reclamação trabalhista onde estão cópias de documentos de presumida origem ilícita que instruíram pedido doutro inquérito, é autorizar a produção, por viés, de prova em princípio ilícita, da qual para nada, em termos jurídicos, antes de provar-lhe a licitude, pode valer-se o impetrante, que, aliás, dela não precisa para estimar ou investigar a prática dos supostos crimes”.

¹³⁴No MS 22.801, j. 17/12/2007 apreciou-se a seguinte questão: o Tribunal de Contas da União determinou ao Banco Central, no exercício de auditoria em prestação de contas, que o banco disponibilizasse o acesso às transações do SISBACEN, tendo este impetrado o writ alegando que os dados eram de interesse e consulta pessoal dos servidores da autarquia. Em seu voto, o Relator Ministro Menezes Direito entendeu que a Lei Complementar 105/2001 não conferiu ao TCU poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil, “mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º X da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia do sigilo bancário”.

Em especial, a questão da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana foi suscitada no julgamento de recurso extraordinário versando sobre quebra de sigilo bancário de empresa pela Receita Federal¹³⁵.

Numerosas leis podem vir a ensejar essas restrições, notadamente no que diz respeito ao sigilo em geral, o que será objeto de análise quando tratarmos dos meios atípicos de prova.

No tocante à positivação dos direitos da personalidade, da esfera privada do indivíduo, que, como vimos, se manifestam de forma reflexa nos direitos fundamentais, o legislador de 2002 adotou, no artigo 11 do Código Civil, a fórmula ampla da proteção dos direitos da personalidade, emprestando destaque aos direitos à imagem e à vida privada, que, no último caso, não deixa de ser uma projeção do valor intimidade.¹³⁶

André de Carvalho Ramos distingue o direito à privacidade (ou à vida privada) do direito à intimidade, afirmando que o direito à privacidade reside na faculdade de *se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida* particular, constituindo uma esfera de autonomia e exclusão dos demais, evitando-se, assim, que nele se intrometam terceiros, sem o consentimento do titular ou por um interesse público. Enquanto direito fundamental, permite a seu titular impedir a devassa de determinados aspectos de sua vida à publicidade e outras ingerências feitas por terceiros. O direito à privacidade (ou à vida privada) engloba, segundo a doutrina, o direito à intimidade, que se relaciona às *relações subjetivas e de trato*

¹³⁵No RE 389.808, j.15/12/2010, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento a um Recurso Extraordinário (RE 389808) em que a empresa GVA Indústria e Comércio S/A questionava o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial. Por cinco votos a quatro, os ministros entenderam que não pode haver acesso a esses dados sem ordem do Poder Judiciário. O ministro Marco Aurélio (relator) votou pelo provimento do recurso, sendo acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. O princípio da dignidade da pessoa humana foi o fundamento do relator para votar a favor da empresa. De acordo com ele, a vida em sociedade pressupõe segurança e estabilidade, e não a surpresa. E, para garantir isso, é necessário o respeito à inviolabilidade das informações do cidadão. (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. RE 389808. Rel.: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2129315>).

¹³⁶Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815 e declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. Seguindo o voto da relatora, ministra Carmen Lúcia, a decisão dá interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

íntimo de uma pessoa, quais sejam, as suas relações familiares e de amizade. Já a privacidade ou vida privada seria *mais ampla*, envolvendo os relacionamentos sociais, inclusive aqueles comerciais, de trabalho e de estudo.¹³⁷

A teoria dos círculos concêntricos, adotada pela doutrina, possibilita a melhor aplicação dos conceitos, partindo do pressuposto de que “a proteção da intimidade depende da conduta do próprio titular, que, a partir de escolhas pessoais, decide o que vai partilhar ou não com o público”.¹³⁸

Ressalte-se, finalmente, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a aplicabilidade imediata das normas sobre direitos e garantias fundamentais, em quaisquer relações jurídicas, públicas ou privadas.¹³⁹

Tema muito comum é o da divulgação, pela mídia, de informação de interesse público obtida ilicitamente, como gravações ilícitas de diálogos sobre corrupção e recebimento de propina, tendo o STF, em pelo menos dois casos, vedado a veiculação dessas informações ao público, seja porque houve violação do sigilo telefônico e do sigilo judicial¹⁴⁰, seja porque, ademais, a liberdade de imprensa deve obediência ao direito à privacidade.¹⁴¹

2. Princípios probatórios aplicáveis à arbitragem

¹³⁷RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos, cit.*, p. 527 e ss.

¹³⁸Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos, cit.*, p. 529. Sobre o assunto, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1976; COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, e GIANOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

¹³⁹STF, Ag no RE com Agravo nº 1.008.625/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.03.2017, DJe 18.04.2017: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não havendo bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas de direito privado, tem-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas.” Nesse sentido: RE 201.819, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 27.10.2006.

¹⁴⁰Pet 2702 MC Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 18/09/2002.

¹⁴¹Rcl 9428 Relator: Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 10/12/2009.

EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça.

Revista a prova em sua correlação com os direitos materiais e as normas de proteção a valores fundamentais, cabe enumerar os princípios processuais atinentes à instrução probatória. Para não nos alongarmos no tocante aos princípios basilares do processo, de abundante literatura, limitaremos nossa análise àqueles cuja aplicação se afigura relevante à matéria probatória no campo arbitral.

2.1. Contraditório e ampla defesa

Piero Calamandrei, em conferência proferida em 1954, via na *dialeticidade* do processo uma de suas exigências essenciais:¹⁴²

Uma das conquistas da doutrina, na experiência europeia, consiste na interpretação ampla do princípio da *igualdade de armas*, que não só constitui fundamento como se expressa na aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa¹⁴³.

Importante corolário desse princípio foi acolhido pela doutrina e incorporado no artigo 10 do código de processo civil brasileiro, com a finalidade de evitar o proferimento das chamadas “decisões surpresa”: Importa que, em qualquer grau de jurisdição, “mesmo em relação às matérias cognoscíveis de ofício, deve haver prévio debate para que o juiz possa decidir”¹⁴⁴.

¹⁴²CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*, *cit.*, p. 83. “No processo moderno, aquele que responde aos princípios constitucionais dos ordenamentos democráticos modernos, as duas partes são sempre indispensáveis. O princípio fundamental do processo, a sua força motriz, a sua garantia suprema, é o “princípio do contraditório”. *Audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari*. “A defesa é direito inviolável em todo estado e grau do procedimento” (Constituição, art. 24): “O juiz não pode decidir sobre qualquer demanda, se a parte contra a qual foi proposta, não estiver regularmente citada e não se fez comparecer.” (art. 101 do CPC).

¹⁴³V., a propósito, TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. *In*: STUDI Parmensi: [l'eguaglianza delle armi nel processo civile, atti del Convegno 10 dicembre 1976]. Milano: Giuffrè, 1977. p. 353-362. (Università degli Studi di Parma Istituti Giuridico, v. 18), que enfoca a elaboração do princípio da “igualdade de armas” entre as partes na jurisprudência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na doutrina, representando, embora não explicitamente formulada, uma das garantias fundamentais asseguradas pela Convenção. Como fruto da experiência judiciária alemã, italiana e francesa, destaca-se, por exemplo, a proibição de utilização dos fatos notórios que não tenham sido apresentados anteriormente ao juiz e submetidos ao contraditório; a proibição de utilizarem-se as partes de provas formadas fora do processo ou colhidas na ausência de uma das partes; a obrigação do juiz de consentir às partes a dedução dos meios de prova que se façam necessários; e, ainda, a obrigação de se consentir na participação dos interessados na produção das provas.

¹⁴⁴Cf. ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual, *cit.*, p. 162.

Na arbitragem, segundo Andrea Mengali, não apenas deve ser respeitado o princípio do contraditório, mas a concessão às partes de “*raggionevole ed equivalente possibilità di difesa*”.¹⁴⁵

Contudo, tal conclusão, para o autor, não pode ser tomada por decisiva, porque o contraditório, enquanto princípio inviolável, pode sempre ser comprimido ou limitado (por exemplo, postergando-o para um momento sucessivo à formação da prova) por outros princípios gerais, como o da economia processual. Sob o ponto de vista das partes, o direito probatório tem que se confrontar com preceitos seguramente pertencentes à ordem pública processual, concernentes ao direito de ação e ao direito ao contraditório. O direito de agir e de contrariar em juízo para fazer valer os próprios direitos e interesses legítimos, tutelado pelos artigos 24 e 111 da Constituição italiana (CFI), implica necessariamente no direito à prova dos fatos afirmados e do direito a contrariar as provas propostas pelas outras partes, o chamado *direito à prova contrária*. Acrescenta-se a proibição da instrução secreta, enquanto é controvertido se decorre da obrigação de verbalização da atividade judicial.

É, por outro lado, considerado como critério de controle da racionalidade do convencimento (*accertamento*) judicial, na sua dúplice vertente de racionalidade na escolha dos meios de prova e na valoração dos resultados probatórios.¹⁴⁶

Entre nós, o contraditório e a ampla defesa, alçados a princípios constitucionais gerais, aplicáveis a todo tipo de processo, jurisdicional (inclusive, portanto, o arbitral) ou administrativo, e dessa forma orientam a disciplina probatória.

Seja porque o contraditório, no seu conteúdo de ciência bilateral, obriga que as partes sejam regularmente informadas sobre os atos do processo, de modo a exercer, num segundo momento, o seu direito de reação, o que inclui atos do juiz e das partes, com as correlatas menções a provas. Seja porque o exercício dessa reação, sob a forma da defesa, será amplo, pois abrange “os *meios* e recursos a ela inerentes”. Quais sejam, como observa Francisco dos Santos Dias Bloch, os *meios de prova*, o que “inclui toda a atividade probatória”.¹⁴⁷

Na verdade, muito mais que a bilateralidade da instância, a doutrina de há muito identifica no contraditório a ideia de *participação*, que não se restringe à formação do

¹⁴⁵MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 113.

¹⁴⁶MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 111.

¹⁴⁷BLOCH, Francisco dos Santos Dias. *Direito à prova e cerceamento de defesa*. São Paulo: Lualri Editora, 2016. p. 24.

convencimento do julgador, nem é obrigatória, a critério da parte necessária, mas que reflete o anseio de participação da sociedade no Estado democrático.¹⁴⁸

E esse poder de influência¹⁴⁹, a que nos referimos como finalidade marcante da prova jurídica, somente poderá ser efetivo mediante a realização da prova dos fatos alegados, por todos os meios a ela inerentes.

2.2. Direito à prova: princípio ou garantia?

A partir do estudo levado a efeito por Nicolo Trocker, verifica-se que o direito à prova é fruto de uma paulatina evolução da jurisprudência, deflagrada pelas cortes alemãs e que prosseguiu na Itália, onde o conceito obteve sua maior expressão¹⁵⁰.

Inicialmente, combinando as regras enunciadas pela jurisprudência alemã, na afirmação do *rechliches Gehör*, Nicólo Trocker chegou à formulação do seguinte princípio geral:

“As partes têm um direito constitucionalmente garantido de apresentar ou requerer os meios de prova que repute úteis para a reconstrução processual da verdade e para demonstrar o fundamento das suas

¹⁴⁸“A efetividade do contraditório é exigência inerente à própria garantia deste e graduada segundo o teor de indisponibilidade do direito substancial em conflito. Os dois polos dessa garantia, a *informação* e a *reação*, correspondem afinal, como num microcosmos, a dois postulados de maior espectro do próprio Estado democrático, que são a liberdade de informação e a participação da sociedade. Tem-se informação, é claro, para poder-se melhor participar.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 190). “É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, E-book baseado na 3. ed. impressa, posição n. 394).

¹⁴⁹[...]. Na Alemanha, após o segundo pós-guerra, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do art. 103, §1.º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha como “pretensão de audiência jurídica” (Anspruch auf Rechtliches Gehör) foi interpretada de modo a garantir um alcance maior que a simples literalidade. O Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) passou a afirmar que o dispositivo não só operava seus efeitos no confronto entre as partes, mas, sim, convertia-se também num dever para o magistrado, de modo que se atribuía às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder influir sobre o resultado dos provimentos. [...] Impõe-se, assim, a leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 104-107).

¹⁵⁰TROCKER, Nicolo. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

pretensões, mas não possuem qualquer direito de produção de tais provas por determinação do juiz”.

Prossegue o mesmo autor com o relato das decisões da Corte Constitucional italiana, chamada a declarar a inconstitucionalidade de normas que colocavam os interessados na impossibilidade de provar a subsistência ou insubsistência dos fatos, de cuja verificação dependia o reconhecimento judicial de situações de vantagem ¹⁵¹. A Corte parecia orientar-se pelo seguinte princípio geral:

“A tutela jurisdicional das situações jurídicas garantidas pelo ordenamento é inconstitucionalmente rejeitada ou limitada ao suprimir-se ou limitar-se à parte o poder processual de representar ao juiz a realidade dos fatos que lhe sejam favoráveis, ou ao negar-se ou restringir-se o direito de exhibir os meios representativos daquela realidade”.¹⁵²

Por fim, com base em decisões da Corte federal alemã, reconheceu-se que a rejeição de um meio de prova não integra necessariamente uma violação da garantia constitucional, dado que ninguém pode pretender o acolhimento de requerimentos dilatórios e protelatórios.

Concluiu Nicólo Trocker que o tema do direito à prova pode ser visto sob duplo aspecto:

- (a) o próprio direito à prova, inerente ao art. 103, § 1.º, da Constituição alemã, a Lei Básica (*Gundgesetz*), e ao art. 24 da Constituição Italiana, aparece como fonte de uma proibição probatória, na medida em que impede o juiz de utilizar aqueles elementos ou indicações sobre os quais as partes não tenham sido previamente ouvidas;

¹⁵¹ Assim, por exemplo, conforme referimos em nossa Dissertação de Mestrado, intitulada “Provas ilícitas”, sob a orientação da Professora Ada Pellegrini Grinover, defendida em 1994 (*Provas ilícitas*. 1994. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994): a Sentença n. 70, de 22.12.1961, que declarou a inconstitucionalidade das disposições contidas no art. 10, ns. 1 e 2, da Lei 253, de 23.05.1950, na parte em que remetia a um órgão administrativo (o *Genio civile*) a verificação das condições de imóvel locado ao término da prorrogação legal das locações urbanas, o que se tornava vinculante para as partes. A seguir, a decisão proferida em 1966, que considerou lesivas ao art. 24 da Constituição as disposições contidas no art. 4 da Lei 372, de 25.06.1909, na parte em que atribuía às administrações ferroviárias do Estado, ou concessionárias, uma genérica e discricionária faculdade de não comunicar à autoridade judiciária os atos e as relações de sindicâncias sobre sinistro que provocou dano a pessoas ou coisas, contendo acerto sobre fatos. Por estabelecerem uma espécie de privilégio injustificado às administrações ferroviárias, por meio do qual poderiam ser subtraídos do conhecimento do juiz importantes elementos de prova, tornava-se impraticável aos outros interessados exhibir em juízo os meios representativos da realidade dos fatos que lhes fossem favoráveis.

¹⁵² Sentença publicada em *Giur. cost.*, 1966, p. 858 e ss. com nota de V. GREVI *apud* TROCKER, Nicolo. *Processo civile e Costituzione*, cit., p. 515 e ss.

(b) por outro lado, uma eventual proibição probatória extraída de outras normas ou princípios constitucionais pode resolver-se numa limitação do poder das partes de “defenderem-se provando”.

Quanto à noção de “interesse”, a que se referia a velha doutrina europeia, restou superada com o advento do novo Código de Processo Penal italiano, de 1988, que dedicou especial atenção ao capítulo da prova, reconhecendo, expressamente, um *vero e proprio* “direito à prova”.

No Brasil, a consagração expressa do direito à prova, como refere Gomes Filho¹⁵³, ocorreu com a incorporação ao nosso direito positivo das garantias contidas no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969¹⁵⁴.

Atualmente, a doutrina extraiu da formulação dos princípios do contraditório e da ampla defesa o *direito à prova*, que está ligado aos atos de postulação de provas. Constitui, como entende Eduardo Cambi, a categoria da *admissibilidade*, “relacionada com a criação de um impedimento ao ingresso de um ato no processo”¹⁵⁵: “Somente os *atos de postulação*, tal como o de solicitação de provas, podem ser admissíveis ou inadmissíveis.” Sendo esse também o fundamento encontrado na *law of evidence*, da admissibilidade de toda prova relevante, conclui o autor que “Toda prova logicamente relevante há de ser admitida, salvo se precisar ser excluída em razão da proteção de algum outro valor considerado mais importante.”

A admissão da prova, segundo Eduardo Couture, não se refere ao objeto da prova, mas à idoneidade ou à inidoneidade dos meios aptos à produção da prova dos fatos¹⁵⁶.

Daí que a admissibilidade, como conclui Eduardo Cambi, seria um requisito formal, de *mera legalidade*, com relação às normas processuais, concernentes à fase em que os meios

¹⁵³GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 82.

¹⁵⁴A Carta de Adesão ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi depositada em 24 de janeiro de 1992, após sua promulgação pelo Decreto Legislativo de 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo o seu cumprimento determinado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, prevendo em seu art. 14, 3 “e”, que toda pessoa acusada de um delito terá direito “De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”; já p Pacto de São José, no art. 8º, 2, “F”, assegura igualmente à defesa o direito de “inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

¹⁵⁵CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 33.

¹⁵⁶COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 238, *apud* CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância, cit.*, p. 33, nota 2.

de prova deveriam ser propostos, como os documentos que devem acompanhar a petição inicial, ou concernentes a regras de proibição propriamente ditas¹⁵⁷.

Andrea Mengali sustenta o enfoque de as garantias constitucionais do justo processo imporem, como princípio de ordem pública processual, que às partes seja concedido formular os pedidos probatórios (direito à prova), como também o direito de *far assumere le prove ammesse (diritto all'assunzione della prova)*¹⁵⁸.

O direito à prova, para este autor, não parece integrar o direito probatório, mas constitui um princípio externo, que sobre este incide. É ainda mais claro, prossegue, que o direito à prova se coloca em contraposição com o direito probatório, ao invés de fazer parte dele: o direito à prova estimula, ao invés de limitar, o contato direto entre o juiz e a representação dos fatos da causa¹⁵⁹.

Em suma, o direito à prova, rebaixado na experiência arbitral italiana, ao invés de constituir um limite à liberdade das formas com referência às normas de direito probatório, constitui uma exaltação deste, e permite justificar, posteriormente, a superação de alguns vínculos que o legislador ordinário colocou à livre percepção dos fatos pelo juiz ordinário.

Os limites à livre percepção dos fatos da causa devem, assim, ser individuados também sob o ponto de vista do juiz.

Nem sempre, contudo, pode uma prova ser admitida no processo judicial ou arbitral, por esbarrar em limites constitucionais, legais ou mesmo éticos. Surgem, assim, os denominados dilemas de admissibilidade, seja por parte do autor (*the plaintiff's dilemma*¹⁶⁰) seja por parte do réu. Para as partes, interessa provar a validade de sua pretensão, a todo custo; enquanto à parte contra quem se produz uma prova, soma-se o interesse de não ser

¹⁵⁷CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 34.

¹⁵⁸Direito à admissão e à produção da prova. MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 114.

¹⁵⁹(Tradução: direito de ver admitidos os meios de prova e à sua apreciação). MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 101-102. Segundo o autor, se há uma confirmação na doutrina e na jurisprudência, onde o direito à prova é utilizado como parâmetro da legitimidade constitucional das normas de direito probatório que limitam a admissibilidade de determinados meios de prova. Um exemplo é a declaração de ilegitimidade constitucional dos artigos 247 e 248 do CPC italiano, que limitam a capacidade de testemunhar de parentes e afins das partes e dos menores de 14 anos, reconhecida por sentenças da Corte Constitucional em 1974 e 1975. Em outros casos a Corte Constitucional considerou justificados os limites ao direito à prova impostos pelo legislador, como no caso do artigo 246 do CPC italiano, que veda o testemunho de pessoas que tenham um interesse na causa que possa legitimar a sua participação em juízo.

¹⁶⁰V., a propósito, REISMAN, W. Michael; FREEDMAN, Eric E. The plaintiffs dilemma: illegally obtained evidence and admissibility in international adjudication. *Am. J. Int'l L.*, v. 76, p. 737-753, 1982. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1722&context=fss_papers.

atingida por meios de obtenção que afetam normas de ordem pública ou seus direitos de personalidade.

Daí a vedação ao uso de determinados meios de prova, seja porque *a priori* expressamente excluídos pelo ordenamento jurídico (v.g., a tortura, ou a violação ilegal das comunicações telefônicas), seja porque sua obtenção não está ao alcance direto das partes, a depender de específica autorização judicial (v.g., na quebra do sigilo bancário ou do sigilo de dados), seja, ainda, porque a forma de sua obtenção viola garantias fundamentais ou princípios éticos (a dignidade da pessoa humana, ou a boa-fé processual).

Tais meios vedados de prova, pelo modo de sua colheita fora do processo, tornam a prova deles decorrente ilícita, e, por consequência, inadmissível no processo de qualquer natureza, à luz da Constituição Federal (art. 5º. inciso LVI), erigindo-se essa vedação em norma de ordem pública ou norma que tutela um direito fundamental.

No entanto, como bem aponta Eduardo Cambi, quanto maior a restrição ao direito à prova, menores as possibilidades de se atingir graus elevados de confirmação racional do juízo de fato, com reflexos na afirmação das garantias de ação e de defesa¹⁶¹.

Dentre as características do direito à prova, aponta a doutrina de Rennan Thamay e Mauricio Tamer: (i) a sua eficácia absoluta e aplicabilidade imediata; (ii) na sua dimensão subjetiva constitui uma faculdade de exigir do Estado uma atuação positiva ou negativa para sua preservação; na dimensão objetiva, importa no reconhecimento dos direitos fundamentais que embasam o ordenamento jurídico; (iii) permeia todo o ordenamento jurídico, desde procedimentos judiciais de discussão do mérito quanto nos de simples elaboração probatória (art. 381 do CPC), até nos procedimentos administrativos ou privados de investigação, de *compliance*), tendo por único limitador a vedação das provas ilícitas; (iv) possui também eficácia horizontal, com o reconhecimento de sua aplicação também nas relações privadas envolvendo direitos fundamentais; e (v) constitui direito de observância universal, por todas as pessoas naturais e jurídicas.¹⁶²

¹⁶¹CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 36-37. E prossegue o autor: “Com isso, comprimir a disponibilidade dos meios de prova significaria limitar a própria garantia constitucional da ação e da defesa, já que é por intermédio da prova que as partes podem influir no convencimento judicial em relação às questões de fato essenciais ao julgamento da controvérsia. Por conseguinte, no contexto do princípio do livre convencimento do juiz, as regras de exclusão da prova devem ser reduzidas ao mínimo, mantendo-se, no sistema processual, somente aquelas consideradas racionais e que tenham o escopo de tutelar um valor de grau, ao menos, igual ou superior ao do accertamento da verdade em juízo”.

¹⁶²CF THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*, cit., RB-1.1.

Outrossim, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, o direito à prova, enquanto garantia, interessa não apenas à parte, como ao julgador “como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões”.¹⁶³

De concluir-se, nesse passo, que, a considerar-se o direito à prova como desdobramento dos princípios do contraditório e da ampla defesa, assim como do direito de ação, integrantes do devido processo legal, deve ser entendido como *garantia*, não apenas das partes, mas do julgador, que instrumentaliza a aplicação dos referidos princípios, no processo de qualquer natureza, inclusive, portanto, no âmbito da arbitragem.

Há, contudo, com relação ao julgador outras limitações, quanto ao conhecimento pessoal dos fatos e à iniciativa probatória.

2.3. Proibição de ciência privada do árbitro

Remonta ao Direito Romano o conhecido brocardo “*Quod non est in actis non est in mundo*”, acolhido no processo civil moderno, como justifica Humberto Theodoro Júnior, “para garantia das próprias partes”¹⁶⁴.

Historicamente, repete-se, outrossim, o brocardo *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*¹⁶⁵, afirmando que o juiz civil não deve ter nenhum tipo de iniciativa probatória, devendo se limitar a decidir com base no alegado e provado pelas partes. Tal axioma, também tido por princípio, segundo estudo empreendido por Joan Picó I Juno, revela-se, contudo, incompleto¹⁶⁶. Pois, na sua concepção original, enunciada pelos glosadores mais relevantes da Escola de Bolonha do século XIII, sua correta formulação deveria ser a seguinte: “*iudex iudicare debet secundum allegata e probata, non secundum consientiam*”¹⁶⁷. A deturpação, que persistiria até hoje na doutrina processual, deve-se ao

¹⁶³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 25-27. “Em última análise, o amplo acesso aos meios de prova constitui corolário natural dos direitos de ação e de defesa. Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento”.

¹⁶⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, cit.*, p. 378.

¹⁶⁵Em livre tradução: o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes.

¹⁶⁶PICÓ I JUNO, Joan. O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum consientiam* e sua repercussão atual. Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

¹⁶⁷Tradução: O juiz julgará segundo o alegado e provado, e não segundo a sua consciência.

acréscimo da palavra *partium*, ou *a partibus*, e, por outro lado, pela omissão da expressão final *et non secundum conscientiam*.

A expressão suprimida acarretou, segundo esse doutrinador, a deturpação do sentido do brocardo, que não teria por objeto indicar a maior ou menor iniciativa probatória do juiz, o que, na verdade, dependeria da maior ou menor expressão das alegações e provas trazidas pelas partes. E, sim, coisa bem diversa, qual seja, enunciar a impossibilidade de se admitir que o *conhecimento privado* do juiz pudesse influir ou ser levado em consideração na fundamentação da sentença, independentemente, ademais, da apresentação de provas¹⁶⁸.

Ora, no campo da arbitragem, o princípio da vedação do conhecimento privado, enunciado em ambos os brocardos, faz maior sentido, onde o árbitro é escolhido pelas partes com base no seu conhecimento técnico, não sendo raro possa deter conhecimento direto sobre a matéria de que versa a lide, ou sobre seus elementos de fato relevantes.

Frequentemente, no processo arbitral, o fato notório tem um papel mais amplo do que no processo civil. O limite máximo entre o notório do árbitro é o conceito de *notório ambientale*, a que alude La China: para que um fato possa ser reputado comum à experiência da coletividade de que faz parte, demanda investigação no caso concreto.

As normas de direito probatório, segundo Andrea Mengali, não constituem normas de ordem pública processual, à exceção da *proibição de ciência privada do árbitro*. Daí que as normas sobre prova não pertencem à ordem pública, mas à política do processo, visando *limitar a percepção direta dos fatos* da causa pelo juiz¹⁶⁹

O *discrimem*, para saber se os árbitros se submetem ao princípio dispositivo, renunciando, portanto, à iniciativa oficiosa, pelo menos enquanto não expressamente autorizados pelas partes, é o da sua abrangência ou não à ordem pública processual.

¹⁶⁸Cf. PICÓ I JUNOI, Joan. O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual, *cit.*, p. 148. Nas palavras do autor, expressas na quinta conclusão da obra: “Desta forma, altera-se em substância a verdadeira finalidade que se pretendia alcançar com dito brocardo, a saber, assegurar que o juiz, no momento de examinar o caso, isto é, ao ditar sentença – *iudex iudicare debet* –, se limitasse a resolvê-lo só em função do discutido e provado no processo – *secundum allegata et probata* –, sem que seu conhecimento privado pudesse modificar o verdadeiramente alegado e provado no mesmo – *non secundum conscientiam*. Ou dito em outros termos, o que se pretendia era lograr a devida congruência da sentença com os fatos configuradores do objeto litigioso e com a prova praticada no processo.”

¹⁶⁹MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, *cit.*, p. 69.

Com relação ao artigo 115 parte primeira do CPC italiano¹⁷⁰, há poucas dúvidas quanto à sua abrangência pelo direito processual, e não por acaso a doutrina, convencida da sua estraneidade aos princípios irrenunciáveis do processo, o reputa superável pelos árbitros.

Decorre que a instrução arbitral é regida pelo princípio oficioso, mas, em cada caso, a interpretação predominante admite a iniciativa oficiosa do árbitro.

Diversa é a questão, no tocante ao conhecimento dos fatos. Ainda que o árbitro possua sólido conhecimento ou experiência em determinada área – e é devido a isso que vem de ser escolhido pelas partes – cumpre eximir-se da busca direta das fontes de prova pertinentes, tarefa que cabe em regra às partes, seja no modelo puramente adversarial ou mesmo, por força do princípio dispositivo, no modelo inquisitorial de processo.

A propósito dos modelos processuais, invoca Fredie Didier Jr. a lição de Mirjan R. Damaska, afirmando que o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja função é decidir; por outro lado, o modelo inquisitorial (ou não adversarial) assemelha-se a uma pesquisa oficial, protagonizada pelo juiz, cabendo a maior parte da atividade processual, no primeiro, às partes, e no segundo, ao juiz.¹⁷¹

Dessa forma, se, no modelo adversarial, predomina o *princípio dispositivo*, e, no inquisitorial, o *princípio inquisitivo*, essa *dispositividade* ou *inquisitividade* pode manifestar-se, prossegue Fredie Didier Júnior, em relação a diversos temas, como a instauração do processo, a produção de provas, a delimitação do objeto litigioso, a análise de questões de fato e de direito, os recursos, etc.

Portanto, se o julgador não pode iniciar o processo, também não lhe é dado sair em busca dos elementos de fato, sob pena de comprometer a sua imparcialidade.

O que se deve entender por *conhecimento privado* do árbitro repousa no princípio geral de início aludido, de que “o juiz não pode considerar qualquer fato que tenha conhecido privadamente e que não tenha sido devidamente provado.”¹⁷²

¹⁷⁰ “Articolo 115. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.”

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. p. 207. Disponível em: <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20soltas%20fredie.pdf>.

¹⁷² Cf. TARUFFO, Michele. *A prova, cit.*, p. 140.

Apenas em alguns casos é permitido ao juiz, como afirma Michele Taruffo, conhecer fatos através de sua cultura pessoal, quais sejam, os *factos notórios* que, no sistema da *common law*, fazem parte integrante da cultura do homem médio. Tais fatos, o juiz pode vir a conhecer também após uma simples pesquisa, não documentada, como no caso de eventos históricos, assuntos políticos, costumes e práticas profissionais. Nos Estados Unidos, são os fatos adjudicativos (*adjudicative facts*), relevantes para a decisão da causa, que o juiz pode conhecer quando forem do conhecimento geral no âmbito de sua jurisdição¹⁷³. Pode, igualmente, conhecer dos fatos valorativos (*valorative facts*), quais sejam “eventos e *standards* de conhecimento comum aplicados pelo julgador na argumentação e na valoração das provas”.¹⁷⁴

No sistema da *civil law* se observa a mesma distinção, entre fato notório e regra de experiência. Os notórios se incluíam, segundo Andrea Mengali, no já aludido conceito de *notorio ambientale*. Basta a notoriedade relativa, ou seja, a notoriedade do local, regional, acontecimentos e datas históricas, fatos heróicos, situações geográficas, atos de gestão política, do pessoal do foro (essa notoriedade também deve ser do tribunal).¹⁷⁵

Diversamente, a máxima de experiência não é um fato, mas uma *hipótese* construída por indução a partir da observação do que normalmente acontece.¹⁷⁶ São, no dizer de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, as generalizações, noções, critérios, leis empíricas, assim como as noções fundadas em leis naturais, lógicas e científicas, que o juiz – considerado como “homem médio”, - encontra na “experiência do mundo”.¹⁷⁷

É com base nessas regras, segundo professam os autores, que o juiz analisa a credibilidade de uma prova, valora as provas e estabelece as relações entre os fatos, servindo mesmo até para “extrair a verdade de um fato notório”.

¹⁷³São notórios, segundo Humberto Theodoro Junior, (*Curso de direito processual civil, cit.*, p. 377), “os acontecimentos ou situações do conhecimento geral incontestes, como as datas históricas, os fatos heroicos, as situações geográficas, os atos de gestão política, etc.).

¹⁷⁴Cf. TARUFFO, Michele. *A prova, cit.*, p. 141.

¹⁷⁵MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato, cit.*, p. 119.

¹⁷⁶BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 62. V. ainda, STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. 2. ed. Bogotá: Temis, 1988; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 4, nov./dez. 2004.

¹⁷⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, 2016, v. 2, *cit.*, p. 285.

O artigo 374 do Código de Processo Civil traz regra geral sobre a matéria, ao dispor que não dependem de prova, dentre outros, os fatos notórios¹⁷⁸. E o artigo 375 dispõe sobre a aplicação pelo juiz das *regras de experiência comum* e de *experiência técnica*¹⁷⁹.

Avaliar se determinados fatos, na prática arbitral, são realmente notórios ou decorrem de ciência privada do árbitro propriamente dita, é tarefa delicada e complexa, como veremos ao abordar a questão da equidistância mínima do árbitro com relação às partes, qual seja, a sua imparcialidade e independência.

Por ora, bastaria considerar, com Ricardo Dalmaso Marques, que é possível que as partes concordem com a atuação de um julgador que possua ou pareça possuir algum tipo de dependência (profissional, pessoal, acadêmica ou financeira), que não seja causa de impedimento, desde que, cientes as partes, entendessem possível que, mesmo assim, o árbitro poderia atuar com imparcialidade.¹⁸⁰

Nesse caso, após criteriosa escolha do julgador, se algum fato decorreu eventualmente de seu conhecimento privado ou da sua formação profissional, poderiam as partes ter

¹⁷⁸Citem-se exemplos práticos. No interior do Rio Grande do Sul, mais precisamente na fronteira oeste do Brasil, devido à cultura local, o fato de um rizicultor (produtor de arroz) enviar sua safra para que seja classificada e secada por uma cooperativa ou indústria, faz com que estas sejam consideradas depositárias do produto, não sendo necessário outro documento expresso onde a cooperativa ou indústria assuma esse papel de depositário. Não se excluíam do conceito, com maior razão, no mercado de capitais, o fato relevante, qual seja, o fato já divulgado em cumprimento de obrigação regulamentar da CVM, e comprovável por simples consulta informática. Assim, figure-se a comunicação ao mercado em geral que uma empresa da construção civil enviou ao seu Conselho de Administração proposta de potencial integração de negócio com o de outra empresa do setor, ou que uma empresa estatal do ramo de telecomunicações teve seu relatório de privatização concluído.

¹⁷⁹Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. A propósito, a 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a nulidade da mudança de um contrato social por adulteração fraudulenta, valendo-se de assinatura falsificada para a inclusão de um morto e um idoso no dispositivo. De acordo com os autos, os réus teriam cedido suas quotas de uma empresa devedora para duas pessoas, um homem morto e outro octogenário, por meio de falsificação da assinatura de ambos, para livrarem-se dos débitos trabalhistas sob sua responsabilidade. Houve conflito entre a conclusão do perito oficial, pela veracidade das assinaturas, e a do assistente técnico do espólio, que apontou a falsificação. Diante disso, o relator, desembargador Manoel Pereira Calças, aplicou as "máximas da experiência" ou "regras da vida", previstas no artigo 375 do CPP. "Impõe-se valer-se da experiência da militância do magistrado que atua na seara comercial há mais de quatro décadas e, sem qualquer dúvida constata, 'primo ictu oculi', mas ao atento exame da cópia da alteração do contrato social, a evidente falsificação perpetrada pelos ex-sócios, que pretenderam repassar a responsabilidade tributária, trabalhista e dos fornecedores em geral para uma pessoa falecida (inserindo-a como sócio) e um octogenário". De acordo com o desembargador, a fraude é ideológica e material. "Exsurge com evidência que, em momento algum, nenhum dos dois 'novos sócios' foi verdadeiramente sócio da sociedade", completou. Pereira Calças destacou ainda que a Justiça do Trabalho também decidiu "consoante as máximas da experiência" pela nulidade da alteração contratual. A decisão do TJ-SP se deu por unanimidade. Processo 0028700-03.2011.8.26.0001. In VIAPIANA, Tábata. TJ-SP anula alteração de contrato por falsificação de assinatura de falecido. *Consultor Jurídico*, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/tj-sp-anula-alteracao-contrato-falsificacao-assinatura>.

¹⁸⁰MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 116.

elementos para discernir, a fim de classificá-lo ou não como notório, ou, simplesmente, constatar o emprego de uma máxima de experiência por ocasião do julgamento.

Esse princípio apresenta forte incidência nos dias de hoje, em que é praticamente impossível ao juiz ou ao árbitro viver isolado de fatos constantemente repisados pela mídia ou pelas redes sociais, dentre os quais, apenas para citar um deles, de grande relevância, o da divulgação de conversas mantidas entre promotores e juiz, criminosamente obtidas, porém apresentadas como prova em face da plenitude do direito de defesa, que por elas procura demonstrar a suspeição do julgador.

2.4. Ônus da prova: princípio ou regra?

Numa primeira acepção, o ônus da prova vale como norma destinada a regular o desenvolvimento do processo, atribuindo ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do próprio direito, e ao demandado o ônus de provar os fatos que constituam exceção a esses. Para o juiz, vale como regra do juízo para estabelecer a qual parte se imputa o *risco de não produzir a prova*.

Podem ser renunciáveis ou modificáveis as normas e os princípios que giram em torno do ônus da prova. A parte do ônus que se relaciona com o direito processual não pode ser renunciada, pois pertencente à lógica, antes que ao processo.¹⁸¹

Os princípios e as normas de direito probatório não são, necessariamente, aplicáveis à arbitragem.

Pode o juiz, outrossim, basear a decisão também sobre prova não produzida pela parte que detinha o ônus de provar, por força do princípio de *acquisizione desumibile*¹⁸², qual seja, o princípio da comunhão da prova, prestigiado pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, no artigo 371. Ao apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, o juiz estará, segundo a lei processual, exercitando o seu livre convencimento, com indicação das suas razões (de direito e de fato).

Sob esse aspecto, todavia, no que diz respeito às provas ilícitas, a doutrina de Paula Costa e Silva e Daniel Trigo Dos Reis prestigia o aspecto *subjetivo* da ilicitude, partindo sua análise justamente de caso paradigmático, em que o autor se vale de prova ilícita obtida com

¹⁸¹Cf. MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 126.

¹⁸²Cf. *Id. Ibid.*, p. 80.

violação da intimidade do réu. Nesse caso, não é porque a prova ingressou no processo que ficou expungida da sua ilicitude. Esta não pode servir à parte que a promoveu, mas poderá eventualmente ser utilizada pela outra parte, atingida em seus direitos, para pleitear a devida indenização, em face das violações sofridas.

Na segunda acepção, é princípio complexo, corolário do princípio da proibição do *non liquet*, de que o ônus da prova serve para evitar este último. Sob esse aspecto, como entende Andrea Mengali, o princípio seria de ordem pública, porque sem uma resposta do sistema de justiça ao pedido de tutela de um sujeito jurídico estará sendo violado o princípio constitucional do *direito de ação*.

Todavia, o tema do ônus da prova, vem sofrendo relevante mudança de entendimento pela doutrina, que remonta à superação do sistema da prova legal pelo do *livre convencimento*.

Neste sistema, enunciado no artigo 371 do CPC e no artigo 21, § 2º da LA, pouco importa a parte que produziu a prova, ou o peso das provas que cada parte carrou a seu favor, pois, por força do *princípio da aquisição*, a prova pertence ao processo, como expresso em nossa lei processual, cabendo ao juiz sopesá-las, indicando as razões do seu convencimento¹⁸³.

À luz do princípio dispositivo, e, em especial, no âmbito da arbitragem, as partes são absolutamente livres para dispor de seus interesses privados e reclamá-los, ou não, quando reputarem oportuno.

Dessume a doutrina espanhola, até mesmo, um fundamento constitucional do princípio dispositivo, que se encontra no próprio modelo econômico e jurídico acolhido pelo ordenamento, especialmente quando a Constituição espanhola (assim como a brasileira), reconhece o direito à propriedade privada. Pois, a optar pela clara distinção entre interesses privados e públicos, se admite uma ampla margem à autonomia da vontade e à iniciativa dos particulares¹⁸⁴. Esta tanto pode expressar-se no exercício da livre iniciativa econômica, quanto na livre disposição das partes sobre a prova dos fatos.

Acompanhando a doutrina italiana, Joan Picó I Junoy refuta o argumento de que a iniciativa probatória das partes acarretaria a destruição do ônus da prova, pois tais regras atuam no momento de ditar a sentença, em face da proibição do *non liquet*, que decorre do

¹⁸³Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹⁸⁴PICÓ I JUNOI, Joan. O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum consientiam* e sua repercussão atual, *cit.*, p. 94.

dever inexcusável dos juízes (e árbitros) de resolverem as questões discutidas no processo. E atuam, justamente, quando, no momento da sentença, o juiz considere que alguns fatos relevantes são duvidosos para ensejar a devida fundamentação.¹⁸⁵

Nessa linha, a jurisprudência do Tribunal Superior espanhol tem entendido que o resultado das provas produzidas beneficia por igual todas as partes, sem interferência com as regras do *ônus probandi*. O que expressa a adoção, como ocorre entre nós, do princípio da aquisição probatória.

Vai mais além, todavia, a doutrina espanhola, por obra do professor da Universidade de Barcelona, Jordi Nieva-Fenoll, quando sustenta que a concepção do ônus da prova se encontra superada pelo princípio da aquisição.

Para esse jurista, o ônus da prova e os *standards* probatórios são dois institutos que vêm do antigo sistema da valoração legal e tarifada da prova. No sistema do livre convencimento, porém, a instituição do ônus da prova deixa de ter qualquer utilidade, assim como os *standards*, por representarem mera remissão às vetustas categorias da prova plena ("*probatio completo*") e prova semiplena ("*probatio semi-completo*"), cujos parâmetros de aceitabilidade racional são impossíveis de se objetivar¹⁸⁶.

Dada a aceitação do princípio da comunhão da prova, que prestigia o livre convencimento do árbitro, é de concluir-se que o ônus da prova deixa de ter sentido nos moldes da antiga regra, ainda mantida, que incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito

¹⁸⁵*Id. Ibid.*, p. 102. Nesse sentido é exposto art. 217 da LEC ao estabelecer que o *ônus probandi* deve ser levado em consideração “*Cuando, al tempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos echos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniante, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.*”

¹⁸⁶NIEVA-FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *InDret*: revista para el análisis del derecho, n. 2, p. 406-437, 2020. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1549.pdf>. Assim discorre o autor, à p. 413: “*Pues bien, ROSENBERG (37) nos dice que a partir de la introducción de la frase “unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen” 38 en el §286 ZPO39, ya habría dejado de importar quién aportaba la prueba, sino que el tribunal la valoraría con independencia de ese hecho, es decir, tomaría en consideración todo el material aportado por las partes sin tener en cuenta cuál de ellas lo había aportado. Ese precepto, por cierto, fue el que introdujo el sistema de libre valoración en Alemania. Y estamos también ante la tenebrosa génesis que nunca explicó CHIOVENDA40 –que lo expuso sin citarlo– del llamado “principio de adquisición” por las doctrinas italiana41 e hispana, que es importantísimo en la materia que estamos analizando. Ese origen no es más que la consecuencia lógica de la introducción del sistema de libre valoración. Con el mismo se dejaba atrás el antiguo sistema –el de prueba legal– y se introducía el nuevo, el de libre valoración, en el que el onus probandi –la carga subjetiva– había dejado de tener, como se acaba de evidenciar, sentido alguno. Ya no importaba en absoluto qué litigante aportaba las pruebas al proceso. En ese momento debió haberse eliminado por la doctrina el concepto de carga de la prueba porque era una pieza de un sistema, el legal, que en gran medida había dejado de existir*”.

do autor (CPC, art. 373). Pois as provas, uma vez produzidas, pertencem ao processo, e não à parte que a promoveu, podendo conter elementos fáticos que venham a favorecer ou mesmo a desfavorecer os argumentos de qualquer uma das partes.

A consequência da não apresentação de qualquer prova, por ser vedado ao julgador proferir o *non liquet*, deixando de decidir a causa, será reconhecer a improcedência do pedido do autor por insuficiência ou inexistência de elementos probatórios. Mas, em se tratando de complementar a prova existente, nada impede o árbitro de valer-se de seus poderes instrutórios. E, bem por isso, são prestigiados tais poderes, até mesmo pela Regras de Praga, que incentivam a participação do árbitro.

Daí que o ônus da prova não mais poderia ser afirmado como regra, mas entendido como princípio, que concita as partes a colaborarem para a final decisão do mérito. E esse princípio, no âmbito da arbitragem, seria o referido por Manoel Pereira Barrocas, do *compromisso essencial*, qual seja, *um acordo implícito entre as partes e os árbitros de não criar entraves desnecessários à marcha do processo, de disponibilizar informações, e de fornecer os meios de prova disponíveis*.¹⁸⁷

2.5. Standards probatórios na arbitragem

Alinha-se ao tema do ônus da prova o dos *standards* de prova, pois podem ser tomados como parâmetros epistêmicos para uma melhor formação do convencimento do julgador em face do contexto fático, que pode se revelar ou não suficiente para atender à expectativa de um julgamento justo, consoante nos interesses versados na disputa.

Aponta Amy Pietrowski que “convenções de arbitragem internacionais, leis de arbitragem nacionais, *compromis*, regras arbitrais e mesmo decisões de tribunais arbitrais são uniformemente silentes quanto ao *standard* da prova na arbitragem”¹⁸⁸.

Há, na doutrina e jurisprudência, uma gradação a respeito do *standard* probatório exigível para que o julgador considere um enunciado fático como provado, de molde a embasar uma decisão. Seria possível, assim, definir o *standard* probatório a ser atingido na

¹⁸⁷BARROCAS, Manuel Pereira. *A prova no processo arbitral*, cit.

¹⁸⁸PIETROWSKI, Amy, *Evidence in International Arbitration*, 2009, *apud* SORIA, Juliana Sirotsky. O standard de prova e a distribuição do ônus da prova na arbitragem: do cenário internacional ao nacional. *In: XXV CONGRESSO DO CONPEDI*, Curitiba, 2016. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/02q8agmu/f2931cc7>.

arbitragem, segundo os padrões norte-americanos, que podem ser assim elencados: (I) *preponderance evidence*, ou simples “preponderância de provas” afirmando a probabilidade de um fato ter ocorrido; (II) *clear and convinclin evidence*, ou “prova clara e convincente”, que se refere a um elevado grau de probabilidade; (III) e *beyond a reasonable doubt*, ou “prova além da dúvida razoável”, sobre uma probabilidade muito elevada, a aproximar-se da certeza¹⁸⁹.

Contudo, como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a doutrina nacional, salvo pouquíssimas exceções, tem analisado a teoria da prova exclusivamente sob o enfoque das normas¹⁹⁰.

É, pois, incipiente a atenção dispensada à epistemologia no processo penal, em vista da aquisição e valoração probatória, o que também se verifica no processo não-penal, onde os interesses preponderantes, diversamente, são de ordem patrimonial e de caráter disponível. Ressalte-se, como aponta Badaró, que a questão do *standard* probatório reflete uma escolha axiológica¹⁹¹.

Para que a questão dos *standards* faça sentido no âmbito arbitral, necessitamos retomar o princípio do livre convencimento do árbitro, que, como vimos, é expresso em nossa lei arbitral.

Nesse campo, a doutrina chegou a traçar uma resenha jurisprudencial das arbitragens de investimento, em casos de alegação de corrupção por uma das partes, o que se afigura útil na consideração dos *standards* probatórios utilizados, sobre o que nos permitimos fazer uma dilação.

¹⁸⁹GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005. p. 129, *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos” / Editorial dossier “Criminal evidence: epistemological and juridical foundations”, *cit.*, p. 45.

¹⁹⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal, cit.*, p. 70. E arremata o autor: “Estudam-se as regras sobre a prova, mas os métodos probatórios e os princípios que independem do direito são ignorados. Esse pouco interesse pela epistemologia pode ser explicado, em parte, por uma equivocada concepção de que a valoração da prova seria algo quase que intuitivo, que, por meio das habilidades comumente desenvolvidas por todos nós, acabamos naturalmente sabendo como fazê-lo. O que se verá nos artigos que seguem é uma tentativa de aproximar esses campos – jurídico e epistemológico – que não podem mais continuar separados para quem pretende um estudo sério sobre a prova no processo judicial”.

¹⁹¹*Id. Ibid.*, p. 70: “Enquanto que a atividade de valoração da prova é regida por critérios epistemológicos, a definição do modelo de constatação ou do *standard* probatório para considerar que um enunciado fático está provado, é fruto de uma escolha axiológica. Depois de definido o método de valoração e sendo possível chegar à conclusão de qual é a hipótese fática que racionalmente deve ser considerada a que maior suporte encontrou na prova dos autos, é preciso definir qual o nível que esse suporte probatório deve atingir, para que tal hipótese seja, racionalmente, considerada verdadeira”.

Tais estudos oferecem uma revisitação de decisões arbitrais envolvendo alegações de corrupção, com enfoques bastante distintos quanto ao seu conhecimento. Assim, segundo Mohamed Abdel Raouf, diante dessas alegações os árbitros internacionais poderiam adotar uma posição “positiva”, de corrigir as práticas corruptas, atuando como guardião das leis e dos tratados; ou assumir uma posição “passiva” ou “indiferente” com relação ao problema, em razão de seus limitados poderes - de adjudicadores, e não de promotores de justiça -, emprestando legalidade a um contrato que aos olhos do Estado sancionador seria ilegal¹⁹².

Chegou-se à conclusão, em 2004, de que a prática arbitral não é uniforme na questão das alegações de corrupção. E dentre as razões dessa inconsistência, estariam a falta de uma definição uniforme de corrupção, assim como os diversos enfoques que resultam de distintas concepções, formação e experiência dos árbitros.

Procurando sistematizar a matéria, o estudo desse autor apresentou uma distinção, primeiramente no âmbito das entidades privadas (arbitragem comercial ou corporativa), e, em seguida, sobre as arbitragens de investimento.

Nestas, a nota característica é a de o Estado demandado, contratante do investimento estrangeiro, tecer alegações de corrupção por parte de investidores estrangeiros, que compreendem várias práticas, tais o suborno de agente graduado do Governo, a participação encoberta de funcionários públicos ou de seus familiares no investimento, ou através de uma comissão ou agência contratante, a participação em outros benefícios oriundos de uma entidade envolvida, e a corrupção do Judiciário para remover obstáculos da regulamentação aplicável.

Outra peculiaridade das arbitragens de investimento é a de que, diversamente das arbitragens comerciais, onde os direitos das partes repousam sobre um contrato, naquelas os direitos do investidor estão vinculados ao cumprimento de um BIT (tratado bilateral internacional¹⁹³), possuindo um formato único, principalmente quando conduzidos sob os auspícios do ICSID (Centro Internacional para Estabelecimento de Disputas sobre Investimento, acima referido), que não está sujeito a revisão pelas Cortes judiciais da sede da arbitragem.

¹⁹²RAOUF, Mohamed Abdel. How should international arbitrators tackle corruption issues. *ICSID: Review Foreign Investment Law Journal*, Washington, v. 24, n. 1, p. 116 e ss., Mar. 2009.

¹⁹³Como observa o autor, em mais de 2000 BITs não havia previsão sobre a ocorrência de suborno ou corrupção, principalmente relacionada à responsabilidade do investidor, dificultando o trabalho do órgão arbitral.

Por outro lado, são raros os casos em que o demandante é o investidor estrangeiro, quando então se costuma arguir a expropriação ilegal ou tratamento injusto do seu investimento, motivados pela sua recusa em compactuar com as solicitações de propina por parte dos agentes do Estado anfitrião.

Enfim, a distinção proposta se afigura útil, visto que os árbitros de investimento têm oferecido respostas inconsistentes para casos em que a corrupção era suspeitada ou até mesmo expressamente assumida. Daí a utilização desses diversos padrões, e das sugestivas rubricas em que foram agrupados, que tomamos de empréstimo de Mohamed Abdel Raouf, para abordagem da casuística arbitral, sendo uma terceira rubrica fruto de nossas pesquisas em outras fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

2.5.1. Enfoque dos *olhos fechados*

Neste primeiro grupo, os árbitros aparentaram ser passivos ou reticentes para apreciar as alegações de corrupção, fundando-se em frágeis bases processuais de racionalização das decisões.

Assim, no famoso caso “Plateau des Pyramides”,¹⁹⁴ a par da questão do alcance do consentimento do Estado na convenção de arbitragem, que celebrizou a decisão, releva considerar nesse precedente que o Egito, em sua defesa no juízo arbitral, alegou que os pedidos do demandante eram infundados, por razões de corrupção, tendo se entendido que tais alegações não estavam fundadas em provas, mas tão somente em suposições, insuficientes para demonstrar a ocorrência da corrupção.

¹⁹⁴No caso, duas sociedades com sede em Hong-Kong (Southern Pacific Properties SPP e Southern Pacific Properties Middle East SPP-ME), celebraram contrato com um órgão público egípcio (EGOTH), referendado pelo Ministro do Turismo, para a criação de dois centros turísticos próximos às pirâmides de Gizé, tendo sido o projeto cancelado, diante da oposição da autoridade administrativa competente, visando a preservação do sítio histórico. Em razão do cancelamento, a *joint venture* teve os bens sequestrados, as contas bloqueadas pelo Banco Central e a sua administração realizada judicialmente, tudo por requerimento da EGOTH. As empresas ingressaram perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI) em face desse órgão estatal, e também da República Árabe do Egito, pleiteando indenização. Esta última objetou a falta de competência da Corte Internacional de Arbitragem e do tribunal arbitral a ser criado, pela ausência de compromisso arbitral por parte do Governo do Egito. A Corte descartou a exceção levantada, deixando que o juízo arbitral decidisse sobre sua própria competência, vindo este a se declarar competente. A Corte de Apelação de Paris anulou essa decisão, que foi, em seguida, confirmada pela Corte de Cassação. RÉPUBLIQUE FRANCAISE. Cour de Cassation. *Chambre civile I, du 6 janvier 1987, 84-17.274*. Publié au bulletin. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007017771>.

Em *Azurix vs. Argentina*, o Governo do país baseou-se no fato de que, após a assinatura do acordo de concessão, detectou a inserção de um adendo, com previsão sobre a isenção de multas à concessionária, o que motivara uma investigação iniciada no gabinete do Procurador do Tesouro. Durante a audiência de instrução, a testemunha da autora declarou não ter conhecimento da ocorrência da corrupção, e o Procurador Geral, ali presente, confirmou a continuidade da investigação, que, contudo, ainda não havia encontrado nenhuma prova. Diante disso, o painel arbitral decidiu não avançar no reconhecimento da alegação de corrupção.

No caso *Siemens vs Argentina*, em 2002, ao término de um contrato de US\$ 2 bilhões para desenvolvimento de cartões de identidade nacional, a companhia alemã formulou pleito indenizatório, que resultou na condenação do Governo argentino no valor de US\$ 218 milhões. Seis anos depois, surgiram acusações de corrupção na obtenção do contrato, tendo um ex-empregado da companhia admitido o pagamento de suborno. Como consequência de uma investigação instaurada nos Estados Unidos, que poderia comprometer os negócios da empresa naquele país, a Siemens viu-se obrigada a renunciar ao crédito, reconhecendo, ainda, a prática do pagamento de suborno em outros países¹⁹⁵.

Em *Africa Holdings vs. Congo*, o Estado alegou que os contratos eram inválidos, porque haviam sido obtidos por via de corrupção durante o regime do ditador Mobuto, com quem o investidor estrangeiro possuía fortes vínculos. O investidor negou a acusação, com base em testemunhos de que os contratos foram outorgados diretamente à empresa, por ser a única capaz de executar o serviço requerido. A Corte Arbitral reconheceu a gravidade da acusação, mas entendeu que seria necessária uma “prova irrefutável” e um elevado padrão probatório, semelhante ao de uma investigação ou persecução penal, nos países onde a corrupção era considerada crime. Na falta dessa prova, o painel arbitral desconsiderou as alegações de corrupção, porque baseadas meramente em considerações genéricas sobre o período Mobuto e eventos relacionados.

Por fim, em *EDF vs. Romania*, diferentemente, as alegações de corrupção foram feitas pelo investidor estrangeiro, afirmando este que, a partir de 2001, quando se recusou a compactuar com pedidos de propina de altos oficiais do Governo, a Romênia passou a expropriar ilegalmente os investimentos da EDF e a submetê-la a tratamento injusto. O painel arbitral observou, de início, que o ônus da prova recairia sobre o demandante, no que

¹⁹⁵ESCÁNDALOS en todo el mundo. *La Nación*, 16 dic. 2008. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/1081285-escandalos-en-todo-el-mundo>.

se referia à alegada solicitação de propina. Entendeu, no entanto, ser necessária prova “clara e convincente” dos fatos, a demonstrar não apenas que a propina foi solicitada por uma autoridade do Governo, mas também que essa solicitação não se fez no exclusivo interesse do solicitante, mas também em benefício das autoridades do Governo da Romania, a fim de afirmar a responsabilidade do Estado sob esse aspecto. Não havendo se desincumbido do ônus *probandi*, o pedido da EDF foi rejeitado, com a imposição de condenação de U\$ 6 milhões a título de custas.

Tais precedentes suscitarium uma indagação da doutrina arbitralista pátria, sobre como justificar que o julgador deva fechar os olhos e ignorar uma determinada prova, apenas em razão da forma como foi obtida, se as provas existem para descobrir a verdade. Ou sobre como aceitar que um pedaço da verdade seja ignorado. E nesse ponto questiona se aceitar a prova e paralelamente punir o infrator não seria uma solução mais adequada.¹⁹⁶

2.5.2. Enfoque da *tolerância zero*

Nos casos seguintes, verifica-se um papel ativo dos árbitros no tocante às questões de corrupção, levantando-se a relevância do requisito das “mãos limpas” nas arbitragens de investimento.

Em *World Duty Free vs. Kenya*, alegou o Quênia que o investidor havia obtido o contrato pagando um suborno de U\$ 2 milhões ao ex-presidente. O painel, de início, ressaltou que suborno ou tráfico de influência, assim como a corrupção ativa ou passiva, são práticas sancionadas pela lei penal, na maioria dos países, senão em todos. Referindo-se, em seguida, às diversas convenções multilaterais sobre o combate a corrupção, declarou que os Estados devem mostrar seu desejo comum de combater a corrupção, não apenas na legislação nacional, como já fizeram antes, mas também através da cooperação internacional. E assim o fazendo, não apenas alcançarão um novo estágio na luta contra a corrupção, como também confirmarão a anterior condenação dessa prática.

Por outro lado, observou-se nessa decisão que os juízos arbitrais têm mais frequentemente baseado suas decisões em valores universais, utilizando fórmulas como a “boa moral” ou os “bons costumes”, a “ética do comércio internacional” ou “políticas

¹⁹⁶FONSECA. Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira, *cit.*, p. 512.

públicas transacionais”. Mas também tem sido ressaltado que os julgadores devem ser muito cautelosos, examinando a existência objetiva de uma política pública transnacional identificada nas convenções internacionais, no direito comparado e nas decisões arbitrais.

Finalmente, destacou-se que o Autor não está legalmente autorizado a sustentar qualquer dos seus pedidos embasados na própria torpeza (“*ex turpi causa non oritur actio*”), contrariando assim uma política pública de não socorrer um autor culpado de conduta ilegal ou imoral. Com base nessas considerações os árbitros rejeitaram o pleito do investidor estrangeiro.

No julgamento de *Plama vs Bulgaria*, a Corte entrou em considerações sobre as consequências para o investidor no tocante à proteção conferida pelo ECT (Energy Charter Treaty), eis que a contratação resultou de corrupção, por deliberada ocultação de informações, caracterizando fraude. Mais uma vez, invocou-se a máxima de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (“*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”). A conclusão foi no sentido de que a falha do investidor estrangeiro induziu o Estado em erro, assim como no tocante à sua capacidade financeira e gerencial para realizar o investimento.

O requisito das “mãos limpas” para fazer jus à proteção do tratado também foi invocado no caso *Aspetrol vs Azerbaijan*, onde uma testemunha desse Estado admitiu, sob *cross examination*, haver pagado subornos para o Governo. A disputa, todavia, acabou por acordo das partes, após o Estado objetar que havia prova do suborno, e, portanto, não poderia ser dado provimento ao pleito. Diversamente, porém, do que ocorreu no precedente *World Duty Free vs Kenya*, em que o suborno foi pago para obter a contratação, neste último caso os subornos visavam evitar as investigações oficiais sobre as operações do investidor.

2.5.3. O papel proativo dos árbitros

Dos casos que acrescentamos abaixo, pode-se extrair um papel proativo dos árbitros, conquanto a questão da corrupção não fosse o pano de fundo da arbitragem, mas o Estado anfitrião veio a ser condenado diante da não adoção de providências para responsabilizar seus funcionários infratores.

Assim, em *Wena Hotels vs Arab Republic of Egypt*, alegou o Egito que o demandante havia pagado propina a um alto funcionário público para garantir a adjudicação do arrendamento dos hotéis estatais. Este negou, procurando demonstrar que os pagamentos foram feitos por via de um contrato de agência, sem conexão com o investimento. A decisão arbitral menciona o testemunho do Ministro Sultão, que declarou não ter consciência de que o funcionário atuava como um agente, e quando se deu conta disso comunicou ao fato ao setor fiscal e solicitou uma investigação minuciosa. Mas o funcionário nunca chegou a ser processado no Egito, nem havia explicação plausível para tanto. Não obstante, pelo fato de o Estado egípcio não haver responsabilizado, de algum modo, o funcionário corrupto, o painel arbitral se declarou pouco disposto a eximi-lo da responsabilidade de adotar as medidas punitivas e ressarcitórias, visto que o acordo havido com o funcionário era ilegal perante a própria lei egípcia.¹⁹⁷

O mais célebre e complexo precedente, pelo montante da condenação imposta a um Estado, foi o caso *Yukos Oil Co.*, envolvendo a Rússia. Em abril de 2016, um tribunal holandês surpreendeu o mundo da arbitragem internacional quando alcançou o recorde de US \$ 50 bilhões numa condenação concedida a ex-acionistas da companhia pela Corte Permanente de Arbitragem em 2014, após o desmantelamento do gigante petrolífero pela Rússia. Mais de um ano e meio depois, os procedimentos na Holanda para executar a condenação continuavam a instigar os advogados de arbitragem - não apenas pelo valor, mas também porque as circunstâncias em torno do caso são bastante incomuns, com graves acusações de corrupção de parte a parte¹⁹⁸.

Nesse caso, telegramas diplomáticos divulgados pelos Estados Unidos foram aceitos como prova e referidos na fundamentação da sentença, não tendo a Rússia contestado a admissibilidade e autenticidade dos documentos.¹⁹⁹

¹⁹⁷Cf. referencias de CREMADES, Bernardo M. La buena fe em el arbitraje internacional, *cit.*

¹⁹⁸De um lado, a Rússia alegou que os chefes da Yukos subornaram as autoridades russas e que o secretário do tribunal arbitral elaborou partes importantes da decisão. O país também alegou que os ex-acionistas da Yukos eram controlados por oligarcas russos que declararam indevidamente sua reivindicação sob respaldo de um tratado internacional. De outro, o dono do conglomerado, que era também potencial adversário político do Presidente Putin, alegou haver sofrido uma serie de represálias por parte do Estado russo, começando por um processo penal por fraude e evasão de divisas, e culminando com a expropriação dos ativos das empresas, que levaram à falência da Yukos. Cf. OVERVIEW of the Yukos Arbitration. *International Arbitration*, 19/06/2015. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/overview-of-the-yukos-arbitration>.

¹⁹⁹FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira, *cit.*, p. 536-537.

2.5.4. Não executoriedade das decisões contrárias à ordem pública

Por fim, é interessante abordar o caso – ao que consta ainda não concluído – apresentado por uma subsidiária da empresa de exploração e produção de petróleo e gás natural do Canadá – INA Oil & Gas, contra duas empresas estatais de petróleo e gás de Bangladesh Niko Resources Ltd., eis que cumprirá ao ICSID avaliar se a ação pode prosseguir diante de alegações de que os contratos subjacentes foram adquiridos por meio de suborno. Antes do seu desfecho, entretanto, o Estado de Bangladesh apresentou, na esfera criminal, um *plea agreement* entre Niko e a promotoria do Canadá, onde a empresa confessa o pagamento de suborno ao Ministro da Energia de Bangladesh em 2005. Contudo, alega-se que não chegou a haver nexo de causalidade entre o suborno e a obtenção do contrato, pois o referido Ministro renunciou antes da assinatura do contrato. Entende, assim, a autora do artigo²⁰⁰ que não haveria interferência entre a jurisdição penal e a arbitral, por efeito da coisa julgada. Mas que, perante a Convenção de Nova York, uma decisão manchada pela corrupção não poderia ser executada diante dos fundamentos das políticas públicas vigentes, por contrariedade à ordem pública²⁰¹.

Cumpra analisar-se, dentre os conhecidos *standards* de provas (ou “critérios de decisão”, ou, ainda, “modelos de constatação” dos fatos) colocados pela doutrina, qual deles se aplicaria de forma mais adequada ao juízo arbitral. Para tanto, nos valem da didática síntese de Danilo Knijnik, que relaciona os tradicionais *standards probatórios*, acima enunciados, a exemplos relacionados a ação de acidente de veículos, de improbidade administrativa e a ação penal.”²⁰².

²⁰⁰Cf. GOJKOVIC, Ema Vidak. An unlikely tandem of criminal investigations and arbitral proceedings: a case study of the INA – MOL Oil & Gas Proceedings. *Kluwer Arbitration Blog*, Jan. 26 2017. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/26/unlikely-tandem-criminal-investigations-arbitral-proceedings-case-study-ina-mol-oil-gas-proceedings/>.

²⁰¹**Article V(2)(b)**

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

²⁰²KNIJNIK, Danilo. *A prova penal nos juízos cível, penal e tributário*, cit., p. 18. A título de exemplo, em demanda indenizatória por acidente de trânsito, deve-se raciocinar com base numa “preponderância de provas” para que se dê por demonstrado o fato “x”; por este critério guiar-se-ão o juiz e as partes. Já em ação de improbidade, o modelo de constatação é outro, mais rigoroso, exigindo-se uma “prova clara e convincente”; e outro deveria ser, portanto o critério empregado pelo juiz, pelo tribunal e pelas partes na formação do juízo do fato e sua discussão. Numa ação penal, enfim, será necessário observar-se outro modelo de constatação: a “prova além da dúvida razoável”, e diversamente estará orientada a construção do juízo

Caberia, ainda, flexibilizar esses critérios, conforme o tipo de arbitragem e as partes, privadas ou estatais, nela envolvidas. Na esfera das arbitragens de investimento, onde são comuns alegações de corrupção no setor público²⁰³, corresponderia essa, no mínimo, a um ilícito civil punido como ato de improbidade administrativa. Afigura-se, a princípio, suficiente para a formação do convencimento do árbitro a adoção do *standard* intermediário, da prova clara e convincente, o mesmo que a doutrina reputa adequado para a prova nas ações de improbidade administrativa.

Já, nas arbitragens comerciais, o critério da preponderância das provas se nos afigura o mais adequado, porque mais afinado com a disponibilidade dos interesses em jogo, que está ligada ao poder de disposição das partes sobre a atividade probatória. Não se excluíam, contudo, os poderes instrutórios do árbitro, que podem se afigurar indispensáveis tanto para a complementação do conjunto probatório, como para a averiguação individualizada sobre a origem de determinada prova, nos casos em que, eventualmente, for apontada a ilicitude na sua obtenção.

2.6. Atipicidade das provas

A ideia da taxatividade dos meios de prova contraria a busca da *máxima potencialidade do mecanismo probatório*. Daí que, segundo Eduardo Cambi, a “proibição de um elenco exemplificativo dos meios de prova faz parte do conteúdo do direito constitucional à prova”.²⁰⁴

fático. Como se vê, esses “modelos de constatação” são critérios, pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio”.

²⁰³Em razão das alegações de corrupção nas arbitragens de investimento, foi formulada a *Clean Hands Doctrine* (“Once the case is brought before an international investment tribunal, the host State argues that the investor should not be allowed to proceed with its claims, since in the establishment (or development) of the investment the investor contravened the host State’s law”). (...) Mas a doutrina somente tem sido aplicada quando há prova de uma cadeia de atos ilícitos praticada pelo investidor: “The clean hands doctrine has been recognized to apply when it is proven that the investor was involved in one or several acts of corruption. This is because corruption has been deemed to be such a wrongful conduct that the responsible party cannot be allowed to resort to international arbitration. Indeed, the prohibition of corruption has been recognized as an essential rule of the vast majority of legal systems around the world. (...) Some have argued that it is unfair to assume that any evidence of illegality must lead an arbitration tribunal to deny an investor its right to bring a claim. On the other hand, several tribunals that have encountered this type of issue have upheld the principle; with one of them concluding that “no legal system based on rational grounds allows the party that committed a chain of clearly illegal acts to benefit from them. The mere reference to a “chain of clearly illegal acts” appears to reveal that the tribunal in *Inceysa v. El Salvador* had in mind something more than a specific violation of the host State’s law.” Cf. ALBA, Mariano de. Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 321-337, 2015. Disponível em: www.researchgate.net/profile/Mariano_De_Alba.

²⁰⁴CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 40.

Questiona-se se a tipicidade da prova poderia ser alçada a princípio de ordem pública processual no direito italiano, comportando menos dúvidas no processo ordinário de cognição, do que nos processos sumários, onde são admitidas provas atípicas ou obtidas de modo atípico.²⁰⁵

Boa parte da doutrina e a jurisprudência italianas entendem que as provas atípicas são admissíveis, *de iure condito* (conforme o direito posto), no processo civil ordinário de cognição. Além disso, a jurisprudência atribui valor probatório às provas provenientes de outros processos, às sentenças proferidas em outros processos, às perícias extrajudiciais, e aos escritos provenientes de terceiros.

Porém, o princípio da taxatividade dos meios de prova não pode ser elevado a um princípio de ordem pública, pois não interessaria saber se o repertório das provas é aberto ou fechado, mas se os requisitos previstos pela lei para admissão ou assunção da prova tenham pelo menos um caráter essencial e inderrogável.²⁰⁶

Na verdade, a racionalização do convencimento do juiz, concernente a meios de prova não expressamente previstos na lei, se traduz na necessidade de evitar que venham construir-se e empregar-se instrumentos probatórios desvinculados da observância dos direitos das partes, bem assim de evitar que do real significado do princípio do livre convencimento decorra a legitimidade de um juízo arbitrário e sem controle²⁰⁷.

A doutrina majoritária é pela não aplicação do princípio da tipicidade à arbitragem, entendendo que as partes podem muito bem prever a admissibilidade de provas atípicas e até mesmo autorizar os árbitros a determiná-las de ofício.²⁰⁸

Para outros, a tipicidade da prova é um conceito muito relativo, e, se assumirmos como “tipo” categorias gerais, como a prova documental, todas as fontes de prova podem ingressar e serem admitidas no processo, concluindo que na arbitragem pode haver o ingresso de qualquer sorte de fonte de prova, ainda se cogentes as formas processuais ordinárias.

²⁰⁵MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 90.

²⁰⁶CAVALLONE, B. Critica della teoria delle prove atipiche. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 33, n. 4, p. 693, 1978.

²⁰⁷TARUFFO, Michele. Prove atipiche e convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 389 ss. 1973.

²⁰⁸MARENCO, R., *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in Riv. dir. proc. 1997, 310. *Apud* MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 126.

Portanto, o princípio da tipicidade, como conclui Andrea Mengali, não integraria a ordem pública processual.

Dado, assim, que o princípio da tipicidade da prova não é princípio pertencente à ordem pública processual, e conseqüentemente, não tem lugar na experiência arbitral, é necessário examinar a admissibilidade daquelas provas que não são formadas no processo, sob o perfil da possível violação do princípio do contraditório.

Em que pese à posição da doutrina, que reputa inadmissíveis as provas atípicas em substituição àquelas *constituendas*, à luz do princípio do contraditório, tal problema não se colocaria na arbitragem, dada a previsão contida na lei italiana: “desde quando não se revelem contrárias às indicações da lei”.²⁰⁹

Não seria o caso dos testemunhos escritos, posto que há previsão na reforma de 1994 de que os árbitros podem admitir testemunhos solicitando à testemunha que forneça por escrito respostas aos quesitos nos termos que determinarem.²¹⁰

O problema, pois, não é sustentar que os meios de prova sejam inadmissíveis porque atípicos, mas porque, por força do contraditório, no processo, e não antes do processo, devem ser formadas as provas representativas “repetíveis”, isto é, daquelas que não representam um fato da sua formação, mas representam um fato diverso, segundo a distinção cara a Francesco Carnelutti entre testemunho e documento (ou entre prova *constituenda* e prova *constituída*).²¹¹

Nesse caso, até uma prova típica como o testemunho escrito poderia ser reputada lesiva ao contraditório, e aí o problema resulta da legitimidade constitucional, à luz do artigo 111 da CF italiana.

A doutrina é quase unânime em reconhecer a natureza atípica da prova nos meios idôneos para apuração do fato, não previstos em lei. Ao lado dessa exceção, na qual a prova atípica se identifica com a fonte de prova, apontou-se como o conceito de atipicidade pode

²⁰⁹Cf. MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 114.

²¹⁰Refere-se ao atual art. 816-ter, c.p.c., (*Istruzione probatoria*). (*L'istruttoria o singoli atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri ad uno di essi*). *Gli arbitri possono assumere direttamente presso di se' la testimonianza, ovvero deliberare di assumere la deposizione del testimone, ove questi vi consenta, nella sua abitazione o nel suo ufficio. Possono altresì deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono.*

²¹¹Cf. MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 114.

ser aplicado também ao procedimento de admissão da prova no processo, como se faz, por exemplo, no procedimento cautelar.²¹²

Para além das hipóteses de deformalização prevista em lei, as provas adquiridas em desacordo com o procedimento legal não seriam atípicas, mas ilegítimas, acarretando a sua nulidade. E nem sob o manto da atipicidade poderão ser acolhidas provas capazes de incidir em vedações processuais ditadas por disposições de ordem substantiva, pois então estaríamos diante das provas ilícitas.

Quanto a essas provas, como veremos a seguir, a resposta à sua admissibilidade na arbitragem não deriva do fato de serem eventualmente típicas ou atípicas, nem eventualmente nulas, à falta de disposições procedimentais específicas na LA, e sim, integralmente, da questão de considerar-se o seu modo de obtenção conforme ou não à ordem pública.

2.7. Necessária racionalidade do accertamento e a relevância das provas

Tem-se que a logicidade é sintoma exterior da racionalidade, na dúplici roupage m da escolha dos meios de prova e da valoraçã o dos resultados probat6rios

Em face da generalizada estranheza do direito probat6rio à ordem pública processual, a doutrina italiana havia individuado o que constitui um limite no qual qualquer accertamento judicial, em sentido lato, incluindo a denominada “justiça privada”, não pode transcender: qual seja, a necessária racionalidade do accertamento. Vale dizer, a racionalidade como limite intransponível à livre valoraçã o das provas pelo juiz.

Ainda que não se considere aplicável à arbitragem o disposto no artigo 116, *comma* 1, do CPC italiano, é certo, segundo Andrea Mengali, que o legislador, através da fórmula “*prudente apprezzamento*” (prudente apreciaçã o) quis sublinhar esse limite à livre apreciaçã o da prova²¹³.

²¹²SILVESTRI, Caterina L'evoluzione darwiniana dei mezzi di prova: il ruolo della prova atipica nella modernizzazione del sistema delle prove. *Diritto.it*, 20 lugl. 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/evoluzione-darwiniana-dei-mezzi-di-prova-il-ruolo-della-prova-atipica-nella-modernizzazione-del-sistema-delle-prove/>.

²¹³MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 122.

Não se poderia admitir, como fazia o Juiz Bidoyer, por mais de quarenta anos, sem jamais ter qualquer julgamento questionado, que os juízes pudessem jogar dados para decidir o processo. E, mais do que a sorte cega dos dados, havia o fato de que o magistrado não enxergava bem, e bem poderia ter se equivocado ao distinguir os números.²¹⁴

A racionalidade, no decidir, envolve a admissão racional dos meios de prova, ao mesmo tempo em que a prova deverá ser racionalmente valorada. Medida dessa prudente apreciação será a aplicação das máximas de experiência.

A Corte de Cassação italiana reputa imprescindível a motivação em termos de apreciação do material probatório, mas ao mesmo tempo afirma como suficiente considerar a valoração de todos os elementos de prova, no seu conjunto, devendo-se reputar desatendidos implicitamente aqueles ontologicamente incompatíveis com a decisão adotada.²¹⁵

Sob esse aspecto, da logicidade do laudo arbitral, a doutrina e a jurisprudência italianas reconhecem que detém um objeto mais restrito, prevendo o artigo 823, 5 do CPC italiano entre os seus requisitos “a exposição sumária dos motivos”, sem referência ao disposto no artigo 360, 5, que sanciona de nulidade pela insuficiente ou contraditória motivação.

Para a doutrina italiana, o *defeito de motivação* coincidiria com um *error in procedendo*, jamais com um *errore di “giudizio”*²¹⁶. Não seria, portanto, qualquer

²¹⁴Cf. RABELAIS, François. *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel*, trad. Élide Valarin Olivier, Cotia: Ateliê Editorial: Campinas: Editora da Unicamp, 2006, cap. 39, p. 231-234, *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos” / Editorial dossier “Criminal evidence: epistemological and juridical foundations”, *cit.*, p. 42.

²¹⁵“*al fine della congruità della motivazione [...] che il convincimento [...] risulti raggiunto attraverso la valutazione dei vari elementi probatori acquisiti, considerati nel loro complesso, e dovendosi reputare disattesi per implicito quelli ontologicamente incompatibili con la decisione adottata*” Cita, MENGALI, (I principi e la disciplina delle prove nell’arbitrato, *cit.*, p. 123), diversos precedentes: *Cass. 21 maggio 1981, n. 3340 in Rep. Foro It., 1981, voce prova civile in genere, n. 60. Conf. Cass. 15 febbraio 1982, n. 950, Id., 1982, n. 56; Cass. 12 giugno 1984, n. 3505 in Rep. Foro It., 1984, Id., n. 34; Cass. 11 novembre 1986, n. 6609 in Rep. Foro It., 1986, Id., n. 46; Cass. 26 aprile 1990, n. 3476 in Rep. Foro It., 1990, Id., n. 29; Cass. 7 marzo 1992, n. 2767 in Rep. Foro It., 1992, Id., n. 37; Cass. 7 ottobre 1994, n. 8198 in Mass. Giur. It., 1994; Cass. 20 giugno 1995, n. 6956 in Rep. Foro It., 1995, Id., n. 1; Cass. 7 novembre 2000, n. 14472 in Not. Giur. lav., 2001, 258; Cass. 10 maggio 2000, n. 6023 in Rep. Foro It., 2000, voce prova civile in genere, n. 60; Cass. 10 maggio 2002, n. 6765 in Arch. civ., 2003, 336; Cass. 23 novembre 2005, n. 24589 in Rep. Foro It., 2005, Id., n. 63; Cass. 28 giugno 2006, n. 14972 in Rep. Foro It., 2006, Id., n. 50; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3601 in Mass. Giur. It., 2006.*

²¹⁶CALOGERO, G. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2a ed., Padova, 1964 P. 187 ss., spec. 228, que cita a decisão Cass. 19 febbraio 1935, n. 595, *apud* MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell’arbitrato, cit.*, p. 124.

incongruência na motivação, propriamente dita, mas que a argumentação, por sua estrutura e conteúdo, fosse idônea para justificar racionalmente a decisão.²¹⁷

Ainda que se tomasse o vício de logicidade por não detectável em sede de impugnação, tal não significa que a decisão dos árbitros não deva ser lógica e racional. A falta de revelabilidade do vício não significa que ele não exista. Há que distinguir a lógica do juiz do seu controle.

Sob esse ângulo, será concedido ao árbitro utilizar o instrumento da prova inferencial ou por presunção, além dos limites do artigo 2.729 do Código Civil italiano, que cuida das presunções simples²¹⁸.

Outro aspecto no qual incide a obrigação de motivação, dessa vez conexo ao princípio do contraditório, é aquele concernente à rejeição de pedidos instrutórios, sobre a qual uma recente decisão da Corte de Cassação entendeu como imune de vício a decisão arbitral que se omitiu de motivar.

Veja-se, a propósito, a crítica da doutrina, que detecta como os resultados da exteriorização do contraditório entre as partes podem ser desatendidos pelo autor da decisão, mas não omitidos, do que se extrairia uma correspondência biunívoca entre contraditório e motivação da decisão.²¹⁹

Já a relevância das provas resulta do princípio extrajurídico da racionalidade do acerto e da economia processual. Não seria lógico colocar o árbitro em contato com fatos que não correspondam àqueles nos quais se apoiam as pretensões ou as exceções das partes. Seria possível, assim, traçar um limite geral ao livre convencimento do julgador que, como vimos, não pode ser entendido em termos absolutos.²²⁰

²¹⁷TARUFFO, Michele. Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale. *Rivista dell'Arbitrato*, p. 509, 1991: “non qualsiasi discordo è {...} motivazione in senso próprio, ma solo l'argomentazione che per struttura e contenuto sia idonea a giustificare razionalmente la decisione”.

²¹⁸Articolo 2729 del Codice Civile

Presunzioni semplici

Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.

Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.

²¹⁹FAZZALARI, Elio. Contraddittorio e motivazione. *Rivista dell'Arbitrato*, Roma, p. 687 ss., 2001. (nota a Cass. 21 settembre 2001, n. 11936).

²²⁰“In altri termini, sia che lo si voglia ricondurre o meno a delle percentuali di probabilità, può dirsi tracciato un limite alla libera valutazione della prova per un principio extrajuridico, coincidente con la necessaria razionalità dell'accertamento. All'interno della cornice tracciata dalla detta razionalità, qualsiasi criterio di valutazione è accettabile, senza che si possa ritenere violato alcun principio fondamentale. Ecco che emerge, già in quest'ottica, quel principio di razionalità che caratterizza un limite generale al libero accertamento giudiziale.” (Cf. MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 90).

Como bem pontua Cândido Rangel Dinamarco, a exigência constitucional e legal da motivação não chega ao ponto de exigir do juiz ou do árbitro que se debruce sobre todas as minúcias dos fundamentos apresentados pelas partes, sendo indispensável que o julgador examine “todos os pontos fundamentais da causa, desenvolvendo corretos raciocínios dedutivos a partir da *fattispecie legal* e conduzindo-os logicamente às conclusões”. Em síntese, “dispensam-se minúcias, mas exige-se que o *essencial* seja objeto de motivação.”

2.8. Influência da prova ilícita sobre a racionalidade da decisão

Daí ser inaceitável que o árbitro se omita sobre algum elemento de convicção, fático ou jurídico, “cuja conclusão pudesse ter a capacidade de inverter a conclusão decisória a que tiver chegado”, reputando-se nula a sentença eivada desse tipo de omissão, e sujeita à ação anulatória ou à impugnação de cumprimento de sentença (art. 32, III, c/c art. 26, inc. II e art. 33, *caput* e § 3º da LA).²²¹

Em se tratando de omissão referente a um elemento fático, estaremos diante de omissão sobre a apreciação da prova desse fato, que pode se revelar ilícita. Se assim considerada, cumpriria ao árbitro abster-se de fazer qualquer referência a essa prova na fundamentação da decisão, sob pena de essa parte da fundamentação ser reputada inexistente. Sendo a prova ilícita a única ou de maior relevância para o alcance da conclusão decisória, estaremos diante da ausência de fundamentação, requisito obrigatório, a ensejar a anulação da sentença.

Diversamente, poderá o árbitro, no exame da suposta ilicitude da prova, chegar à conclusão de que seria admissível, por não ocorrer afronta a valores de estatura jurídica superior (direitos fundamentais) e por isso vir a considerá-la na decisão.

Nesse caso, a parte atingida pela produção da prova ilícita em violação de seus direitos fundamentais ou a flagrante ilegalidade na sua obtenção, poderá questionar a sua validade sob igual fundamento, a considerar-se tal elemento fático como causa de inversão da decisão que poderia lhe resultar favorável.

²²¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 166.

III. A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

1. A prova ilícita no processo judicial e na arbitragem

1.1. Sistema anglo-americano

Nesta abordagem, visamos traçar as linhas gerais dos países de *common law*, a partir de suas origens e tradições, sem nos determos nas peculiaridades de cada ordenamento jurídico estatal.

No sistema de *common law*, onde se afirmou a instituição do júri, composto de cidadãos leigos, não seria possível conferir a estes a interpretação e aplicação da lei. Construiu-se, assim, um sistema probatório peculiar (*law of evidence*), baseado em regras de exclusão probatória (*exclusionary rules*), cuja finalidade, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, “é a de controlar a qualidade das provas apresentadas aos jurados, evitando que esses leigos pudessem ser induzidos a erros de apreciação”²²².

Encontra-se, ainda, nessas *exclusionary rules of extrinsic policy*, a previsão dos denominados *privileges*, que visam assegurar ao cidadão a efetividade de certos direitos essenciais, quais sejam: a proteção contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*); os referentes ao sigilo profissional (*physician-patient privilege, client-attorney privilege, journalist's source privilege*), que também são encontrados nos ordenamentos de *civil law*.²²³

Todavia, como relata Gustavo Henrique Ivahy Badaró, mesmo nos Estados Unidos da América, berço das *exclusionary rules*, parece haver uma tendência cada vez maior de restringir o âmbito da aplicação das regras de exclusão probatória. É o que ocorre nos pronunciamentos da Suprema Corte, enquanto a doutrina prevê que “a exclusão de provas

²²²GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 36. “Inicialmente, a função dos jurados não era propriamente a de julgar, mas de recolher informações e prestar testemunhos sobre fatos investigados (*jury of proof*)”. (...) “Dentre tais regras, sobressaem a *rule against hearsay*, destinada a evitar que o júri tenha contato com um testemunho de segunda mão, e o princípio da *interest disqualification*, segundo o qual não são admissíveis testemunhas que possam ter um interesse na causa”. Além disso, refere o autor a lição de MAY, Richard. *Criminal evidence*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1990. p. 11, segundo a qual: “*the Golden rule of admissibility is that all evidence which is relevant to the facts in issue is admissible and that which is irrelevant is inadmissible*”

²²³GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988, cit., p. 253-254.

obtidas ilegalmente será inteiramente abolida como um meio de regular a conduta dos agentes policiais”. Ao passo que, noutros países, predomina a aplicação de uma regra de balanceamento ou ponderação de bens, com o reconhecimento da eventual ilicitude da prova, mas sem provocar o efeito de sua exclusão do processo²²⁴.

As *exclusionary rules* encontram-se presentes na arbitragem internacional, seja nos meios de prova (*Discovery, expert witnesses*) seja na questão da sua admissibilidade, onde são suscitados institutos de *illegally obtain private or privileged information*²²⁵.

Uma fonte de orientação pode ser encontrada nas regras básicas sobre o *discovery*. Mas não é comum que as partes incluam uma cláusula em sua convenção de arbitragem tratando expressamente da inadmissibilidade probatória. Se uma disposição relativa ao *discovery* for incluída, normalmente será por meio da incorporação de algum conjunto de regras institucionais.

O conjunto de regras mais comum usado na arbitragem internacional - como as Regras do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA), ou a Lei Modelo da UNCITRAL, inclui padrões de admissibilidade amplos e permissivos.

No contexto investidor-Estado, o Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID) adota uma abordagem discricionária, concedendo total autoridade ao tribunal para decidir quais provas devem ser admitidas. Por outro lado, orientações mais específicas são encontradas nas regras sobre a obtenção de provas da *International Bar Association (IBA)*, especificamente em seu artigo 9 (2) e (3)²²⁶.

Modernamente, no mundo regido por *bytes* de transmissão instantânea e incessante, o dilema probatório geralmente surge quando informações obtidas por técnicas ilegais de

²²⁴BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal, cit.*, p. 176.

²²⁵Tradução: obter ilegalmente informações privadas ou privilegiadas.

²²⁶*International Bar Association (IBA) Rules on the Taking of Evidence: 2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons: (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable; (...) (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; 3. In considering issues of legal impediment or privilege under Article 9.2(b), and insofar as permitted by any mandatory legal or ethical rules that are determined by it to be applicable, the Arbitral Tribunal may take into account: (d) any possible waiver of any applicable legal impediment or privilege by virtue of consent, earlier disclosure, affirmative use of the Document, statement, oral communication or advice contained therein, or otherwise; and (e) the need to maintain fairness and equality as between the Parties, particularly if they are subject to different legal or ethical rules.*

obtenção ou compartilhamento de dados caem nas mãos de uma parte, que, a partir daí, procura usá-las na arbitragem.

Mesmo não tendo sido a própria parte que obteve esses elementos fáticos, fica a questão de como um árbitro deveria considerar a prova deles resultante, tendo em vista que essa ilegalidade, em algum momento, se verificou - contaminando, ou não, os meios de prova dela derivados.

A questão de se admitir ou não essas evidências registra uma incômoda presença na arbitragem internacional, onde, ao contrário da relativa uniformidade das regras de obtenção de provas em litígios domésticos, as regras de arbitragem podem mudar dependendo do acordo das partes ou da escolha da instituição arbitral, criando um maior grau de variação e de incerteza.

Desde o escândalo do WikiLeaks²²⁷, os parâmetros legais para provas admissíveis parecem prestes a mudar: provas que teriam sido consideradas inadmissíveis devido ao seu caráter privilegiado ou confidencial agora são reputadas admissíveis porque, uma vez divulgadas pela Internet e pela mídia jornalística, são consideradas informações públicas.

Nos Estados Unidos, no ano passado, o Department of Justice (DOJ) acusou quatro pessoas por diversos crimes, com base nas informações reveladas pela série de publicações *Panamá Papers*²²⁸, que foram disponibilizadas pelo próprio governo americano. Nessa

²²⁷O WikiLeaks é uma organização jornalística internacional, sem fins lucrativos, que publica informações secretas, vazamentos de notícias e mídia classificada de fontes anônimas. Seu site, iniciado em 2006 na Islândia pela organização Sunshine Press, reivindicou um banco de dados de mais de 1,2 milhão de documentos em um ano de seu lançamento. IRETONI, Jessica O. *International arbitration disregarded validity of Wikileaks Cables as evidence*. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/WikiLeaks_of_Evidence. Como relata BREDÁ, Juliano A admissibilidade processual das mensagens reveladas pelo The Intercept. *Consultor Jurídico*, 08 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-08/breda-admissibilidade-processual-mensagens-intercept?imprimir=1>, na Inglaterra, em 2017, a Suprema Corte admitiu, por unanimidade, a admissibilidade de documentos vazados nesse episódio do Wikileaks, UNITED KINGDOM - UK. *Judgment*. R (on the application of Bancoult No 3) (Appellant) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent). 8 Feb. 2018. Disponível em: [supremecourt https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0022-judgment.pdf](https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0022-judgment.pdf). Como concluiu a juíza Lady Hale, “*Whatever may be the position in relation to other documents passing between a mission and their sending department, it seems clear in this case that whatever control there had initially been exercised over this document, it was lost even before it was put into the public domain. I therefore agree that it was no longer inviolable and should have been admitted in evidence in this case.*”

²²⁸Os *Panamá Papers* têm 2,6 TB de dados ou 11,5 milhões de documentos vazados que detalham informações financeiras e sigilosas de advogado-cliente para mais de 214.488 entidades *offshore*, vazadas a partir de 3 de abril de 2016. Os documentos, alguns datando da década de 1970, foram criados e retirados do ex-escritório de advocacia panamenho e provedor de serviços corporativos Mossack Fonseca, por conterem informações financeiras pessoais sobre indivíduos ricos e funcionários públicos que antes eram mantidas em sigilo. Sua publicação permitiu instaurar a acusação de Jan Marsalek, que ainda interessa a vários governos europeus. PANAMA Papers. *Wikipedia*. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Panamá_Papers.

situação, entendeu-se na doutrina que se a ilegalidade da produção da prova não é de autoria do acusado beneficiário da revelação, não é possível cogitar-se de sua inadmissibilidade processual.

A situação seria diversa se a própria parte obtivesse o *hackeamento* de e-mails ou conversas digitais das outras partes para, em seguida, solicitar a uma terceira entidade, alheia à disputa, a publicação dessas informações, visando beneficiar-se dessas provas na arbitragem, sob o argumento de que a disponibilidade de informações de natureza pública destruiria o *status* privilegiado ou confidencial da informação obtida. Nesse caso, o fato de as provas terem sido obtidas ilegalmente pesaria contra a admissibilidade, à luz de razões de ordem pública, quais sejam, a defesa do sigilo ou de alguns direitos fundamentais.

Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência têm que enfrentar o dilema entre considerar tais provas inadmissíveis, por violação da ordem pública, ou admitir sejam utilizadas em nome de outros valores constitucionais, como a liberdade de imprensa ou mesmo a indisponibilidade do interesse público, quando tais provas foram hauridas de conversações digitais entre autoridades.

De toda forma, a divulgação do *hackeamento* de dados, a pretexto de perfazer *informação pública*, poderia, por vezes, revelar-se mero artifício para legitimar a admissão de prova ilícita (*lavagem de prova*) em favor da parte que veio a obtê-la, em conluio ou com a colaboração de criminosos.

Diante desse risco, as provas que foram obtidas ilegalmente e se tornaram públicas só deveriam ser aceitas por um tribunal arbitral internacional (e, com maior razão, na arbitragem doméstica), mediante o consentimento de ambas as partes. Isso evitaria o mau vezo de que qualquer parte tente, por qualquer meio, obter informações ilegalmente, e manterá a justiça e a igualdade entre as partes no processo.²²⁹

²²⁹CALVILLO ORTIZ, Ricardo. *Admissibility of hacked emails as evidence in arbitration*. Disponível em: <http://villasante-freyman.com/author/noticias/>; ADMISSIBILITY of Hacked Emails as Evidence in Arbitration. *Transnational Notes*, May 14, 2018. Disponível em: <https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2018/05/admissibility-of-hacked-emails-as-evidence-in-arbitration/>.

1.2. Países de *Civil law*

Já, no tocante ao sistema da *civil law*, dispomo-nos a empreender análise mais particularizada sobre o direito e doutrina de alguns países da Europa Continental, que possuem em comum com o nosso ordenamento a plena vigência do princípio da licitude, aplicável a todas as provas, sejam as produzidas sob um regime de admissibilidade restrita (prova legal), seja sob um regime de liberdade dos meios de prova²³⁰.

1.2.1. França

Na França, o princípio da legalidade da prova jamais foi objeto de uma verdadeira teoria doutrinária, com escassas referências em manuais e tratados²³¹. Somente a partir da tese de Raymond Legeais, deu-se uma mudança de perspectiva à luz do princípio da liberdade probatória, na consideração de diversos obstáculos à obtenção de provas, tais como: a inviolabilidade do corpo humano e do domicílio, os segredos das cartas missivas e os de interesse público (segredo profissional e sigilo da instrução processual). Propôs-se, assim, uma visão sistêmica da ilicitude da prova.²³²

Paralelamente à concepção de que a obtenção da verdade seria uma finalidade do processo, difundiu-se na doutrina a necessidade de se estabelecer um confronto com os valores concorrentes. Dentre tais valores, Jordi Ferrer Beltrán enfatizou a proteção dos direitos fundamentais, os segredos de Estado e a relação advogado-cliente²³³.

A Corte de Cassação francesa possui duas concepções diversas sobre o princípio da licitude da prova. Numa primeira concepção, afirma que o juiz não deve formar sua convicção senão pelos meios de prova admitidos pela lei. Isso para impedir que o juiz tenha contato com fatos obtidos a partir de “*investigations personnelles, en dehors de l’audience et*

²³⁰VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve, cit.*, p. 350.

²³¹Como relatam *Id. Ibid.*, p. 351 e ss.

²³²LEGEAIS, R. *Les regles de preuve em dorit civil. Permanences et transformations*. Paris: LGDI, 1955, p. 143. *Apud* VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve, cit.*, p. 352.

²³³FERRER BELTRÁN, Jordi. *La preuve est livre, ou presque: une theorie quase-benthamiense de la preuve. In Mozzo -Rey, M. e TUSSEAU, G., Bentham juriste. L’utilitarisme juridique em question*, Paris: Economica, 2011, *Apud* VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve, cit.*, p. 352.

sans les communiquer aux parties ni les soumettre aux débats”²³⁴. O que constituiria, em última análise - mais que o simples apego à prova legal -, a aplicação dos princípios fundamentais de que o juiz não pode ter conhecimento pessoal de fatos e provas, nem sair em busca de fontes de prova, além do princípio do contraditório, expressando a bilateralidade da audiência e participação das partes na formação do convencimento sobre as provas.

Em seguida faz-se referência ao princípio processual sobre o efeito da ilicitude da prova propriamente dita, à luz do artigo 9º do CPC francês²³⁵, na formulação de que “a ilicitude de um meio de prova deve levar à sua rejeição dos debates”²³⁶, ou de que “*constituent moyens de prova illicites as informações coletadas de antemão por um sistema automatizado de processamento de dados pessoais, conforme relatado à CNIL*”²³⁷.

Segundo a lei francesa, a convenção de arbitragem se impõe com relação às partes, não possuindo efeito sobre terceiros (CC art. 1.199), e nem mesmo o árbitro dispõe de poderes em face destes. Tal posição é inconveniente para o árbitro, sempre que a colaboração de terceiros for útil, ou mesmo necessária, para a condução do procedimento, em particular na fase probatória, como normalmente ocorre para a obtenção de um documento na posse de um terceiro. Para atenuar o problema da falta de *imperium* do árbitro, uma inovação legislativa tornou possível a uma parte, que pretenda fazer referência a uma escritura autêntica ou privada da qual não tenha sido parte, ou de um documento detido por terceiros, obter-se, por determinação do tribunal de superior instância, a entrega de uma ordem de exibição ou a produção do documento (art. 1.469, I, do CPC francês)²³⁸.

Dessa forma, a parte atingida por uma prova de origem duvidosa, poderia, através de pedido formulado pelo árbitro ao tribunal arbitral, obter uma provisão para obrigar o terceiro que a detém a apresentá-la (para, eventualmente, submetê-la a perícia de autenticidade ou de

²³⁴Em livre tradução: “investigações pessoais, fora da audiência e sem comunicá-las às partes ou submetê-las a debates”.

²³⁵*Article 9 Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.*

²³⁶No original *l’illicéité d’un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats*”. Cass. Soc. 4 févr.1998, nº 95- 43421 *Apud* VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve, cit.*, p. 353, nota 6.

²³⁷No original “*constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant as déclaration à la CNIL*” Cass. Soc. 8.oct.2014, nº 13-14991. *Apud* VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve, cit.*, p. 353, nota 7. A sigla CNIL refere-se à *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés*, autoridade administrativa encarregada da proteção dos danos, concernentes à vida privada e aos direitos individuais em face do “*monde numérique*”.

²³⁸RACINE, Jean Baptiste. *Droit de l’arbitrage*. Paris: Themis Droit, 2017. p. 242.

rastreamento digital de sua origem, com vistas à demonstração de sua ilicitude). Contudo, a prudente apreciação prévia do tribunal arbitral evitaria os riscos de *fishing expeditions*.

1.2.2. Itália

Na Itália, Pietro Nuvolone empreendeu célebre estudo sobre a *prova vedada*, assim considerada a prova sempre que for contrária a uma específica norma legal ou a um princípio de direito positivo²³⁹. Essa vedação pode ser estabelecida tanto pela lei processual, como pela lei material (constitucional ou penal), de forma expressa, ou por dedução de princípios gerais. A distinção, segundo Nuvolone, é relevante: *a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade; mas enquanto no primeiro caso haverá um “ato ilegítimo”, no segundo caso haverá um ato ilícito*. Considera, assim, as provas ilícitas como espécie das “provas vedadas”, que compreendem: as *provas ilícitas*, propriamente ditas, e as *provas ilegítimas*²⁴⁰.

²³⁹NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 48 e ss., 1966.

²⁴⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p 45 e ss. Escrevemos em nossa Dissertação de Mestrado, “Provas Ilícitas” sob orientação da Prof^a Ada Pellegrini Grinover, defendida em 1994, que: “Desta forma, é possível distinguir, perfeitamente, as provas ilícitas das provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade. Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita prende-se sempre à questão das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, nos quais já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando da violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator. O direito processual mantinha-se, até pouco tempo atrás, alheio a essa realidade. A par da distinção no plano da natureza da norma violada, outra se faz quanto ao momento da transgressão: enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.” Nesse sentido, decidiu o STF no HC 80.724-1, Rel. Min. Ellen Gracie, com referência à doutrina de Antonio Scarance Fernandes e à nossa, para fundamentar a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas.

No ordenamento infraconstitucional, em matéria processual penal, a questão ora se apresenta disciplinada no artigo 191, *comma* I, do CPP italiano, que é expresso ao dispor sobre a *inutilizzabilità* da prova obtida “*in violazione dei divieti stabiliti dalla legge*” (em violação às proibições estabelecidas pela lei). A disposição seria pertinente às *provas ilegítimas*, porquanto sua vedação se encontra expressa na lei processual.²⁴¹

Já, no processo civil, a questão da inadmissibilidade da prova ilícita ainda inspira divergência.

Segundo Luca Passanante²⁴², à mingua de uma disposição de direito que discipline expressamente o fenômeno das provas ilícitas no processo civil, optou-se por remeter a questão a um conceito de lacuna axiológica.

Para o autor, enquanto as lacunas normativas se caracterizam pela inexistência de norma a disciplinar a matéria, as lacunas axiológicas referem-se à ausência, no ordenamento, não de uma norma qualquer, mas de uma norma “justa”. Dessa forma, pode-se extrair dos artigos 183 c. 7 e 115 c.1 do CPC italiano um princípio de admissibilidade geral da prova em face de sua relevância, cujo corolário seria a admissibilidade da prova ilícita, desde que relevante.

Por outro lado, o cânone constitucional do processo justo seria apto a fundamentar um princípio ético, pela inadmissibilidade da prova ilícita. No entanto, como arremata o autor, isso não resolveria completamente o problema, pois ainda há que se cotejar esse princípio com o direito à prova.

De modo que o juiz italiano se submeteria a um embaraçoso impasse: decidir conforme o direito, admitindo a prova ilícita, mas pagando o preço de uma decisão

²⁴¹Nuvolone criticava a posição de Cordero, segundo o qual a ilicitude da prova não a torna inadmissível, salvo se esta for em si mesma inadmissível, ou se ocorre uma violação da norma processual, mas reconhece sua engenhosidade. Ressaltava que o ordenamento jurídico não está constituído em compartimentos estanques, e, portanto, os institutos processuais recebem sua qualificação também de outros ramos do Direito. Após indicar que a idolatria ao princípio do livre convencimento nessa matéria tem dado lugar a resultados aberrantes, concluía energeticamente que a prova ilegal não pode ser utilizada no processo. Em sua obra *Procedura penale*, 1993, p. 563, Cordero exalta os princípios que nortearam a reforma do CPP italiano e, neste trecho condensado, revela que, apesar de tudo, seu pensamento não se modificou: “*Coerente alla scelta accusatoria, il nuovo codice rifonda la materia. Parola-chiave, ‘ammissibilità’ evoca la valutazione preventiva sotto cui cade ogni prova; non essendo più puro espediente suasorio o materiale informativo amorfo, va stabilito se sia conforme alle regole; nel caso positivo il giudice la ammette, con un atto morfologicamente distinto dall’acquisitivo (distinzione meno visibile nel vecchio sistema, dove l’istruttore lavorava ex officio). Definiamo ammissibile ogni prova che nessuna norma processuali vieti d’acquisire. A tali fine non interessano le qualifiché ‘lecito’ – ‘illecito’, ricavate da fonti esterne (penali, civile, amministrative)...*”

²⁴²PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 391 e ss.

axiologicamente incoerente, ou decidir de modo axiologicamente coerente – excluindo a prova – mas pagando o preço de uma decisão não conforme ao direito.²⁴³

Também segundo Andrea Mengali, a admissão de prova ilícita comportaria violação do art. 111 da CFI (princípio do justo processo) porque um processo justo não pode ser amoral ou imoral. Para outros, ainda, haveria violação à liberdade e ao sigilo da correspondência e a outras formas de comunicação²⁴⁴.

A doutrina italiana costuma diferenciar a ilicitude de provas *constituendas* (violação sobre os limites de admissibilidade para a *assunzione*), daquelas *constituídas* (provas pré-constituídas), cuja ilicitude não diz respeito a violações de norma sobre o processo, mas a um ilícito que precede o processo: exemplo clássico é o do documento furtado ou subtraído com violência, onde entram em jogo princípios constitucionais invioláveis.

Não se pode silenciar, como adverte Andrea Mengali, que os princípios violados pela aquisição das provas constituídas de modo ilícito são princípios substanciais, de relevância constitucional, atinentes à liberdade da pessoa. Mesmo assim, seria discutível elevar-se a proibição das provas ilícitas a um princípio de ordem pública processual²⁴⁵.

Andrea Graziosi, professor da Universidade de Nápoles, ressalta que um dos maiores problemas do direito probatório atualmente é o da inutilizabilidade (*innutilizzabilità*), no processo civil, dos meios de prova viciados no cumprimento de um ou mais atos contrários à lei, cujo risco e importância aumentam em face dos avanços da área da informática e telemática²⁴⁶.

Após criticar tanto a posição da doutrina (qual seja, a tese de Cordero, da interpretação restritiva conferida ao artigo 191 do CPP italiano, que limita a inadmissibilidade às vedações da lei processual), bem como a resposta jurisprudencial ao problema da admissibilidade das provas pré-constituídas, conclui Andrea Graziosi, por força do balanceamento entre a finalidade de busca da verdade - que não pode ser tomada por

²⁴³PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 391 e ss.

²⁴⁴MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 97.

²⁴⁵*Id.* *Ibid.*, p. 98.

²⁴⁶GRAZIOSI, Andrea. *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*. Disponível em: <http://www.studiosicchitano.it/wp-content/uploads/2019/06/Contro-lutilizzabilita-delle-p-rove-illecite-nel-proc.-civ-.pdf>. “*In primo luogo l'enorme diffusione delle tecnologie informatiche e telematiche, la cui immensa capacità di memorizzare, comunicare, scambiare, pubblicare, elaborare dati di ogni genere (penso naturalmente ai personal computer, sempre più capienti e veloci, di cui chiunque ormai può disporre, ai tablet a internet, alla posta elettronica, ai social network...) ha incrementato in modo esponenziale la possibilità, ed il rischio, che quei dati vengano usati illegalmente, ed indubbiamente tra i possibili usi impropri vi è anche la loro utilizzazione in un processo sotto forma di prova.*”

absoluta -, e aquela de garantir a inviolabilidade dos direitos de liberdade de nível constitucional, que “[A]s provas ilícitas, na noção e com as distinções acima destacadas, nunca podem ingressar no processo civil”.²⁴⁷

Há, de outra parte, os que sustentam que a ilicitude não tem relevância, pela anterioridade da prova ao processo, conservando a prova todo o seu valor²⁴⁸.

Em que pese à divergência doutrinária, a jurisprudência mais recente, em matéria civil e tributária, sem se pronunciar claramente no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas enquanto tais, tende a assumir um posicionamento contrário à possibilidade de sua utilização em juízo, desde que, após procedido a um balanceamento entre valores opostos, considere prevalente aquele que sofreu violação de uma regra substantiva²⁴⁹

Num primeiro caso, a Suprema Corte enfrentou questão relativa à utilização de provas de origem ilícita no processo civil. Em ação de separação, um dos cônjuges apresentou em juízo arquivos de áudio, com tradução juramentada, visando embasar decisão sobre guarda dos filhos. A Corte entendeu que, mesmo à falta de norma de direito processual civil da mesma envergadura do disposto no artigo 191 do CPP italiano, que sanciona com a inadmissibilidade as provas obtidas em violações das proibições estabelecidas pela lei, o material probatório, subtraído de modo fraudulento da parte que o possuía, não pode de modo algum ser utilizado no processo civil.

Outro caso, emblemático, foi o da *Lista Falciani*, de 2012, (assim denominado em homenagem ao técnico de informática francês protagonista do episódio), porque apresenta interpretações divergentes dos órgãos judiciários no âmbito tributário e penal. Hervé Falciani era empregado de um grande conglomerado financeiro, e vazou dados bancários de muitos clientes, inclusive italianos, revelando a existência de recursos não declarados no exterior, que serviram de base para inúmeras investigações dos órgãos fazendários.

²⁴⁷Conforme decidido pela Corte di Cassazione, 25 marzo 2013, processo n. 7466. “*Le prove precostituite, quali i documenti, entrano nel giudizio attraverso la produzione e nella decisione in virtù di un’operazione di semplice logica giuridica, essendo tali attività contestabili solo se svolte in contrasto con le regole, rispettivamente, processuali o di giudizio, che vi presidono, senza che abbia rilievo una valutazione in termini di utilizzabilità, categoria propria del rito penale ed ignota al processo civile*”

²⁴⁸RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 41, n. 1, p. 70, mar. 1987, segundo o qual “*gli atti illeciti con cui la parte si è procurata o ha formato le prove appartengono ad “un momento pre-processuale, del tutto estraneo al giudizio in corso”, e pertanto non possono influire sulla validità degli atti ivi compiuti ma, semmai, potranno essere sanzionati penalmente o civilmente se ne ricorrono gli estremi.*”

²⁴⁹MINAFRA, Nicoletta. Le prove illecite: il problema della loro utilizzabilità nel processo civile. *Legal Euroconference*, 05 giug. 2018. Disponível em: https://www.eclegal.it/wp-content/uploads/pdf/2018-06-05_le-prove-illecite-problema-della-utilizzabilita-nel-processo-civile.pdf.

A Comissão Tributária Provincial de Milão²⁵⁰ anulou o procedimento fiscal, baseado apenas na lista de Falciani, porque esse documento, tendo sido obtido de forma ilícita, como afirmado pelo Tribunal de Cassação francês, não poderia ter sido repassado pelas autoridades francesas às autoridades italianas. Em outras palavras, sob as disposições convencionais sobre a troca de Informações (artigo 27, par. 2, letra b, da Convenção contra Duplas Imposições Fiscais entre Itália e França), o Estado interpelado (a França) poderia apenas intercambiar esses dados obtidos de acordo com sua própria legislação interna. Portanto, o subsequente ritual de realizar o procedimento convencional de troca de informações não poderia sanar a ilicitude originária na aquisição de provas.

Diversamente, a Corte de Cassação, ao tratar do caso em matéria penal²⁵¹, não vislumbrou violação ao direito à reserva do contribuinte, pela violação de seu sigilo bancário, decidindo favoravelmente à utilização desses dados. Num raciocínio de balanceamento de valores, contrapôs a confidencialidade dos dados, que tem em vista a proteção dos credores e dos negócios, ao dever do contribuinte de custear os gastos públicos.

No âmbito da arbitragem, resulta claro, para Andrea Mengali, com relação às provas de proveniência ilícita, que a resposta à questão sobre a sua admissibilidade deriva inteiramente do fato de serem estas ou não consideradas menos contrárias à ordem pública.

Contrariamente, a doutrina italiana majoritária, apesar de afirmar o caráter substancial da ilicitude, entende que os árbitros devem respeitar as regras sobre prova que repute aplicáveis, o que se traduziria num equívoco, pois, na verdade, estariam assim afirmando a natureza processual e não substancial das normas sobre direito probatório.²⁵²

²⁵⁰Acórdão de 4 de outubro de 2012, sob nº 236 In ARMELLA, Sara; UGOLINI, Lorenzo. *Nulli gli accertamenti basati sulla lista Falciani?* Ott. 2012. Disponível em: <https://studioarmella.com/doc/1-%20Lista%20Falciani.pdf>. Contudo, em outra decisão, a Comissão Tributária de Treviso sancionou a plena legitimidade da aquisição dos dados, considerando-a “consequente ad una rituale richiesta all'amministrazione fiscale francese, inoltrata attraverso i canali di collaborazione informativa internazionale nel pieno rispetto delle procedure e dei trattati» In BELLINAZZO, Marco. *Validi gli accertamenti basati sulla lista Falciani.* 24 Ore, 10 sett. 2015. Disponível em: <https://st.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2012-08-03/validi-accertamenti-basati-lista-114950.shtml>.

²⁵¹Corte di cassazione con la sentenza 4 ottobre 2012, n. 38753.

²⁵²Cf. MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, cit., p. 128 e nota 389. “Già M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1868, 177, riteneva che «il riconoscere quali prove si debbano ammettere e quali respingere dipende dall'applicazione dei principii del diritto, i quali devono o non devono osservarsi, secondo che gli arbitri decidono giusta le regole del diritto, oppure come amichevoli compositori». Nella dottrina recente cfr. S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 174; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 499 s. Sul punto si veda anche L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 165, sul pensiero del quale cfr. *amplius*, infra, che ritiene nell'arbitrato di equità sia più agevole giustificare il superamento dei limiti di ammissibilità della prova. Ritiene invece che anche gli arbitri di equità siano tenuti al rispetto delle norme sulle prove, nonostante ne affermi la natura sostanziale, D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 739, secondo la quale l'equità riguarda solo «le regole di giudizio che gli arbitri devono applicare per definire

Para Giovanni Verde, as provas ilícitas não são utilizáveis na arbitragem, assim como não o são no processo estatal, e pelas mesmas razões. Bem por isso, é consentida uma maior elasticidade na admissão e utilização de provas obtidas irregularmente, porque as partes dispõem da possibilidade de modelar o procedimento consoante a controvérsia em cada caso concreto, podendo ingressar com as assim chamadas provas *inominadas*, sempre que possam ser reconduzidas a um dos meios de prova usuais: testemunho, confissão, juramento (perante a outra parte), documento público ou provado, e as presunções.²⁵³

1.2.3. Portugal

No direito português, a proibição da prova ilícita tem previsão constitucional, vinculada, porém, ao âmbito penal.²⁵⁴ A disciplina legal se encontra no artigo 126º do CPP português, que menciona os chamados *métodos proibidos de prova*.²⁵⁵

la controversia. Le norme sulle prove disciplinano, invece, il ruolo degli elementi, di fatto e di diritto, che il giudicante deve porre a fondamento della propria decisione e, quindi, esse si pongono in una posizione logicamente antecedente rispetto alle norme che devono essere applicate per pervenire alla soluzione della lite». Sembra di poter dire, anche alla luce della dottrina richiamata in nota, che l'A. da ultimo citato sia incorso in un equivoco: le ragioni espresse sono quelle per le quali non si può che essere convinti della natura processuale e non sostanziale delle norme di diritto probatorio, e su cui cfr. supra, Introduzione, e da cui discende, come giustamente affermato dalla dottrina citata dall'A. (AULETTA, G.F.RICCI), la soggezione a quelle anche degli arbitri di equità (se si ritengono gli arbitri soggetti alle norme processuali comuni o se così han disposto le parti). Diversamente, se le si ritiene norme sostanziali, non si può che trarne la conseguenza (errata secondo la prospettazione preferita nel testo) che esse si atteggino diversamente nell'arbitrato di equità rispetto all'arbitrato di diritto. Sul punto si veda l'ampia disamina di E. RICCI, La prova nell'arbitrato rituale, cit., 27 ss. Nel senso invece che la libertà degli arbitri comprenda anche la possibilità di disattendere le norme relative all'ammissibilità dei mezzi di prova cfr. AULETTA, L'istruzione probatoria, cit., 199; C. CECHELLA, L'arbitrato, cit., 174; R. VECCHIONE, L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit., 526."

²⁵³VERDE, Giovanni. *Lineamenti de diritto dell'arbitrato*, cit., p. 154.

²⁵⁴Artigo 32º, que trata das garantias de processo criminal no item 8 – São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

²⁵⁵Artigo 126.º

Métodos proibidos de prova

1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

- a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
- b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
- c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;
- d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
- e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

O Supremo Tribunal de Justiça - STJ português, a propósito, entende que “[A]s proibições de prova dão lugar a provas nulas - artigo 38.º, n.º 2, da CRP. A lei portuguesa proíbe as provas fundadas na violação da integridade física e moral do agente e as provas que violem ilicitamente a privacidade”.

Distingue-se, contudo, na doutrina e jurisprudência, a nulidade insanável da nulidade sanável, em conformidade com as hipóteses previstas no artigo 126 do CPP português.²⁵⁶ Assim, seriam inadmissíveis as provas obtidas por via de coação, física ou moral, mas a inadmissibilidade de uma prova obtida por violação de correspondência dependeria de arguição nesse sentido por parte do ofendido.

Manuel da Costa Andrade não vislumbra no artigo 126 do CPP português uma enunciação taxativa, pois considera métodos proibidos de prova todos que puderem atentar contra a dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física e mental das pessoas.²⁵⁷

Não obstante, o tratamento da matéria no processo civil, em que pese à falta de disciplina específica, goza de maior abrangência na doutrina. Pois, como entendem Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, “sob a mesma designação podemos encontrar provas

3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

²⁵⁶1. Extracto do Ac. STJ de 14-07-2010 A ementa do aresto é elucidativa quanto à questão das nulidades do art. 126:

“(…) Os n.ºs 1 e 2 enunciam os métodos de prova que o legislador considera proibidos em termos absolutos, pois que atentam contra direitos indisponíveis para o seu próprio titular e em relação aos quais é irrelevante o consentimento.

Os métodos proibidos de carácter relativo abrangem os casos em que se utilizam processos de recolha de prova sem o consentimento dos respectivos titulares. Aqui, já não existe uma proibição absoluta, mas meramente relativa, uma vez que, estando apenas em causa direitos disponíveis, é sempre possível utilizar os meios de prova aí referidos se houver consentimento válido para tal ou a situação esteja prevista na lei. A propósito da questão de saber se a nulidade contemplada no n.º 3, 2.ª parte, é ou não sanável, consideram – (...) - que a última alteração legislativa pôs fim à dúvida, ao acrescentar que, em tais casos as provas obtidas em desrespeito da lei não podem ser utilizadas.

Na obra colectiva (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; BELEZA, Teresa Pizarro (Coords.). *Prova criminal e direito de defesa*. Lisboa: Almedina, 2010), no trabalho Da autonomia do regime das proibições de prova, p. 257 e seguintes, afirma-se que as proibições de prova não estão numa mera relação de especialidade face às nulidades. São, antes, tal como as nulidades, uma espécie de invalidade, que constitui o padrão comum a que se reportam ambas as figuras. Sendo uma espécie autónoma de invalidade, o efeito associado às proibições de prova tem de ser distinto das nulidades. E conclui-se que esse efeito é a inexistência jurídica. A afirmação da autonomia das proibições de prova em relação às nulidades e a distinção entre métodos absoluta e relativamente proibidos estava já presente no acórdão deste Supremo Tribunal, de 08-02-1995, processo n.º 47.084, in CJSTJ 1995, tomo 1, pág. 194.”

²⁵⁷ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 216.

proibidas quanto à sua obtenção, as provas que não podem ser produzidas e as provas que não podem ser valoradas”.

Os autores propõem também outra classificação das provas proibidas:

- a) em razão de sua *constituição ou formação fora do processo*, hipótese em que se analisa a conformidade do comportamento extraprocessual em face da ordem jurídica, a exemplo da confissão obtida mediante coação;
- b) em razão do seu *modo de obtenção*, referindo-se à ilicitude ou violação de direito fundamental na forma de acesso à informação, como, p. ex., às mensagens armazenadas na memória de um *telemóvel* (telefone celular).
- c) e, finalmente, em razão do *modo de produção ou obtenção no processo*, quando a própria instrução colide com normas sobre produção probatória, ou com os limites estabelecidos no processo para indagação sobre os fatos, em que afiguraria a hipótese de perícia com violação da integridade física ou moral da pessoa.

Seria possível, ainda, cogitar de uma divisão centrada nas *consequências da proibição*, quais sejam quanto às proibições de *produção* de prova e quanto à *valoração* de prova.²⁵⁸

1.2.4. Espanha

Concluindo na Espanha essa breve incursão no âmbito da Europa continental, Teresa Armenta Deu²⁵⁹ refere que a doutrina diferenciava entre requisitos de legalidade constitucional e de legalidade ordinária, circunscrevendo-se a ilicitude probatória à violação dos primeiros, em face do artigo 11.1. da LOPJ²⁶⁰. O rompimento de normas sobre legalidade ordinária conduziria à *irregularidade* da prova, nos termos do artigo 238 e seguintes da LOPJ²⁶¹.

²⁵⁸SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *Efeitos lícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral*, cit., p. 25 e ss.

²⁵⁹DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 95.

²⁶⁰Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Artículo 11. 1. *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

²⁶¹Artículo 238 Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1. ° Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

A anterior legislação arbitral espanhola, dispunha expressamente que os juízes rejeitarão provas obtidas contrariamente à lei, descabendo qualquer recurso de suas decisões. Tal disposição, contudo, não foi acolhida pela vigente lei, de 2003, que, no tocante ao procedimento, optou por assegurar aos árbitros a tomada de decisão sobre a admissibilidade e valoração das provas²⁶².

1.3. A prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, referimo-nos, em especial, à prova ilícita quando utilizada como fundamento da decisão, eis que a consequência, segundo a Constituição Federal, é a de sua inadmissibilidade no processo (de qualquer natureza), consoante disposto no artigo 5º. inciso LVI e, de forma minudente, no artigo 157 do Código de Processo Penal.²⁶³

O Código de Processo Civil de 2015, como vimos, não se dispôs a tratar da matéria, limitando-se a dispor, no artigo 369, dispõe sobre a admissibilidade genérica dos meios de prova, *condicionando-os, contudo, à observância dos parâmetros legais e morais vigentes*.²⁶⁴

Esse lineamento ético-jurídico, já presente no artigo 332 do CPC de 1973, foi incorporado à nova legislação processual civil, que, ao mesmo tempo, privilegiou os

2. ° *Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.*

3. ° *Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.*

4. ° *Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.*

5. ° *Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del letrado de la Administración de Justicia.*

6. ° *En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.*

²⁶²A Ley 60/2003 dispõe no art. 25: 2. *A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.*

²⁶³Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

²⁶⁴Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (g.n.).

princípios fundamentais que regem o processo, contidos no art. 5º da CF, tais o da *igualdade*, do *contraditório* e da *ampla defesa*, e abriga, ainda, um princípio moral de grande expressão no direito civil e na dinâmica das relações sociais, comerciais e profissionais, qual seja, o da boa-fé: *Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*

Se a matéria das provas ilícitas não se encontra expressamente disciplinada no âmbito do processo civil brasileiro, a Constituição Federal oferece fundamento para a sua inadmissibilidade, o que não se afigura tão claramente nos sistemas jurídicos francês, português e, em especial, no italiano (onde a inadmissibilidade é prevista apenas no Código de Processo Penal, com relação às provas ilegítimas).

A doutrina nesses países, por isso, tem dado pouca atenção ao tema, seja quanto ao processo judicial, seja quanto ao arbitral.

Também na jurisprudência, os precedentes desses países são escassos e controvertidos, procurando-se não se apoiar numa dicção puramente legal da inadmissibilidade, mas no efeito que a violação de um direito fundamental causa em termos dos valores em confronto.

No sistema italiano, o juiz se encontra sujeito apenas à lei, possuindo os precedentes jurisprudenciais valor apenas *persuasivo* e estes não se afiguram vinculantes. Assim ocorre também no sistema francês, onde, pela estrita interpretação do princípio da separação dos poderes, ficam os juízes impedidos de proferir decisão com alcance geral, além da causa que lhes é submetida a julgamento.

No direito português, o Código Civil de 1966 entendia, em seu art. 2º, que certa jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – STJ poderia assumir caráter vinculante, sob forma de assento. Por se entender que tal disposição violava o art. 115, nº 5 da Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional, por decisão de 28.05.1996, declarou a sua inconstitucionalidade. A reforma subsequente do CPC criou a figura do recurso de revista, pelo qual o STJ pode uniformizar a jurisprudência, mas sem caráter obrigatório geral. Daí que o precedente judicial não se faz vinculativo quer para os juízes, quer para os árbitros.²⁶⁵

Entre nós, ao contrário, é farta, e por vezes, vinculante, a jurisprudência sobre provas ilícitas em matéria criminal, mas igualmente escassa no processo civil, sendo muito rara a

²⁶⁵BARROCAS, Manuel Pereira. *Estudos de direito e prática arbitral, cit.*, p. 131.

discussão em processos decorrentes da arbitragem, o que, contudo, não desmerece a importância do tema, mas antes chama a atenção para a ausência de parâmetros legais e de orientação jurisprudencial.

No que faz mais sentido à sua conexão com a prova ilícita, encontram-se as previsões das regras de obtenção de prova do IBA, que são utilizadas como parâmetro de admissibilidade nas arbitragens internacionais, com maior flexibilidade na arbitragem de investimentos com sede no ICSID.

No Brasil, quando não adotadas expressamente como *lex arbitri* as regras da IBA, subsistem o regramento constitucional e a legislação correlata, colhendo-se a argumentação doutrinária de que, se ao árbitro coube um julgamento de direito, segundo a legislação eleita pelas partes, não poderá afastar-se dos princípios constitucionais e da visão desse ordenamento jurídico como um todo. E, até mesmo, dos precedentes porventura aplicáveis²⁶⁶, sob pena de estar enveredando pelo julgamento por equidade, por convicções próprias, descumprindo, assim, o seu mister.

Nesse sentido, argumenta Guilherme Rizzo Amaral que o fundamento da vinculação do árbitro aos precedentes origina-se da autonomia de vontade das partes, de modo que está o árbitro vinculado também à lei (*rectius*, ao direito) escolhida pelas partes. Na falta dessa previsão, a decisão do árbitro se baseará nas regras de conflito de leis, não podendo, contudo, “trair a confiança e a expectativa das partes quanto ao direito aplicável, salvo quando a arbitragem for por equidade”.²⁶⁷

Contudo, no julgamento por equidade, prescreve a LA em seu art. 2º, § 1º, que as partes poderão escolher, livremente, as regras de direito aplicáveis na arbitragem, “desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. Além disso, o julgamento por equidade não afasta o devido processo legal, nem muito menos prescinde de provas, daí que, quanto a estas, não poderão ser admitidas e valoradas aquelas obtidas por meios ilícitos, mormente quando contrárias à ordem pública.

²⁶⁶Nesse sentido v. FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A arbitragem e os precedentes judiciais*. Observância, respeito ou vinculação? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 159, para quem “(...) o árbitro está vinculado às diretrizes das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não por uma subserviência da arbitragem ao Judiciário, ou ao precedente constitucional, mas por uma vinculação às fontes do direito e à própria convenção arbitral, que delimita o arcabouço normativo a ser utilizado pelo árbitro nas arbitragens fundadas em direito brasileiro.”

²⁶⁷AMARAL, Guilherme Rizzo. O controle dos precedentes na arbitragem tributária. In: Piscitelli, Tathiane; Mascitto, Andrea; Mendonça, Priscila Faricelli de. *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 290.

Questão polêmica, no tocante à prova ilícita, é a de entender-se que bastaria o conhecimento desse elemento probatório pelo julgador para influir decisivamente no seu convencimento.

O tema foi objeto de acesas polêmicas no âmbito do direito processual penal²⁶⁸, que culminaram com a inclusão, pela Lei nº 13.964, de 2019 (denominada “Pacote Anticrime”), do § 5º ao art. 157 do CPP, prescrevendo que “[O] juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

Como entende Rodrigo Garcia da Fonseca, uma regra desse tipo seria inviável e irrazoável na arbitragem, pois a exclusão de prova ilícita acarretaria o impedimento de todo o Tribunal Arbitral.²⁶⁹

A propósito, em demanda versando anulação de laudo arbitral, entendeu o magistrado que “o responsável pela arbitragem, não poderia “apagar aquela prova de sua memória””. Trata-se de relevante caso concreto que levantou o problema, não propriamente ligado à ciência privada dos árbitros, posto que a prova foi trazida ao processo, mas que reforça a tese da vinculação dos momentos da produção e da valoração da prova²⁷⁰.

²⁶⁸Não cabe aqui discutir o acerto dessa inovação legislativa, até porque esse parágrafo está com a eficácia suspensa por força da liminar proferida na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.299-DF. Bastaria mencionar que há autores, como DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/19*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 116 que a referenda, sob o argumento de que o *juiz contaminado*, como todo ser humano, “não consegue ignorar determinados fatos que integram o seu conhecimento”, daí não ser possível imaginar que julgue o acusado de maneira isenta sem levar essa prova em consideração. Discordando radicalmente, entende Guilherme de Souza Nucci que “O fundamento do preceito, introduzido pela lei 13.964/19, seria garantir a imparcialidade do magistrado. Repensamos a questão e passamos a observar que um juiz deve ser, por vocação, imparcial e precisa ter o discernimento necessário para separar entre o que é uma prova lícita e o que é uma prova ilícita, até mesmo para formar o seu convencimento e julgar com sabedoria. Os tribunais têm jurisprudência consagrada no sentido de que as causas de suspeição e impedimento dos magistrados são taxativas, não admitindo ampliação. NUCCI, Guilherme de Souza. *Existe juiz contaminado por prova ilícita?* Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/1124266435/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita-analise-do-novo-5-do-art-157-do-cpp>.

²⁶⁹FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira, *cit.*, p. 524-525, nota 1292.

²⁷⁰Segue transcrição da matéria publicada no sítio Consultor Jurídico: LUCHETE, Felipe. Prova ilícita e sentença sem fundamento fazem juiz anular arbitragem. *Consultor Jurídico*, 03 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Embora o Poder Judiciário não possa rever o mérito de sentenças arbitrais, as decisões devem ser consideradas nulas quando violam prerrogativas das partes durante o processo. Com esse entendimento, a Justiça do Ceará anulou multa de R\$ 11,8 milhões aplicada pelo centro de arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá a construtoras de empreiteiras por um acidente ocorrido em 2008. O juiz Tácio Gurgel Barreto, da Vara da Comarca de Jaguarana, apontou uma série de problemas no andamento do processo, incluindo o contato do tribunal arbitral com conversa gravada no escritório de advocacia que representava algumas das partes. Ele avaliou ainda que a decisão foi omissa em seus fundamentos e deixou de analisar questões apresentadas pelos envolvidos. O caso começou em 2005, quando a Schahin Engenharia e a Empresa Industrial Técnica (EIT) foram contratadas para construir a Pequena Central Hidrelétrica de Apertadinho, na região de Vilhena (RO). Parte da obra desabou em 2008, e a concessionária Centrais Elétricas

1.4. As provas ilícitas por derivação

Conforme escrevemos alhures²⁷¹, o problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas, como o nosso. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.

A conhecida doutrina norte-americana dos *fruits of the poisonous tree* tem comportado temperamentos em seu país de origem, estabelecendo certos critérios para aproveitamento dos elementos derivados da prova ilicitamente obtida.

Recentemente, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a prova obtida a partir de uma prisão ilegal, decorrente de erro no manejo dos dados dos registros policiais, pode ser utilizada contra o réu criminal. A decisão, tomada por estreita maioria (5 a 4 dos votos), revelou mais uma divergência sobre as concepções acerca da regra de exclusão das provas ilicitamente obtidas (*exclusionary rule*), que pressupõe, tradicionalmente, a supressão de uma prova obtida à custa da má conduta policial, o que sugeriu que o compromisso da Corte com a regra vem se atenuando²⁷².

No processo penal brasileiro, o legislador ordinário logrou regulamentar a disposição constitucional sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas no Código de Processo Penal, pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, que conferiu a seguinte redação ao art. 157, caput,

de Belém (Cebel) procurou a arbitragem para ser ressarcida. A sentença saiu no ano passado, dando vitória à Cebel e determinando que as duas empreiteiras pagassem multa de R\$ 11,8 milhões mais indenização — cujo valor ainda deveria ser calculado. A Schahin Engenharia e a EIT foram então à Justiça, com processos distintos, para derrubar as determinações. Ambas conseguiram liminar em 2014 para suspender a sentença. A primeira empresa, representada pelo escritório Emerenciano, Baggio Associados, alegou que um relatório incluído no processo citava trechos de gravação feita durante uma reunião em escritório de advocacia, na qual os participantes supostamente admitiam a culpa pela ruína da usina. A Cebel respondeu que esse documento não foi usado para a aplicação da sentença arbitral, mas o juiz entendeu que o contato com a prova ilícita pode ter condicionado essa decisão. Para Barreto, o responsável pela arbitragem não poderia “apagar aquela prova de sua memória”. “O tribunal arbitral não só teve contato com a prova ilícita como anunciou que a analisaria no ‘contexto dos demais documentos’ juntados pelas partes. Isso significa basicamente que os árbitros analisaram todo o conjunto probatório, mas ao final concluíram que as outras provas, que não eram ilícitas, seriam suficientes para fundamentar a condenação. Tendo analisado a prova ilícita, o tribunal arbitral fatalmente foi contaminado com a percepção que delas teve”, escreveu o juiz.

²⁷¹AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*, cit.

²⁷²Confira-se, a propósito, o teor do artigo de Adam Liptak, livremente traduzido para *Suprema Corte estende limites de admissão da prova*, divulgado na edição eletrônica de 15.01.2009 do NYTimes, *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 74.

do velho Codex: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”²⁷³.

A inovação mais relevante, foi quanto às provas ilícitas por derivação. A nova lei consagrou a doutrina denominada *an independent source*, entre nós conhecida como da fonte autônoma da prova, por sua desvinculação causal com a prova ilícita, o que se traduz em exceção à aplicabilidade da regra de exclusão das provas ilícitas por derivação:

“§ 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A consagração da exceção da *fonte independente de prova*, contudo, mereceu a crítica da mais abalizada doutrina. Com efeito, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, afastou-se o legislador da noção original fixada na jurisprudência americana, fundada na suposição de que o dado probatório possua duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido mesmo se suprimida a fonte ilegal. Assim, o § 1º do citado dispositivo, ao empregar o verbo no condicional (*puderem ser obtidas*), daria a impressão de que a mera *possibilidade* de que a prova venha a ser adquirida de modo lícito faria desaparecer a contaminação pela ilegalidade inicial. Além disso, no § 2º estabeleceu-se um conceito normativo de *fonte independente*, que, a par de subverter a ideia original, comprometeria a finalidade da vedação constitucional, qual seja, de “coibir atentados aos direitos fundamentais estabelecidos na Lei Maior”.²⁷⁴

Tais inconsistências legislativas revelam, desde logo, que a disciplina legal sobre as provas ilícitas por derivação, adotada pelo legislador penal, a par de não aplicável subsidiariamente ao processo arbitral, não poderia servir de referência para o árbitro no deslinde uma questão probatória dessa natureza. Que, como veremos, pode ser decisiva para ensejar a sobrevivência da sentença arbitral para além do prazo nonagesimal, tanto na hipótese de ser baseada em prova ilícita, quanto em provas desta derivadas.

²⁷³Cf. nosso AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 7. ed., cit., p. 99 e ss.

²⁷⁴GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 269.

Assim, a doutrina processual civil, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de a prova derivada ter sido, em concreto (e não, por suposição), produzida independentemente da obtenção da prova ilícita, não vê razão para se lhe negar eficácia, desvinculando-se a prova derivada da prova ilícita (fonte autônoma de prova). Também seria admissível a prova derivada no caso de seu descobrimento afigurar-se inevitável (*inevitable discovery*), dado o rompimento do elo causal entre as provas²⁷⁵,

Mais precisamente, Danilo Knijnik enuncia outras teses que restringem a aplicação da regra de exclusão na jurisprudência norte-americana, quais sejam: a *purged taint exception* (exceção de contaminação purgada), pela qual o vício poderia ser *imunizado* pela posterior ocorrência de certos fatos, como a confissão espontânea do acusado ou de terceiro; e a *good faith exception* (exceção de boa-fé), como no precedente acima citado, em que o agente estatal teria agido de boa-fé (erro judicial na expedição do mandado de busca e apreensão, desconhecido pelo agente policial).²⁷⁶

Sem embargo de possíveis argumentações com base nas fontes originais dessa teoria, o que importa considerar, no âmbito arbitral, com base no livre convencimento do árbitro, seria, como aponta William Santos Ferreira, a verificação do nexos causal com a prova obtida por meio ilícito. Assim, quanto à prova derivada, refere o autor que não será afastada “se esta foi ou pode ser, *hipoteticamente*, obtida sem violações”.²⁷⁷

Dessa conclusão ousamos divergir, tão somente, quanto a essa mera *possibilidade hipotética* de ser obtida de modo lícito, pois tal não faria desaparecer a contaminação inicial, como bem aduziu Antonio Magalhães Gomes Filho. Seria necessário, pois, a nosso ver, que a prova fosse, no caso concreto, obtida por fonte independente ou por qualquer outra circunstância que rompesse o elo causal com a prova originariamente contaminada.

De todo modo, é preciso considerar, como fazem Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, com base na doutrina espanhola, que a teoria da árvore envenenada somente teria sentido “quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais”. Pois, em caso contrário, “a limitação da verdade

²⁷⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 465.

²⁷⁶KNIJNIK, Danilo, A doutrina dos frutos da árvore venenosa, *Ajuris* 66/76-83, *Apud* FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, cit., p. 119-120.

²⁷⁷FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, cit., p. 124.

processual e a proteção de valores que tal teoria objetiva garantir serão totalmente inúteis e desprovidos de justificação”.²⁷⁸

Na prática, tal verificação seria imprescindível, em especial na questão da utilização de provas obtidas na fase de mediação, que precedesse a arbitragem, como veremos mais adiante, ao tratarmos da regra do *without prejudice*.

2. Provas ilícitas e ilegítimas: utilidade da distinção

Constitui ponto importante da tese estabelecer a diferença entre prova ilícita e ilegítima, comparando o processo estatal e o arbitral, para verificar quais noções teóricas podem ser aplicadas à prova no processo arbitral, nosso tema central.

Do quanto se pode extrair da incursão aos sistemas da Europa continental, verifica-se que a grande preocupação da doutrina sempre foi estabelecer a ponte entre a ilicitude verificada na obtenção da prova, e sua consequente inadmissibilidade no processo.

Sobre esse ponto se debateu a questão na França, e mais intensamente na Itália, por ocasião da previsão, no artigo 191 do CPP, da inadmissibilidade das provas que ferem preceitos legais. Entendeu-se, a princípio, por inadmissíveis apenas as colhidas em violação a regras processuais, quais sejam, na terminologia de Nuvolone, as provas ilegítimas.

A evolução doutrinária e jurisprudencial apontou novos caminhos, por vezes vedando o ingresso da prova ilícita propriamente dita no processo civil. Assim ocorreu em causa sobre guarda de filhos, por obtido de forma fraudulenta o arquivo de áudio de ex-cônjuge, ou no episódio da Lista Falciani, de violação de sigilo bancário de clientes. Mas, curiosamente, nesse mesmo caso admitiu-se a prova em sede criminal, para sancionar a evasão de divisas, após o estabelecimento do cotejo de valores em jogo.

Importante a contribuição de Andrea Mengali, ao demonstrar que na utilização de provas ilícitas na arbitragem ocorre, a par da violação ao processo justo, violação a princípios substanciais atinentes à liberdade das pessoas. Cujas inadmissibilidade não decorre de vedações da lei processual, mas do ordenamento constitucional e material.

²⁷⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, 2016, *cit.*, p. 333-334.

Na doutrina lusitana, a classificação apresentada por Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, conquanto não utilize a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, se preocupa tanto com a forma de *obtenção* das provas proibidas (que seria o aspecto da ilicitude do meio), quanto ao modo de sua *produção* (ligado às provas ilegítimas).

Por fim, na doutrina espanhola, a diferenciação entre provas ilícitas se faz em razão dos requisitos de *legalidade constitucional* (quais sejam, as provas ilícitas) e de *legalidade ordinária* (quais sejam, as provas *irregulares*, correspondentes às provas ilegítimas).

Daí a relevância da distinção, pois a considerar-se prova ilícita somente as que tem cominação de nulidade ou inadmissibilidade processual, seria tarefa impossível catalogar todas as formas de violação, mormente diante dos modernos meios de comunicação. Além disso, nem toda ilegalidade importaria, por si só, na inadmissibilidade da prova, mas somente em grau de violação a direitos fundamentais.

Nossa Constituição da República, em seu art. 5, inc. LVI dispõe sobre a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, não chegando, contudo, a definir prova ilícita. Segundo a doutrina, e a lei processual penal, seria a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito constitucional ou material.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ destacou a importância dessa distinção. Em breve síntese, tratava-se da prisão de acusado flagrado em uma *blitz* pela posse de drogas para consumo próprio, juntamente com seu aparelho celular, cuja devassa das mensagens revelou tratar-se de tráfico de drogas. No caso, entendeu-se que “o acesso a mensagens de WhatsApp decorrente de busca pessoal e sem autorização judicial constitui violação de uma garantia fundamental e, portanto, sua utilização possui a natureza de prova ilícita, e não de prova meramente ilegítima.”²⁷⁹

Em recente julgamento, a Quinta Turma do STJ admitiu a prova bancária obtida no exterior conforme a lei local, mesmo não havendo autorização judicial ou participação das autoridades centrais. Segundo o entendimento unânime, o colegiado negou provimento ao recurso da defesa e manteve a condenação a um réu acusado de crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Assim, em situação de cooperação jurídica internacional, e

²⁷⁹Reclamação nº 36.734-SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, publicada a ementa em 10.02.2021.

“respeitadas as garantias processuais do investigado, não há prejuízo na cooperação direta entre as agências investigativas, sem a participação das autoridades centrais”²⁸⁰.

Quanto aos meios de obtenção da prova vedados pelo ordenamento jurídico, pode-se citar o clássico exemplo da confissão obtida mediante tortura, ou o uso, entre nós, do detector de mentiras (o *lie detector*, utilizado no sistema norte-americano), a obtenção criminosa de documentos (por furto, roubo, apropriação indébita ou violação do domicílio) ou decorrente de quebra irregular da intimidade, do sigilo bancário, das comunicações telefônicas e de dados, e da violação do sigilo profissional ou processual.

Essa disposição constitucional, por ser de ordem pública, envolvendo direitos e garantias fundamentais, aplica-se tanto a juízes togados como aos árbitros. E enquanto a prova ilícita decorre do vício na sua obtenção, fora do processo, a prova ilegítima é aquela cuja produção se faz, dentro do processo, em desacordo com vedação pré-estabelecida ou com a forma legal contida na legislação adotada para solução do conflito ou mesmo em regulamento da Câmara arbitral.

Assim, constituem exemplos de provas ilegítimas as resultantes da inobservância a regras gerais sobre o contraditório e a ampla defesa, ou, em especial, sobre o depoimento pessoal ou a oitiva de testemunhas²⁸¹, as hipóteses de impedimento de depor (por violação do sigilo profissional, como, o do advogado), a exibição de documentos ou prestação de informação por terceiros - solicitada pelo árbitro ou determinada pelo juiz (com exposição, p. ex. de dados sigilosos). Todas as demais provas, quando colhidas fora do processo, com violação de direitos fundamentais e regras de direito material, podem constituir casos de prova ilícita.

Como professado pela insigne processualista Ada Pellegrini Grinover, se todas as provas ilícitas fossem ao mesmo tempo ilegítimas, pela existência de previsão legal ou regulamentar sobre a sua inadmissibilidade, o problema das provas ilícitas nem se colocaria

²⁸⁰ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 701.833 - SP (2015/0105835-2) RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS - J. 04.05.2021.

²⁸¹ A título de ilustração, o Regulamento da Câmara de Mediação, Arbitragem e Perícias do Economistas prevê como dever do árbitro o cumprimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade, facultando às partes apresentar quaisquer tipos de provas legais ou moralmente aceitas (item 7.8 da Resolução 007/97). Permite, ainda, ao árbitro, valer-se de prova testemunhal, observado o disposto no art. 407 do CPC revogado (apresentação do rol de testemunhas e seu número máximo).

- bastaria que a lei processual as afastasse -, e nem haveria que se cogitar dessa distinção ilícita-ilegítima²⁸².

Contudo, justamente porque é impossível tal catalogação dos meios de prova vedados, mesmo que genérica, ainda se revela útil, na prática processual, a tradicional dicotomia. Isso porque permite afastar ou mesmo acolher meios de prova atípicos, sem previsão legal, levando em conta normas e princípios de direito material, alheios ao ordenamento processual, mas integrantes do mesmo sistema jurídico.

Mormente porque os regulamentos das câmaras arbitrais normalmente não se dispõem a estabelecer regras específicas sobre meios de prova, e, muito menos, sobre a inadmissibilidade do resultado probatório. Por vezes fazem referência à legalidade e moralidade do meio de obtenção da prova²⁸³, o que já remete o problema para a admissibilidade dos meios de prova ilícita ou imoralmente obtidos.

Além disso, nem se aplicaria subsidiariamente ao processo arbitral (salvo convenção nesse sentido) a escassa legislação processual civil sobre inadmissibilidade de provas (mas tão somente a norma constitucional), constituindo a instrução probatória, pois, campo vazio e propício a eventuais abusos ou limitações desarrazoadas ao direito à prova, no contexto da ordem pública e dos valores jurídicos e interesses postos em confronto.

Porém, como pondera Cândido Rangel Dinamarco, as arbitragens a serem realizadas no país, segundo a lei brasileira, não podem prescindir dos conceitos, normas e estruturas do Código de Processo Civil, que pode ser invocado em caráter subsidiário justamente quando não há regra específica na LA ou definida pelas partes. Assim, não seria de propugnar-se por uma LA que espelhasse o estatuto processual civil, nem por uma incontrolável liberdade formal.²⁸⁴

²⁸²“Claro é que se todos os ilícitos materiais também configurassem “prova ilegítima”, ou seja, processualmente inadmissível, fulminando-a de nulidade, o problema que vamos colocar não se colocaria. Em um ordenamento processual que determinasse a inadmissibilidade e a nulidade de toda e qualquer prova, obtida através de violação de normas materiais ou princípios gerais de direito, tudo seria resolvido à luz da norma processual. Mas um ordenamento assim não existe. E o problema da prova ilícita se coloca, portanto, como elo, entre o ilícito material e a inadmissibilidade processual.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, cit., p. 129.

²⁸³Segundo Hassemer, “[O] direito à prova admite restrições legítimas à busca da verdade nos casos em que outros valores tutelados constitucionalmente devem prevalecer, como a dignidade humana, a inviolabilidade do domicílio ou a intimidade”. HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal. La medida de la Constitución*. Trad. Tania Ixchel Atialno Camacho. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009. p. 30, *Apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos” / Editorial dossier “Criminal evidence: epistemological and juridical foundations”, cit., p. 59.

²⁸⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 46.

3. Consequência da admissibilidade da prova ilícita

Entre nós, bastaria reafirmar, com a emérita processualista Ada Pellegrini Grinover, que o ingresso da prova ilícita no processo, *contra constitutionem*, importa na nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tomadas como fundamento por nenhuma decisão judicial²⁸⁵.

Retomando-se, no entanto, como fizemos em nossa Dissertação de Mestrado²⁸⁶, a *teoria da tipicidade* – inicialmente concebida em relação ao Direito Penal –, é possível extrair que a conduta que não se insere no tipo seria juridicamente *inexistente* –, as provas ilícitas, porque consideradas inadmissíveis pela Constituição, não são por estas tomadas como provas. Trata-se de *não ato*, de *não prova*, de um nada jurídico, que as remete à categoria da *inexistência jurídica*, conceito esse admitido com restrições pela doutrina arbitralista, como veremos adiante.

Decidir sobre a admissibilidade da prova corresponde ao exercício de uma função jurisdicional, seja no processo judicial ou arbitral.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, essa atividade tem lugar no momento da sentença, em que ocorrem a valoração das provas e sua justificação, de fato e de direito, aos fins da decisão.

Dentre as exceções, nos Estados Unidos as alegações sobre inadmissibilidade são objeto de uma audiência específica de supressão da prova: *suppression hearing*, a depender de pedido do interessado (*motion to suppress*), para supressão de determinados meios de prova, obtidos em violação a um direito constitucional próprio. Também em Portugal, o código de processo penal prevê um exame da licitude na fase inicial do processo, destinado a artigos de prévio pronunciamento (*questões prévias* ou *incidentais*).²⁸⁷

No âmbito da arbitragem, dada a flexibilidade procedimental, não se afigura vedada essa possibilidade de aferição prévia (antes de proferida a decisão) da legitimidade de um documento suspeito, desde que acordado pelas partes ou eventualmente previsto nos regulamentos das Câmaras Arbitrais. Evitaria que de uma prova ilícita pudesse resultar a

²⁸⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição, *cit.*, p. 31.

²⁸⁶AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. 1994. Dissertação (Mestrado), *cit.*, reproduzida e ampliada no livro *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, *cit.*

²⁸⁷DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*, *cit.*, p. 136-137.

anulação de uma decisão arbitral, com sérias consequências para a confiabilidade da arbitragem.

A regulamentação arbitral vigente, por essa razão, também se preocupa com o tema.

4. Disciplina da prova ilícita na *soft law*

Soft laws, segundo Carlos Alberto Carmona, não são regras, nem comandos, mas diretrizes, orientações, esclarecimentos, aconselhamentos, que visam harmonizar (não uniformizar) comportamentos e perspectivas, especialmente no âmbito internacional²⁸⁸.

Tais instrumentos, que remontam às “Model rules on arbitral procedure” (Regras modelo sobre procedimento arbitral), elaboradas pela International Law Commission em 1958, vem alcançando uma progressiva utilização no âmbito da arbitragem internacional, num movimento *pro soft law* encabeçado pela International Bar Association – IBA.

No tocante à atividade probatória, apenas algumas regras arbitrais de *soft law* resvalam no tema, como as da UNCITRAL, em seu artigo 27 (1), limitando-se, no entanto, a proclamar que cada parte tem ônus de provar os fatos necessários às suas demandas, sejam elas positivas (constitutivas) ou negativas (impeditivas ou excludentes).

Importa mencionar, em nível internacional, acerca da previsão mais detalhada sobre a admissibilidade, relevância, materialidade e valoração da prova, os regulamentos da IBA e a Lei Modelo da UNCITRAL, além de mecanismos para apresentação de documentos, oitiva de testemunhas e de peritos, inspeções e sobre a conduta dos representantes das partes durante a audiência de instrução.

Como é sabido, o procedimento que rege a atividade probatória está a depender do tipo da arbitragem: na arbitragem *ad hoc*, fica a critério do árbitro, enquanto nas Câmaras Arbitrais vigora o respectivo regimento, a que ficam submetidos as partes e o árbitro. Sujeitam-se os árbitros, ainda, a Códigos de Ética e às diretrizes da IBA, quando adotadas pelas partes.

²⁸⁸CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 69-99, 2015.

Revela-se, por isso, muito salutar a aplicação das já mencionadas diretrizes de *soft law* referentes a provas, como as regras do IBA sobre “*taking of evidence*”.

Giovani dos Santos Ravagnani, em bem elaborado estudo, que envolveu pesquisa de campo junto às principais câmaras de arbitragem nacionais, concluiu pela compatibilidade dessas regras às normas processuais brasileiras, preconizando sua adoção no âmbito do procedimento arbitral²⁸⁹.

As normas da IBA cuidam da questão da inadmissibilidade da prova, ao dispor no artigo 9º que “*The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence.*” (O Tribunal Arbitral determinará a admissibilidade, relevância, materialidade e peso da prova). Também a Lei Modelo da Uncitral prevê no artigo 19(2) que “*The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.*” (O poder conferido ao tribunal arbitral inclui o poder de determinar a admissibilidade, relevância, materialidade e peso de qualquer prova.)

As IBA Rules prestigiam o princípio da boa fé na obtenção das provas (Recital 3²⁹⁰), e preveem a exclusão de provas por impedimento legal ou privilégios sob as regras legais ou éticas (Article 9 (2)), informações confidenciais do Governo ou de instituições públicas internacionais e ainda por razões de economia processual, proporcionalidade, justiça ou igualdade das partes²⁹¹.

A lógica da criação dessas regras, segundo Giovani dos Ravagnani, seria a disponibilização de um recurso para que as partes e árbitros pudessem adotar um procedimento eficiente, econômico e justo na produção de provas nesse setor da arbitragem, de modo a compatibilizar diferentes sistemas de direito processual.²⁹²

Dentre os precedentes arbitrais que envolvem a questão probatória, pode-se citar o Caso *Methanex vs. United States*, onde foram considerados inadmissíveis documentos

²⁸⁹RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Regras da IBA sobre ‘Taking of Evidence’: Compatibilidade com as normas processuais brasileiras. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, v. 283, p. 565-606, set. 2018.

²⁹⁰“*The taking of evidence shall be conducted on the principles that each Party shall act in good faith...*”

²⁹¹“*The Arbitral Tribunal shall... exclude from evidence or production ... for any of the following reasons.*

(b) *legal impediment or privilege under the legal or ethical rules...*

(f) *grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) ...; or*

(g) *considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties ...*” VESEL, Scott. Evidence obtained through corruption or other illegality: what’s a tribunal (or counsel) to do? *Kyiv Arbitration Days*, Kyiv, 5 Nov. 2015. Disponível em: <https://uba.ua/documents/presentation/Vesel.pdf>.

²⁹²RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Regras da IBA sobre ‘Taking of Evidence’: Compatibilidade com as normas processuais brasileiras, cit., p. 565-606.

confidenciais obtidos no lixo da demandante, por ofensa ao dever geral de boa-fé e a princípios básicos de justiça, do *jogo limpo* e da igualdade as partes.²⁹³ E, no Caso *Libananco vs Turkey*, onde o país demandado obtivera acesso a documentos de comunicação entre a demandante e seus advogados, esta alegou a existência de um conluio para interceptação de e-mails do advogado, decidindo os árbitros pela exclusão desse material probatório, determinando a sua destruição e a cessação das interceptações, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.²⁹⁴

Em sentido oposto, precedentes que decorrem do vazamento de dados armazenados no WikiLeaks propiciaram a aceitação de provas obtidas ilicitamente, sob o argumento que os dados após divulgados haviam se tornado públicos.²⁹⁵

Resta observar, todavia, a compatibilidade dessas regras com o direito, ou seja, com as fontes do direito processual em matéria processual, quais sejam, a Lei de Arbitragem e as garantias e princípios constitucionais aplicáveis à prova.

²⁹³Documents “illegally fished out of another man’s trash” were held to be inadmissible: “In all the circumstances, the Tribunal decided that this documentation was procured by Methanex unlawfully; and that it would be wrong to allow Methanex to introduce this documentation into these proceedings in violation of a general duty of good faith imposed by the UNCITRAL Rules and, indeed, incumbent on all who participate in international arbitration, without which it cannot operate. [. . .] Methanex’s conduct, committed during these arbitration proceedings, offended basic principles of justice and fairness required of all parties in every international arbitration”. Cf. VESEL, Scott. Evidence obtained through corruption or other illegality: what’s a tribunal (or counsel) to do?, *cit.*

²⁹⁴Claimant alleged a sustained campaign of interception of the e-mail communications with counsel. “The Tribunal would express the principle as being that parties have an obligation to arbitrate fairly and in good faith and that an arbitral tribunal has the inherent jurisdiction to ensure that this obligation is complied with; this principle applies in all arbitration, including investment arbitration, and to all parties, including States (even in the exercise of their sovereign powers)...

If ... the Respondent has used, in any way, privileged or confidential information obtained during the surveillance ... the Tribunal may consider other remedies available apart from the exclusion of improperly obtained evidence or information.” In Id. Ibid.

²⁹⁵O caso Conoco Phillips dizia respeito à expropriação de ativos de petróleo e gás pelo governo venezuelano. Conoco Phillips alegou que a Venezuela forçou ilegalmente a ceder sua participação majoritária em certos projetos de petróleo e gás e não estava disposta a negociar uma compensação justa pela tomada do governo. O tribunal concluiu que a Venezuela violou sua obrigação de negociar de boa-fé para chegar a um acordo aceitável entre as partes. Depois que a sentença foi emitida, a Venezuela enviou uma carta ao tribunal contestando esta decisão, na qual a Venezuela solicitou uma nova audiência para tratar da decisão de falta de boa-fé. Especificamente, a carta citava novas provas, obtidas via WikiLeaks, incluindo comunicações entre funcionários diplomáticos na Embaixada dos Estados Unidos em Caracas e executivos da Conoco Phillips discutindo a oferta do governo venezuelano de compensar a empresa pela desapropriação usando padrões de valor de mercado em vez de sua oferta anterior de valor contábil. A Venezuela argumentou que isso contradiz a conclusão do tribunal de que a Venezuela negociou de má-fé. Em última análise, entretanto, o tribunal não atendeu ao mérito nem à questão de admissibilidade levantada por essas provas: em vez disso, concluiu que não tinha o poder de reconsiderar sua decisão. No entanto, um dos árbitros emitiu uma opinião divergente que se baseou nas revelações contidas nos dados do WikiLeaks, efetivamente abrindo uma nova janela ao considerar as informações vazadas como provas em um procedimento de arbitragem. Nesse caso, assim como em outro mais recente envolvendo o governo do Cazaquistão, o Tribunal aceitou as informações vazadas como prova, com base no fato de que essas informações agora são públicas e, portanto, não mais privilegiadas ou confidenciais. *In ADMISSIBILITY of Hacked Emails as Evidence in Arbitration, cit.*

Por outro lado, se as partes, por força do disposto no art. 21 da LA, podem moldar o procedimento, possível que se adotassem as regras da IBA sobre produção de provas.

Ressalte-se que a liberdade probatória, regra de ouro do processo arbitral, pautada pela flexibilidade dos ritos, é bem-vista pela melhor doutrina, que, segundo Marcos André Franco Montoro, “costuma ensinar que os tipos de prova que não são usuais no processo civil brasileiro (ou mesmo inexistentes no Brasil), podem ser utilizados na arbitragem (realizada no Brasil ou que seja regida pela Lei Brasileira)”.²⁹⁶

Ainda, as Regras da American Bar Association distinguem a conduta do cliente e do advogado, prescrevendo ao profissional uma série de deveres éticos em cenários de interceptação de comunicações ou de documentos obtidos mediante furto.²⁹⁷

Segundo as referidas regras, as consequências da produção de prova ilícita para o processo arbitral abrangem, não apenas a exclusão ou não valoração da prova, mas a imposição de sanções, e ainda, como vimos, permitem extrair *inferências negativas* sobre a parte ou o advogado que a utilizou.

A extração de inferências²⁹⁸, muito utilizada na arbitragem internacional, pode representar uma solução para o árbitro - dada a limitação de seus poderes instrutórios, por lhe faltar o poder coercitivo do juiz estatal - quando a parte admite ter a prova sob seu controle, mas se recusa a apresentá-la.

Leis e regulamentos de Câmaras Arbitrais são geralmente silentes sobre o poder do tribunal de extrair inferências adversas. As IBA Rules on the Taking of Evidence in

²⁹⁶MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

²⁹⁷*Scenarios involving intercepted communications or documents obtained through theft.*

•*The lawyer :*

–*must inform the client that the materials cannot be retained, reviewed or used without informing the opposing party;*

–*must seek the client’s consent to such disclosure prior to making it;*

–*must withdraw from representation if the client refuses consent;*

–*should advise the client that courts may disqualify lawyers who receive and review materials improperly obtained from the other side; and*

–*may advise the client to seek advice from a criminal defense attorney if the client possibly committed a criminal act.*

²⁹⁸Inferência, em sentido amplo, é um processo de dedução de fatos a partir de fatos secundários. Também pode ser definida como “ a deduction of an ultimate fact from other proved facts, which proved facts, by virtue of the common experience of man, will, support but not compel such deductions”. Cf. GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 3rd ed. New York: Barron’s Education Series, 1991. p. 235.

International Arbitration (the “IBA Rules”), no entanto, contém disposição expressa nesse sentido²⁹⁹.

Não se afiguraria, propriamente, como tal, a previsão contida em nossa LA, no artigo 22, § 2º, de que o árbitro ou Tribunal poderá levar em consideração na sentença o comportamento da parte que desatende convocação para prestar depoimento pessoal. Pois, segundo Carlos Alberto Carmona, o legislador usou técnica semelhante à predisposta no art. 116 do CPC italiano, “que permite ao juiz, ao avaliar as provas, levar em consideração o comportamento das partes no processo”³⁰⁰.

No mesmo sentido, a opinião de Francisco José Cahali, para quem a conduta da parte de faltar ao depoimento, ou de nele se omitir ou empregar evasivas sobre as questões apresentadas, não deverá ser apreciada por si só, mas no conjunto probatório com a consideração dos demais elementos obtidos, serão devidamente valorizados, integrando as razões do convencimento do árbitro.³⁰¹

Diversamente, no caso de ausência de testemunha, a LA tão somente prevê a possibilidade de se requerer a sua condução coercitiva à autoridade judiciária. Não se refere, outrossim, a outros meios, como ao mais utilizado, que é a prova documental, podendo a parte eventualmente se encontrar na posse de documento relevante, que se recusa a apresentar.

No tocante às provas supostamente ilícitas, o fato de a parte, uma vez questionada a respeito, omitir-se quanto à forma de sua obtenção, pode, eventualmente, importar numa inferência sobre a sua ilicitude.

²⁹⁹Article 9.5: “[i]f a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party”. Também nas Regras de Praga (HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS ARBITRATION) encontra-se no Art. 27.4 previsão acerca das inferências: “If a party fails to produce documents required by the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may draw the consequences it deems appropriate, including an inference that such evidence would be adverse to the interests of that party or a reversal of the burden of proof.” CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION (CILC). *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf.

³⁰⁰CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96, cit.*, p. 315.

³⁰¹CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 278.

Além disso, o princípio geral da boa-fé, que deve estar presente desde a contratação, impõe uma obrigação positiva às partes de cooperar em processos arbitrais.³⁰²

Para não incidir nessas faltas éticas, cumpre ao advogado perquirir a origem da prova, e sopesar os pós e contras da utilização de documentos de origem duvidosa ou testemunhos suspeitos.

Entendemos que tais disposições de *soft law*, conquanto não tenham poder coercitivo, se adotadas como critério de decisão pelas partes, podem lançar luz para os árbitros na apreciação das provas, por decorrerem de princípios axiológicos e deveres éticos inerentes ao exercício de qualquer profissão.

Esgotada, nesse ponto, a abordagem das questões relacionadas à prova ilícita na arbitragem, faz-se necessário entender a dinâmica da atividade instrutória, tendo por referência a figura do árbitro. Apenas no sentido de ressaltar algumas distinções com relação à atividade do árbitro no tocante às provas, estabelecemos, a seguir, uma comparação com a atividade instrutória do juiz, tendo como ponto comum o desempenho, por ambos, de uma função jurisdicional.

³⁰²Como entende Menalco José Solís, “*Good faith compels the parties to marshal the relevant and material information that is within their control and not protected by a privilege.*” SOLÍS, Menalco José. Adverse inferences in defense of good faith. *Kluwer Arbitration Blog*, Apr. 23, 2018. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/23/adverse-inferences-defense-good-faith/>.

IV. ÁRBITROS E JUIZ: A COMPARAÇÃO POSSÍVEL NO TOCANTE À ATIVIDADE PROBATÓRIA

1. Natureza da arbitragem e da atividade do árbitro

A doutrina nacional refere-se ao *processo* (e não mero procedimento) arbitral, demonstrando Carlos Alberto Carmona a visão de perfeita equivalência entre a arbitragem e o processo estatal, pois ambos são mecanismos *jurisdicionais* de solução dos conflitos.³⁰³

No mesmo esse sentido, José Rogério Cruz e Tucci destaca que “o legislador atribuiu natureza publicística ao juízo arbitral”. Assim, a despeito de ser instituído por um instrumento privado (convenção arbitral), “o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal”. E, portanto, nesse processo, estão presentes as garantias constitucionais em matéria processual.³⁰⁴

Consoante definido pela Corte de Cassação francesa, os árbitros são uma espécie de juiz, que observam o procedimento particular da arbitragem, mas têm que responder às mesmas exigências do juiz nacional, quanto aos seus deveres, obrigações, e às garantias que deverão oferecer às partes.³⁰⁵

Como vimos, a garantia do devido processo legal (com os consectários do contraditório e da ampla defesa) é assegurada na Constituição Federal - CF (art. 5º, LIV e LV), em termos amplos, aplicando-se a todo tipo de processo, assim como o dever de motivação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX da CF), também entendida em sentido amplo, e que no procedimento arbitral, tanto quanto os aludidos princípios, encontram

³⁰³CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, p. 21-31, jan./abr. 2004.

³⁰⁴CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes; TALAMINI, Eduardo (Coords.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153. Em artigo recente, publicado no periódico Consultor Jurídico (CRUZ E TUCCI, José Rogério. A linguagem jurídica exige precisão técnica: processo ou procedimento arbitral? *Consultor Jurídico*, 05 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>), o autor, após farto escólio doutrinário, conclui “que o processo arbitral se desenvolve por meio de um procedimento lógico e dinâmico, regido pelos princípios constitucionais da imparcialidade, do contraditório e da isonomia, e por normas procedimentais próprias, estabelecidas pela lei e pela vontade das partes”.

³⁰⁵ROZES, Simone. *The challenge procedure: the role of arbitral institutions, the intervention of local Courts apud* LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001. p. 53.

previsão expressa (art. 21, § 2º da LA), bem como “os fundamentos da decisão” figuram entre os requisitos obrigatórios da sentença arbitral (art. 26, II).

No mesmo inciso IX, assegura-se a publicidade das decisões, que pode ser limitada pela lei às partes e aos seus advogados, ou somente a estes, nos casos em que o direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Na arbitragem, diversamente, a regra é a da confidencialidade, impondo-se a publicidade tão somente quando há participação da Administração Pública.³⁰⁶

Contudo, como ressalta Francisco José Cahali, a confidencialidade, que constitui um dos grandes atrativos da arbitragem, porque possibilita às partes a preservação da sua imagem ou de valiosas informações sobre o seu negócio, não vem estipulada na LA. Depende da vontade das partes expressa na convenção de arbitragem, ou do sigilo imposto pelo regulamento da Câmara Arbitral. Não há confundir, segundo o autor, a *confidencialidade* do processo, que importa no silêncio sobre o procedimento, com a *discrição* do árbitro, como requisito para desempenho de sua função (art. 13, § 6º da LA), que consiste em não comentar sobre os conflitos a ele submetidos, e se impõe até mesmo pelo dever de sigilo profissional.³⁰⁷

É antiga a questão da natureza jurídica da arbitragem. Inspirou divergência na doutrina processual italiana, que costumava elencar três correntes, quais sejam: a teoria privatista (ou contratualista), que teve Chiovenda como precursor³⁰⁸; a publicista (ou processualista), defendida por Mortara; e a intermediária (conciliadora ou mista), cujo expoente foi Carnelutti.³⁰⁹

A teoria privatista considera a arbitragem como criação da autonomia da vontade, sempre associada à ideia de negócio jurídico ou de contrato. Remonta, ao direito romano, onde as partes escolhiam um terceiro para atuar como árbitro.³¹⁰ No Brasil, os privatistas

³⁰⁶Sobre a aplicação desse princípio nas arbitragens com o Poder Público, v. ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A fazenda pública na arbitragem*. São Paulo: Singular, 2019.

³⁰⁷CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem, cit.*, p. 220. O CPC, no artigo 189, inciso IV, dispõe que os processos que versem sobre arbitragem e cumprimento de Carta Arbitral tramitem em segredo de Justiça. Assim também determina o artigo 22-C, parágrafo único da LA, introduzido pela Lei n. 13.129, de 2015, que no cumprimento da Carta Arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

³⁰⁸Conforme referem FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luiz. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 34, o jurista italiano fundamentava sua posição na necessidade, então vigente, de homologação judicial da sentença arbitral para que produzisse efeitos.

³⁰⁹GUILHERME, Luiz Fernando do Valle de Almeida. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

³¹⁰BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R.C. Notas introdutórias sobre a natureza judicial da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48-51, jul./set. 2007.

seriam juristas de formação processualista, que ressaltam a natureza contratual do instituto.³¹¹ Argumentam os privatistas que, se a noção de jurisdição compreende a atividade de julgar e de impor condutas — a cognição e a execução — aos árbitros faltaria a segunda e alguns outros poderes da primeira. Sem esse poder coercitivo, o chamado elemento *coertio*, que integra a jurisdição, a arbitragem nunca poderia revestir natureza jurisdicional. Preferem, assim, dissociar completamente a arbitragem do processo estatal, concluindo, singelamente, que “arbitragem é arbitragem”.

De outra banda, a teoria publicista assenta na vontade do legislador para fundamentar a arbitragem. Do mesmo modo, o Estado outorga poderes ao juiz e ao árbitro, para o exercício da mesma função de resolver conflitos, com a diferença de que no último caso incumbirá às partes a escolha dos árbitros. Mas, nessa igualdade de funções, ambos exercem a jurisdição.³¹²

Por fim, a corrente intermediária ou mista vê na arbitragem uma instituição contratual nas suas origens e jurisdicional nos seus efeitos. Como sintetizam esses autores, o debate não fica na discussão do que é público ou privado, sendo mais decisivo o argumento de que a arbitragem se inicia por um contrato e é exercida com poderes muito assemelhados aos da jurisdição.³¹³

A crítica que se tece às teorias privatistas é a de que a função do árbitro não se exaure num contrato de mandato, como se costumava afirmar - pois a sentença a ser proferida pelo árbitro será em seu nome próprio, e não em cumprimento de um mandato outorgado pelas partes.

³¹¹Nesse sentido, conforme referências de ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 8, p. 165-185, defendia que jurisdição é monopólio estatal, não se podendo, mediante lei ordinária, “igualar ato privado com ato de jurisdição, já que isso implicaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição (art. 5ª, XXXV)”. Para BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 47, “o chamado ‘procedimento arbitral’ {...} tem natureza jurídica eminentemente contratual, eminentemente voluntária e dependente, na maior parte das vezes, do consenso entre os envolvidos no litígio”. E, ainda, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p. 12 e 15, nega a natureza jurisdicional da arbitragem, acrescentando que “não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o estado-juiz” [...]. A propósito, entendemos acima que o conceito de relação jurídica processual não se coaduna com o conceito de *processualidade*.

³¹²Escrevendo após a Reforma de 1994 da lei italiana, VIGORITTI, Vincenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação. Tradução e anotação de Carlos Alberto Carmona. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, v. 91, p. 19-20, jul./set. 1998, argumenta que “agora o laudo é vinculante entre as partes, não por ser negócio, mas enquanto provimento com natureza jurisdicional”.

³¹³BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R.C. Arbitragem não é um misto de contrato e jurisdição. *Consultor Jurídico*, 22 fev. 2008. https://www.conjur.com.br/2008-fev-22/arbitragem_nao_misto_contrato_jurisdicao.

Mais propriamente, a atividade do árbitro, segundo Selma Lemes, com apoio na doutrina de Matthieu de Boissésou, externaria um “contrato de investidura”, representando um emaranhado de obrigações recíprocas e de atividades, que podem ser resumidas, em duas obrigações de fazer: (i) para as partes, a de designar os árbitros; e, (ii) para os árbitros, a de concluir a sua missão, emitindo um julgamento com valor de sentença.³¹⁴

De todo modo, na doutrina francesa há uma tendência de “preferir-se a qualificação de arbitragem o mais frequentemente possível”, conferindo à arbitragem um efeito de atração, ou residual, permitindo-se, no caso de dúvida, oferecer-se essa qualificação. Essa proposição, para Jean-Baptiste Racine, seria oportuna, pois a arbitragem permite oferecer um regime jurídico confiável e conhecido por todos, apto a garantir a segurança jurídica. Conclui, em todo caso, que a arbitragem apresenta fundamentalmente uma natureza mista, meio-contratual, meio-jurisdicional: sua base é contratual, e sua função é jurisdicional, citando a posição da Corte de Apelação de Paris.³¹⁵

Entre nós, não se poderia, contudo, acolher-se a teoria mista, nem tampouco considerar-se a arbitragem em si mesma.

Nessa senda, reputa-se superada a antiga questão da natureza privada ou pública da arbitragem, que somente tinha razão de ser em face da legislação que exigia a homologação judicial da sentença arbitral³¹⁶, como ocorria no Brasil, anteriormente ao advento da Lei nº 9.307, de 1996.

Nossa Lei de Arbitragem acabou por consagrar a tese da sua natureza jurisdicional, conforme disposto no seu artigo 31, “a sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e,

³¹⁴LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*, cit., p. 48-49.

³¹⁵Ch. Jarronson, “Les frontières de l’arbitrage”, Rev. Arb. 2001, p. 5 spéc. P. 24-25, *Apud* RACINE, Jean Baptiste. *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 11. Segundo a Corte de Apelação, “l’arbitrage est de nature hybride, à la fois décisionnel et conventionnel, en ce que l’arbitre est investi de la mission de trancher le litige en vertu d’un contrat”.

³¹⁶Como ocorria na Itália, por força do art. 840 do CPC que previa a homologação obrigatória da sentença arbitral. A Lei n. 28, de 1983 outorgou autonomia à decisão arbitral, reforçada pela Lei 25, de 1994. Observa CORAPI, Diego. A arbitragem no direito italiano. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 103, que “é preciso sublinhar uma particularidade do sistema italiano, a saber, a presença de duas formas de arbitragem, a ritual e a não ritual, (*irrituale*, chamada ainda de arbitragem “livre” ou “imprópria”). A primeira constitui um verdadeiro processo (privado) jurisdicional e encerra-se com uma decisão (“*lodo rituale*”), que possui os mesmos efeitos da sentença judicial (art. 824 bis) e graças ao decreto de homologação do juiz togado pode tornar-se um título executivo (art. 825). A segunda forma de arbitragem, a não ritual, foi criada por uma decisão da Corte de Cassação de Torino de 27 de dezembro de 1904 e após a reforma de 2006, é regida pelo art. 808, *ter*. Esta possui uma natureza apenas contratual, porque se conclui com uma decisão dotada dos efeitos de um negócio jurídico (chamada de “*lodo contrattuale*”).

sendo condenatória, constitui título executivo”. Em consequência, forma-se a coisa julgada material, com a imutabilidade da decisão após o decurso do prazo nonagesimal.

Por conta disso, pode-se afirmar, com Fredie Didier Junior, que a arbitragem, no Brasil, não seria um equivalente jurisdicional, mas jurisdição, propriamente, que se exerce por particulares, com autorização do Estado, representando o exercício do direito fundamental de autorregramento da autonomia privada.³¹⁷

A expressão maior dessa autonomia se verifica, segundo Cândido Rangel Dinamarco, na prática do exercício da jurisdição no âmbito da arbitragem em paralelo com o Poder Judiciário, sem qualquer dependência em relação a este. Importa, ainda, desde a celebração da convenção arbitral, em renúncia à jurisdição estatal, mediante a implantação de outra jurisdição, distinta daquela, a cargo dos árbitros. Sustenta-se essa autonomia, portanto, em três pilares, quais sejam: a dispensa de homologação da sentença arbitral pelo juiz estatal; a equivalência funcional entre a sentença arbitral e aquela emanada do juiz (art. 31 da LA), adquirindo força de título executivo; e a *invulnerabilidade* da sentença arbitral perante o poder Judiciário quanto ao mérito.³¹⁸

Além de tudo, o desenvolvimento do processo arbitral se fará, sempre, à luz de princípios constitucionais que regem o processo, revestido das garantias do devido processo legal, princípios estes que a própria Lei de Arbitragem especialmente considera, à conta de sua inobservância, para ensejar a anulação do laudo arbitral, quais sejam, os “do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” (artigo 21, § 2º).

Como observa Francisco José Cahali, “a jurisdição arbitral é outorgada por lei *in abstracto* e atribuída *in concreto* ao árbitro pelas partes que assim quiseram”.³¹⁹

Com efeito, bem esclarece Selma Lemes que o denominado *contrato de investidura* se inicia com a cláusula compromissória incluída em contrato celebrado entre as partes (a convenção de arbitragem), na qual se comprometerem a resolver suas divergências por arbitragem. Esse contrato fica em estado latente, sujeita a cláusula compromissória a condição suspensiva (a existência do litígio). Surgindo o litígio, as partes para resolvê-lo

³¹⁷DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 1, p. 172.

³¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 210.

³¹⁹CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 133.

designarão árbitros de confiança, os quais deverão expressar consentimento para serem investidos como árbitros.³²⁰

Segundo a lei brasileira, a chamada *instituição* da arbitragem somente se dará com o *aceite* dos árbitros, sem qualquer forma específica, bastando ser inequívoca a aceitação (art. 19, *caput*). Aceita a missão, poderá o árbitro delimitá-la, pela assinatura do chamado *termo de arbitragem* ou da *ata de missão*, termo esse considerado um adendo à convenção de arbitragem (art. 19, § 1º da LA), cujos limites devem ser observados para os fins do disposto no artigo 32, inciso IV da LA, que prevê a *nulidade* da sentença que os extrapolar.³²¹

Desse modo se define a natureza da arbitragem, e, por consequência, a natureza jurisdicional da atividade do árbitro. Pois, como destaca Rafael Francisco Alves, “A natureza privada da relação entre as partes e o árbitro em nada afeta o *poder jurisdicional* deste.”³²²

Na maior parte das legislações, prossegue o autor, é reconhecido que a obrigação do árbitro de julgar nasce de um contrato, pelo qual as partes lhe *confiam* a resolução da disputa (*confiança*), podendo o árbitro dizer o direito num caso concreto, tendo a sua decisão a mesma *autoridade* que a decisão do juiz togado.³²³ Sobre esse binômio *confiança-autoridade* é que se assenta a natureza híbrida da arbitragem, que é *contratual* em sua origem e *jurisdicional* em sua função, como expresso nos artigos 18³²⁴ e 31 da LA.³²⁵

Importa destacar, sob o escólio de Maria Helena Diniz³²⁶, no tocante à fase pré-processual da arbitragem, alguns princípios norteadores que decorrem da sua natureza contratual, quais sejam: (i) a autonomia da vontade, qual seja, o *poder de estipular livremente* a disciplina de seus interesses, que advém da *vontade das partes*, como preceitua o artigo 421 do Código Civil – CC; (ii) o consensualismo, pelo qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar contrato válido, como na maioria dos contratos bilaterais; (iii) a obrigatoriedade da convenção, pelo que as estipulações feitas no contrato

³²⁰LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*, *cit.*, p. 49.

³²¹ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*, *cit.*, p. 63.

³²²*Id. Ibid.*, p. 65-66.

³²³Nesse sentido, a clássica lição de Rui Barbosa *Discursos de Rui Barbosa em Haia*. Tradução da obra, do francês para o português por Esteia Abreu e Artur Bomilcar; revisão, introdução e notas de Marta de Senna. - Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. p. 207. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 34, t. 2, 1907): “Ora, a confiança é esse elemento humano, esse elemento social a que tenho aludido e de que se nutre a arbitragem. A arbitragem vive da confiança. A jurisdição, de obediência”.

³²⁴Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

³²⁵Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

³²⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 22-36.

devem ser fielmente cumpridas; (iv) a relatividade dos efeitos do contrato, que faz com que a avença vincule apenas as partes que nela intervêm, não aproveitando nem prejudicando terceiros, salvo raras exceções; (v) a boa-fé, pelo qual na interpretação do contrato deve limitar-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, que as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e execução do contrato, inclusive, acrescentamos, no que diz respeito também ao processo, que impõe os mesmos deveres deontológicos às partes.

Destaca, ainda, Maria Helena Diniz que todos os princípios contratuais estão ligados aos da proteção da dignidade humana (CF, art. 1º, III), “dando tutela jurídica aos contratantes para que se efetivem a função social da propriedade (CC, art. 1.118, § 1º), a do contrato (CC, art. 421) e a justiça social (CF, art. 170)”.³²⁷

Enfim, como ressalta Francisco José Cahali, o que pode expressar com maior clareza a natureza publicista da arbitragem, considerada como jurisdição, é a consagração do princípio *kompetenz-kompetenz* (art. 8º da LA), “pois, se prevalecesse a natureza contratual, seria inviável ao árbitro examinar e afastar ou não a sua competência para o litígio a ele submetido”.³²⁸

Daí que a natureza da arbitragem, enquanto meio de solução de conflitos, somente poderia se afigurar jurisdicional.

No plano processual, e em especial da prova, além do princípio da boa-fé, sempre prestigiado desde o Código de Processo Civil de 1973, cumpre verificar a relevância da questão da natureza da função arbitral na atividade instrutória.

Fiel ao seu espírito de liberdade formal, e adaptabilidade, assim como à flexibilidade procedimental, a LA contém poucas disposições sobre a instrução da causa, podendo o árbitro na amplitude facultada pelo seu art. 22, além de valer-se dos meios de prova tradicionais (documentos, depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas, realização de perícias), determinar a realização de quaisquer outras provas típicas ou atípicas, mediante requerimento das partes ou de ofício.³²⁹

³²⁷DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 36.

³²⁸CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 133.

³²⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 158. Admite, ainda, o emérito processualista, a importação, ainda que *cum grano salis*, de certas disposições do CPC de 1973, como as concernentes a *testemunhas incapazes, suspeitas ou impedidas* (art. 405), quanto à *escolha do perito* (“profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente – art. 145, § 1º”) e quanto ao *valor probante dos documentos* (regras sobre documentos públicos e particulares, sobre a autenticidade dos documentos, etc - art. 364 e ss.).

Mais propriamente ligada à questão da natureza jurídica da jurisdição arbitral, Octavio Fragata Martins de Barros suscita a discussão quanto ao ato de julgar, qual seja, se, no exercício da sua função, a natureza jurídica da arbitragem conferiria ao árbitro os mesmos poderes que detém o juiz de direito:

“Embora pareça antiga a discussão, o seu efeito sobre o ato de julgar do árbitro é direto. A depender da natureza jurídica da arbitragem e o seu propósito, poderá o árbitro, se jurisdicional por exemplo, tomar iniciativas probatórias, inovar quanto ao direito aplicado, chamando ao caso artigos de lei e teses jurídicas não contempladas pelas partes. Por outro lado, caso se considere que a sua natureza é contratual, os poderes instrutórios dos árbitros e mesmo aqueles discricionários encontram-se limitados à autonomia da vontade das partes. Neste caso, apenas no caso de as partes lhe conferirem tal liberdade, poderão os árbitros assim caminhar. Do contrário, extrapolam os limites estabelecidos na convenção de arbitragem e, posteriormente, no Termo de Referência / Ata de Missão”.³³⁰

Parece-nos, com a devida vênia, que a questão não é tão simples. Pois, mesmo concluindo a moderna doutrina pela natureza jurisdicional da atividade arbitral, esta repousa sobre os princípios da autonomia da vontade e demais correlatos à sua origem contratual, acima enunciados.

Fazem sentido, portanto, as conclusões de Rafael Francisco Alves, ao estabelecer os limites da investidura do árbitro. Considerando, via de regra, a liberdade das partes para estabelecer as regras *ex ante* a respeito do *iura novit curia*. Mas, ao contrário do que entende Octavio Fragata Martins de Barros, apenas *na ausência* de regras estabelecidas pelas partes *podem* os árbitros aplicar *ex officio* o direito. E, para tanto, devem ser respeitadas as garantias do devido processo legal das partes, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa. Inclusive, com a vedação de que o árbitro profira eventual decisão-surpresa.³³¹

De concluir-se, parcialmente, no presente tópico, que a natureza da atividade arbitral, em que pese à origem contratual da arbitragem, deve ser entendida como jurisdicional no sentido de preservação das garantias processuais das partes e dos limites impostos à função decisória dos árbitros. Pois esses limites encontram referência na independência e

³³⁰BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, cit., p. 18-19.

³³¹ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*, cit., p. 168-174. E acrescenta, em suas conclusões, a p. 349, que “Um *árbitro prudente* é aquele que, *no mínimo*, respeita os limites de sua atuação, particularmente os **limites objetivos e subjetivos de sua jurisdição** (o que passa pelos conceitos de arbitrabilidade, objeto litigioso, etc.), assim como os requisitos legais da sentença arbitral, como vimos no Capítulo I. Como parte desse *mínimo*, o árbitro deve *evitar surpreender* as partes, como visto, por exemplo, na discussão em torno do *iura novit curia*.”

imparcialidade do julgador, como veremos a seguir, além de se refletirem nos seus poderes instrutórios.

2. Independência e imparcialidade do juiz e do árbitro: fundamentos

Iniciamos pelo princípio da *independência* do árbitro, que guarda grande afinidade com o princípio da independência do juiz, mas com este não se confunde.

A independência do juiz não diz respeito apenas às garantias de independência da própria Magistratura (de caráter objetivo, garantidas pela Constituição Federal - CF: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) - ou, segundo Mauro Cappelletti, de que “o juiz não pode sofrer qualquer espécie de ameaça ou constrangimento, material, moral ou psicológico”.³³²

Refere-se, também, à sua independência jurídica (de caráter subjetivo), bem expressa na lição de Moacyr Amaral Santos, de que “o juiz a ninguém e a nada se subordina, senão à lei”. Muito menos se subordina a qualquer outro órgão judiciário, pois “[L]ivre de quaisquer peias de natureza hierárquica, o juiz, no exercício de suas atribuições judicantes, ao formular seus juízos, não tem superiores, é absolutamente livre, submetendo-se apenas à sua própria consciência”.³³³

Esta afirmação adquiriu caráter meramente histórico, porque oriunda de autor clássico, que escreveu sobre um sistema processual estruturado em premissas diversas. A importância dos precedentes e a necessidade de proferir decisões iguais para casos iguais não permeava as preocupações dos juristas de então.

Atualmente, a independência jurídica do juiz afigura-se muito limitada. A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que introduziu o artigo 103-A, o Supremo Tribunal Federal tem o poder de, mediante decisão de dois terços de seus membros, após *reiteradas decisões* sobre matéria constitucional, aprovar *súmulas* com efeito *vinculante* para os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, nos termos das Lei nº 11.417, de 2006.

³³²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11.

³³³SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 102.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 foi enfático em atribuir aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, e de “mantê-la estável, íntegra e coerente”, mediante a edição de enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante (artigo 926).

A doutrina, desde logo, criticou a tentativa de substituir o “mal aplicado e desconhecido, verdadeiramente ignorado” *incidente de uniformização de jurisprudência*, previsto nos artigos 476 a 479 do CPC de 1973 por um sistema de “precedentes à brasileira”, muito distante de corresponder àquele observado no *common law*³³⁴. Não se confunde com o *common law*, com efeito, a doutrina do *stare decisis*, que tem por pressuposto uma jurisprudência íntegra, preconizando que órgãos jurisdicionais respeitem suas próprias decisões.

Pois, como entende José Miguel Garcia Medina, depende o modelo *precedencialista* sobretudo, da atitude dos juízes, menos no sentido de *dever obediência* ao precedente, mas, especialmente, “no sentido de se *produzir julgados modelares*, que sirvam de referência, que gerem confiança nos cidadãos”.³³⁵

Na realidade, o sistema de precedentes tende a limitar cada vez mais a independência jurídica dos órgãos jurisdicionais inferiores, haja vista que o STF já criou súmulas vinculantes que não decorreram de reiteradas decisões sobre *casos idênticos*, ou foram baseadas apenas num único caso³³⁶.

Diversamente, a independência jurídica dos árbitros não padece dessa limitação, pois caberá às partes definir a legislação aplicável ao mérito da causa. Assim, a jurisprudência vinculante terá um papel meramente persuasivo na formação do seu convencimento, salvo quanto às normas de ordem pública ou questões de inconstitucionalidade, sendo-lhe vedado, assim, aplicar uma norma que, por força de precedentes ou por via do controle concentrado, já tenha sido excluída do ordenamento jurídico.

No mais, a independência do árbitro se verifica, sobretudo, no fato de que “não deve ter vínculo com as partes”. Ensina Selma Lemes que a independência é definida como a manutenção pelo árbitro, num plano de objetividade que não o submeta a pressões de

³³⁴Conforme Cassio Scarpinella Bueno, *Novo Código de Processo Civil anotado, cit.*, p. 567, para quem “nada que o novo CPC traz a respeito do assunto, contudo, autoriza afirmativas genéricas, que vêm se mostrando comuns, no sentido de que o direito brasileiro migra em direção ao *common law* ou algo do gênero.”

³³⁵MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1302.

³³⁶Conforme *Id. Ibid.*, p. 1303.

terceiros, ou das partes, devendo decidir a causa tão somente com base nas provas dos autos e no Direito. A independência do árbitro está, pois, “vinculada a critérios objetivos de verificação. Sua independência, pois, “é pré-requisito da imparcialidade”.³³⁷

Em outras palavras, entende José Miguel Júdice que “na sua essência a ‘independência’ é instrumental do valor da imparcialidade”³³⁸.

Por sua vez, a imparcialidade do juiz, como de qualquer julgador, é um conceito intuitivo, ou princípio fundamental implícito de todo sistema processual³³⁹. É, assim, reputada indissociável da função jurisdicional, e pressuposto de uma relação processual válida, daí os institutos do impedimento e da suspeição, também aplicáveis aos árbitros.

Como discorre Carlos Eduardo Stefen Elias, no campo da *civil law*, a mais antiga técnica de padronização da imparcialidade do árbitro segue – por equivalência estabelecida em lei ou jurisprudencialmente – as regras disciplinadoras da imparcialidade do juiz estatal, “sob a premissa de que o árbitro seria juiz de fato e de direito”³⁴⁰.

Já para alguns autores, como Agostinho Pereira de Miranda, as expressões imparcialidade e independência poderiam até ser tomadas por equivalentes. Mesmo porque seria difícil conceber um julgador imparcial que fosse financeiramente dependente de uma das partes³⁴¹.

O regime da independência e imparcialidade dos árbitros nas legislações brasileira e portuguesa, é regulado de forma bastante análoga, tal como analisam José Miguel Júdice e

³³⁷LEMES, Selma Maria Ferreira. O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. *Gen Jurídico*, 25 dez. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/25/procedimento-de-impugnacao-recusa-arbitro-sistema-de-controle-independencia-imparcialidade-do-julgador/>.

³³⁸JUDICE, José Miguel RArb 22 jul/set 2009 p. 135, *apud* LEMES, Selma Maria Ferreira. O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador, *cit.*

³³⁹Para ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20022015-073714/publico/TESE_Carlos_Eduardo_Stefen_Elias.pdf, “[A] raiz moral da imparcialidade é orientada a identificar uma escolha eticamente adequada entre a satisfação de interesses subjetivos total ou parcialmente excludentes, especialmente quando os indivíduos não possuem relação familiar ou íntima.”

³⁴⁰ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*, *cit.*, p. 28.

³⁴¹MIRANDA, Agostinho Pereira de. *Dever de revelação e direito de recusa de árbitro*: considerações a propósito dos arts. 13.º e 14.º da Lei da Arbitragem Voluntária. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B2dd90b44-649c-4fab-88e1-144d2f26fe75%7D.pdf>. Em precedente citado pelo autor, à p. 1271, o Supremo Tribunal de Justiça português, num caso em que a cláusula compromissória inserida num contrato de empreitada previa que os advogados das partes e outros seus representantes diretos desempenhassem as funções de árbitros num futuro painel arbitral, a convenção arbitral foi declarada nula por se entender que o Tribunal arbitral seria manifestamente desprovido das características de independência e imparcialidade.

Diogo Calado, tratando esses requisitos de forma englobada³⁴². Nem se dispõem, esses autores, a desenvolver uma dogmática sobre o que deveria ser a independência ou a imparcialidade, limitando-se a considerar que a *independência* é um fator objetivo, uma situação de fato, relacionando-se com a “inexistência de relação entre o árbitro e as partes”. Já a *imparcialidade* “é um fator subjetivo, uma predisposição do espírito, e significa a ausência de relação entre o árbitro e o objeto do litígio”³⁴³

O Código de Ética da *International Bar Association – IBA*, no item 3.1., não define imparcialidade e independência, mas, *a contrario sensu*, o que pode ser entendido por *parcialidade e dependência*:

“Os critérios para avaliar questões relativas à tendência e propensão de um árbitro são a imparcialidade e a independência. Haverá parcialidade quando um árbitro favorecer uma das partes ou quando mostrar predisposição para determinados aspectos correspondentes à matéria objeto do litígio. A dependência surge na relação entre o árbitro e uma das partes ou uma pessoa estritamente vinculada a elas”.

Em outras palavras, teríamos que a independência do árbitro refere-se à ausência de eventuais liames de ordem pessoal, social ou financeira entre o árbitro e a parte em questão, enquanto a imparcialidade se manifesta na ausência de predisposição do árbitro em relação a uma das partes.

É certo que, com a entrada em vigor da LA, a questão da imparcialidade do árbitro foi disciplinada pelo artigo 13, podendo exercer essa atividade “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança da partes”. Essa confiança, como esclarece Carlos Eduardo Stefen Elias, refere-se à *relação contratual* entre partes e árbitro, “e não ao exercício do seu poder jurisdicional”³⁴⁴.

Aos árbitros, pelo fato de haverem sido escolhidos pelas partes, se impõe, ainda, nos termos do artigo 14, parágrafo 1º da LA, o *dever de revelação*, antes de aceitar a função, sobre “qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”³⁴⁵.

³⁴²LA, Art. 13, § 6º. “No desempenho da função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, diligência e discrição.” LAV art. 9º, n.º. 3: “Os árbitros devem ser independentes e imparciais”.

³⁴³JUDICE, José Miguel; CALADO, Diogo. Independência e imparcialidade do árbitro? Alguns aspectos polêmicos em uma visão luso-brasileira. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 49, jan./mar. 2016.

³⁴⁴ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*, cit., p. 64.

³⁴⁵LA - Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição

Como observam José Miguel Júdice e Diogo Calado, “um árbitro poderá ser escolhido com a esperança que venha a agir como se fosse uma espécie de segundo mandatário das partes, ou seja, de forma não imparcial”. Mas, nesse caso, e a menos que o árbitro da parte contrária proceda com essa mesma intenção, o resultado será oposto ao esperado, pois o árbitro parcial perde credibilidade perante o árbitro presidente, desvalorizando suas posições pela quebra da confiança na sua capacidade de aplicação do Direito, tal como a lei e os fatos determinassem, e não segundo a vontade de uma das partes.³⁴⁶

Citam os autores, como exemplo de comprometimento da independência e imparcialidade, o caso em que o mesmo mandatário, num período de três anos, nomeia o mesmo árbitro 50 vezes, não tendo este revelado as nomeações passadas. A propósito, as *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Commercial Arbitration*, conquanto sem força vinculante, também mencionam, a título de exemplo, o caso de nomeações sucessivas.³⁴⁷

Questão mais delicada, sem dúvida, é no tocante aos árbitros nomeados pelas partes (*coárbitros*), que, como visto, mesmo à falta de disposição legal específica, têm o dever de agir de forma independente e imparcial, tal qual o árbitro presidente.

A exceção, no ambiente internacional, encontra-se nos Estados Unidos da América, cujo *Code of Ethics* aprovado conjuntamente pela *American Bar Association* e pela

de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

³⁴⁶JUDICE, José Miguel; CALADO, Diogo. Independência e imparcialidade do arbitro? Alguns aspectos polêmicos em uma visão luso-brasileira, *cit.*, p. 38.

³⁴⁷“considerando-se suspeita a circunstância do (sic) mesmo árbitro ter sido nomeado pela parte mais de duas vezes (ponto 3.1.4 da Orange List). Essa aplicação exemplificativa foi enunciada nas conhecidas três listas: verde, laranja e vermelha. Conforme esclarecem JUDICE, José Miguel; CALADO, Diogo. Independência e imparcialidade do arbitro? Alguns aspectos polêmicos em uma visão luso-brasileira, *cit.*, p. 44. “a lista verde é composta por casos que se consideram não por em causa a isenção dos árbitros, como, por exemplo, o fato de o árbitro ter publicado um artigo acadêmico relativo a uma matéria que é objeto de arbitragem” (...) “a lista vermelha contém os fatos que mais claramente trazem dúvidas sobre a posição independente do árbitro”, dividida entre fundamentos que não podem ser afastados nem por acordo das partes (*non waivable red list*) fundado no princípio de que *ninguém pode ser juiz em causa própria*; e outra que podem levar à nomeação do árbitro, com a concordância das partes (*waivable red list*). E, por fim, a lista laranja impõe ao árbitro o dever de revelar os fatos ali presentes, de modo a informar as partes de uma situação que pode objetivamente levantar dúvidas relativas à independência e imparcialidade.

*American Arbitration Association*³⁴⁸ prescreve que, salvo disposição em contrário, os *coárbitros* não estão obrigados à imparcialidade.

Dentre os aspectos relevantes que se pode extrair dos deveres de independência e imparcialidade dos árbitros com relação ao procedimento probatório na arbitragem, encontra-se, em primeiro lugar, a questão do *convencimento*³⁴⁹, que se afiguraria inócuo em relação ao julgador que se posicionasse de forma dependente ou parcial.

Igualmente, quanto à existência no painel arbitral de especialistas no ramo de conhecimento sobre o qual versa a disputa – o que vem de ser desejável e comum em alguns tipos de arbitragem –, tivemos a oportunidade de mencionar a questão dos fatos notórios que devem ser analisados caso a caso, a fim de detectar-se possível quebra da equidistância dos julgadores em relação às partes. O que, a par de comprometer a imparcialidade, viria *de* encontro ao princípio de ordem pública da vedação do conhecimento pessoal do árbitro como elemento de justificação no momento da decisão³⁵⁰.

Ainda, como alerta Carlos Eduardo Stefen Elias, quanto ao árbitro não aparentemente parcial, mas que conhece parte da documentação ou testemunha que foi ou venha a ser utilizada no processo arbitral, deve-se atentar, em cada caso concreto, sobre “a extensão do conhecimento do árbitro, seu contato com as provas e a relação delas com o conflito”.³⁵¹

³⁴⁸Dispõe, com efeito, o The AAA's Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes: CANON VII. ETHICAL CONSIDERATIONS RELATING TO ARBITRATORS APPOINTED BY ONE PARTY. Introductory Note. *In some types of arbitration in which there are three arbitrators, it is customary for each party, acting alone, to appoint one arbitrator. The third arbitrator is then appointed by agreement either of the parties or of the two arbitrators, or, failing such agreement, by an independent institution or individual. In some of these types of arbitration, all three arbitrators are customarily considered to be neutral and are expected to observe the same standards of ethical conduct. However, there are also many types of tripartite arbitration in which it has been the practice that the two arbitrators appointed by the parties are not considered to be neutral and are expected to observe many but not all of the same ethical standards as the neutral third arbitrator. For the purposes of this code, an arbitrator appointed by one party who is not expected to observe all of the same standards as the third arbitrator is called a "nonneutral arbitrator." This Canon VII describes the ethical obligations that nonneutral party-appointed arbitrators should observe and those that are not applicable to them.* In AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *The AAA's Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*. Disponível em: <https://www.lectlaw.com/files/adr12.htm>.

³⁴⁹Consoante ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*, cit., p. 75, “(...)A imparcialidade deve ser objeto de um conceito *positivo*, que ponha em relevo a sua função de, a despeito das preferências do julgador (inerentes a qualquer ser humano), possibilitar a *influência* das partes no seu convencimento, pela consideração dos argumentos apresentados no processo.”

³⁵⁰Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, (*Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 332-333) “O sistema de persuasão racional da prova, embora aceite em geral a tese do livre convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. Fundamentalmente, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas de experiência comum, considerando ilegítima, por exemplo, uma convicção que o juiz haja formado exclusivamente com base numa intuição pessoal, incapaz de ser justificada segundo regras lógicas e de senso comum.

³⁵¹ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*, cit., p. 147. “A CCI, no entanto, tem tomado posição mais cautelosa, não confirmando a indicação de árbitro que não foi impugnado por nenhuma das

Não há confundir, por fim, a imparcialidade com a neutralidade³⁵², pois tal condição, encarada em termos absolutos, importaria conceber um árbitro amorfo, desprovido de concepções humanísticas, filosóficas, políticas, éticas e sociais. Assim, na magistratura italiana, detém os juízes assumida opção política, o que não os torna, necessariamente, tendenciosos. O excesso de crenças, porém, pode se revelar perigoso. Em caso eloquente, relatado pela doutrina, um juiz comprometido com o pensamento comunista reintegrou no emprego um padeiro que havia sido despedido por manter envolvimento amoroso com a mulher do patrão.³⁵³

Figure-se, atualmente, um árbitro que, por suas crenças pessoais e convicções políticas, simpatize com a divulgação de mensagens sigilosas interceptadas, vazadas por organizações como o WikiLeaks e divulgadas pela mídia, e teremos um impacto decisivo na aceitação dessas provas, conquanto de origem manifestamente ilícita.

3. Haveria uma equiparação nos poderes instrutórios?

No tocante às provas, a atividade do árbitro no processo arbitral é semelhante à do juiz togado, pois ambos são investidos de jurisdição e de poderes instrutórios. Mas não é idêntica, nem poderia ser.

Porque, ao árbitro, conquanto investido provisoriamente³⁵⁴ de jurisdição para decidir uma determinada causa, falta o poder de coerção estatal conferido ao juiz. Essa limitação, todavia, pode ser suprida pelo instituto da Carta Arbitral, a que nos referiremos adiante.

partes no caso em que este revelou ter atuado em outro procedimento arbitral não diretamente ligado à arbitragem, mas que envolvia fatos similares.”

³⁵²LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*, cit., p. 64 e ss. esclarece que não há confundir tecnicamente as duas expressões, visto que “qualquer árbitro deve ser e permanecer imparcial; mas nenhum árbitro pode ser neutro, posto que tal situação agride a própria natureza humana”.

³⁵³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 422-423. A decisão provocou enorme indignação popular, demonstrando, segundo o autor, inquestionável falta de legitimidade, e veio de ser cassada. Nenhuma forma de preconceito, acrescente-se, pode vir a ser tolerada, como ilustra a jurisprudência internacional, em exemplo muito citado, trazido por Agostinho Pereira de Miranda: é o caso Catalina (Owners) v. Norma MV (Owners) - em que um dos árbitros foi destituído depois de lhe ter sido ouvida a afirmação de que “todos os Portugueses são mentirosos”. Como refere o autor, “[A] sociedade demandada era detida por cidadãos portugueses que aparentemente não gostaram da generalização”.

³⁵⁴Como bem pontua MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*, cit., p. 31, “Ninguém, portanto, “é” ou “se torna” árbitro, mesmo quando passa a constar de lista ou corpo de árbitros de uma instituição arbitral. Atua-se como – ou, na linguagem coloquial, “está-se” – árbitro em uma determinada causa, quando investido pelas partes por autorização delas para atuar naquela condição em um caso específico”.

Com efeito, como escreve Manuel Pereira Barrocas, no processo civil continental europeu, assim como no sistema português, cabe ao juiz dirigir todo o procedimento de aquisição da prova, possuindo o árbitro natural tendência a assumir semelhante tendência inquisitorial, com as limitações decorrentes da falta do *ius imperii*.³⁵⁵

Contudo, acrescenta que o árbitro “deve dirigir a produção da prova de modo directo e esclarecedor”, pois “a arbitragem perde se a obtenção da prova for demorada, confusa e não concentrada em todo o tempo útil para tal efeito”.

Na síntese de Ricardo Dalmaso Marques, a principal característica da figura do árbitro está no seu carácter *sui generis*: “jurisdicional nos seus fins, porém contratual na sua base, calcada que é na autonomia da vontade”³⁵⁶. Também é de se ressaltar, com o citado autor, que as comparações com o juiz natural não são necessariamente úteis, mas meramente ilustrativas. Aqui as faremos sempre tendo em vista a questão probatória.

No mais, tanto ao juiz como ao árbitro cumpre presidir a instrução, cabendo às partes, indicar e produzir as provas pertinentes. Sendo o árbitro, porém, tanto quanto o juiz, dotado de poderes instrutórios, exercidos a requerimento das partes ou *de ofício*, com o fito de colher as provas úteis, necessárias e pertinentes para formar sua convicção (LA, art. 22).

Pode o árbitro, assim, como exemplifica Carlos Alberto Carmona³⁵⁷, requisitar documentos públicos e solicitar informações a órgãos estatais, como faria o juiz, determinar exames e vistorias, ordenar a oitiva de testemunhas não arroladas pela parte (testemunhas do juízo), exigir que as partes forneçam documentos, realizar nova inquirição de testemunhas ou acareação entre elas, proceder a nova oitiva de peritos, e até ordenar a repetição da prova pericial.

Ressalta Cândido Rangel Dinamarco que o referido artigo 22 da LA deixa muito claro o *poder inquisitorial* do árbitro quanto às iniciativas probatórias, “as quais em clima de arbitragem devem ser muito menos dependentes da provocação das partes”. Isso se deve à índole muito especial do processo arbitral, fazendo com que o árbitro se faça verdadeiramente ativo, como na efetivação de prova técnica não requerida pelas partes, ao ouvir testemunhas por estas não arroladas, ao reinquirir testemunhas, ao promover acareação entre estas, enfim, ao concitar qualquer das partes “*to provide additional evidence*”.³⁵⁸

³⁵⁵BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem, cit.*, p. 418-419.

³⁵⁶MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro, cit.*, p. 21.

³⁵⁷CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96, cit.*, p. 312 e ss.

³⁵⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo, cit.*, p. 164.

Além disso, não dispondo o árbitro do poder de *imperium*, caberá, no entanto, solicitar a colaboração do órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa, para os fins de: (i) condução de testemunhas faltosas (LA, art. 22, § 2º), ou, (ii) se necessário, realização de “medidas coercitivas ou cautelares” (§ 4º).

O Código de Processo Civil de 2015 – CPC - facilitou a cooperação entre o juiz e o árbitro, pela previsão, no seu artigo 69, § 1º, da Carta Arbitral, que seguirá, no que couber, o regime previsto nos artigos 260 a 268, devendo ser instruída com a convenção de arbitragem e com as provas de nomeação do árbitro e de sua aceitação da função (art. 260, §3º). O cumprimento da Carta Arbitral, conforme previsto no artigo 189, inciso IV, do CPC, será feito sob sigilo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem, ou seja, como esclarece Francisco José Cahali, na convenção arbitral ou na indicação de entidade arbitral com previsão de sigilo em seu regulamento³⁵⁹.

Compete ao Poder Judiciário apreciar a legitimidade do pedido de colaboração, assim como os requisitos para outorga da medida jurisdicional buscada. Entende a doutrina que “o Judiciário detém a exclusividade da jurisdição, e não pode ficar incondicionalmente sujeito às deliberações arbitrais”.³⁶⁰ A mesma doutrina aponta ser outro o entendimento jurisprudencial³⁶¹, observando que “cabe somente à esfera arbitral a decisão dos pressupostos para a prática do ato, devendo o Judiciário limitar-se a cumprir o decidido pelo juízo arbitral”. Com efeito, o tribunal arbitral se encontra igualmente investido de jurisdição, cabendo-lhe decidir sobre os pedidos que lhe são formulados. É como tem entendido o Superior Tribunal de Justiça.³⁶²

4. O dever comum de motivação

³⁵⁹CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 220.

³⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, 2016, cit., p. 205.

³⁶¹CC nº 116395 / RO (2011/0062415-4) autuado em 25/03/2011.

³⁶²Nesse sentido o (REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012), cuja ementa é a seguinte: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. (...)”

Ensina Michele Taruffo que, por séculos, vigorou nos sistemas da *civil law* uma técnica de valoração das provas denominada *prova legal*. Baseada na aplicação de regras que estabeleciam *a priori* o valor probatório de diversos e, por vezes, de todos meios de prova. Restava assim, ao juiz, pouca ou nenhuma discricionariedade na valoração das provas, cuja decisão resultava de uma espécie de cálculo algébrico, pela soma resultante de um valor positivo mais alto, que correspondia à “verdade” do enunciado de fato, enquanto que um resultado negativo determinava a falsidade. Fundava-se em uma falta de confiança generalizada nos juízes, “já que eles geralmente eram – especialmente nos tribunais de primeira instância – ignorantes, corruptíveis e corruptos, resultando, por isso, perigoso deixar as decisões à sua discricção”.³⁶³

De certa forma, segundo o autor, foi um sistema *racional*, baseado no pensamento escolástico, pois substituíam as formas *irracionais* dos ordálios (do anglo-saxônico *ordal*), herdados dos costumes judiciários germânicos, nos quais submetiam-se os litigantes a uma espécie de jogo, através do qual se manifestava a vontade divina³⁶⁴. Consistiam em provas de resistência e suplícios, como: o juramento, o duelo, o banho de água fervente, a marcação com ferro em brasa, a exposição a animais ferozes, ou a ingestão de substâncias para produzir alterações físicas ou psíquicas. A parte inocente deveria sair ileso, pois o juízo teria sido imparcialmente aplicado por uma divindade, e não pelos humanos.

A divisão entre provas racionais e *irracionais*, todavia, é criticada por Winfried Hassemer, pois os modelos de prova são expressão de cada cultura, daí que tais métodos cruéis garantiriam a *verdade* aos participantes do processo penal, sendo, portanto, considerados funcionais em relação às concepções de *racionalidade* da cultura germânica.³⁶⁵

Representou, contudo, uma peculiaridade dos sistemas continentais europeus, posto que incondizente com o sistema inglês e estadunidense da *common law*, baseado nos julgamentos pelo júri.

A superação da prova legal, conforme a lição de Luigi Ferrajoli, representa uma conquista do pensamento iluminista e da Revolução Francesa: “o Decreto da Assembleia Constituinte, de 8 de setembro de 1789 reformou totalmente os princípios do procedimento

³⁶³TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 131 e ss.

³⁶⁴GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 20.

³⁶⁵HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1984, p. 181-182, apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 20, nota de rodapé 9.

inquisitivo codificados pela *Ordonnance Criminelle* de 1670, impondo a publicidade e a defesa do acusado em todos os graus de jurisdição”.

Essa a remota origem do denominado princípio da *íntima convicção*, que consagrou, a partir da fase instrutória, o rito acusatório, com a instituição do júri popular, e a abolição de todo tipo de segredo, vinculando o processo à oralidade e à imediatidade, traduzido sob a forma fórmula de juramento lida aos jurados: “*Jurais decidir conforme ao ônus e aos meios de defesa e segundo vossa consciência e vossa íntima convicção, com a imparcialidade e a firmeza que convém a um homem livre.*”³⁶⁶

A fórmula da “livre convicção” trouxe como primeira contribuição científica o reconhecimento do caráter meramente “provável” da verdade empírica, mas também “da fratura lógica que separa indefectivelmente os dados probatórios e os fatos provados”. A crítica da doutrina é que o sistema degenerou num critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais, transformando-se “em um tosco princípio potestativo idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes”³⁶⁷.

Todavia, a partir do século XVI começou a delinear-se o sistema do *livre convencimento do juiz*, ou da *persuasão racional*, pelo qual o juiz só decide com base nos elementos existentes no processo (*quod nos est in actis non est in mundo*), “mas os avalia segundo critérios críticos e racionais”³⁶⁸.

Como anota Michele Taruffo, no prólogo da edição espanhola da festejada obra de Jordi Ferrer Beltrán³⁶⁹, “não obstante, seria um erro pensar que a referência a esse princípio tenha função taumatúrgica de resolver toda e qualquer dificuldade”.

Assinala, ainda, que persistem, no processo civil italiano, “traços significativos de prova legal, como confirmação da dificuldade para tornar integralmente efetivo o método de valoração discricionária confiada ao juiz”. E que o princípio em questão pode ter conotações diferentes em cada sistema jurídico: de ordem mais subjetivista no francês da *intime conviction*; mais contidas no italiano do *prudente apprezzamento*, mais otimistas na espanhola de *sana critica* ou mais neutras na fórmula alemã de *freie Beweiswürdigung*.

³⁶⁶FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 131.

³⁶⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, *cit.*, p. 134.

³⁶⁸Conforme CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*, *cit.*, 14. ed., p. 67 e ss.

³⁶⁹In FERRER BELTRAN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Tradutor: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 9-12.

O princípio foi entre nós acolhido pelo Código de Processo Civil de 1973³⁷⁰ e reafirmado no vigente código de 2015 – CPC, no art. 371, com a seguinte redação:

“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”).

Note-se, na frase entre vírgulas, a adoção pelo legislador de 2015 do princípio da *comunhão* da prova (ou da *aquisição*), que não está vinculada aos sujeitos processuais que a requereram ou a produziram. Pois a prova, enfim, pertence ao processo, podendo influenciar o julgador até mesmo contrariamente ao interesse da parte interessada na sua produção. E respeitados, como vimos os direitos fundamentais da parte porventura violados pela obtenção e utilização desse elemento de prova.

Por outro lado, o legislador excluiu o vocábulo “livre”, e determinou a indicação, na decisão, das “razões de formação do seu convencimento”. O que, segundo William Santos Ferreira, “impõe um cuidado redobrado do julgador para apresentar *efetivamente os elementos dos autos* que levaram a um determinado posicionamento”. Pois, segundo o autor, não há *liberdade* no ato do julgamento, mas *um dever* de fundamentar a posição tomada.³⁷¹

Sob outro enfoque, como entendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, apesar da supressão do adjetivo *livre*, a valoração da prova continua sendo livre pelo juiz, “tendo em conta que a eventualidade de ter o juiz de escolher entre duas versões probatórias é ineliminável”. É que a regra da valoração racional da prova, contida no mesmo artigo 371, já obriga que as razões que fundamentaram seu convencimento constem da fundamentação da sentença³⁷².

Pois, algumas vezes, pela interpretação conferida pela doutrina, se confere ao convencimento judicial um forte sentido subjetivista, com tons de *irracionalismo*, sendo que “mais raramente, há quem pretenda reconduzir a valoração do juiz – ainda que *livre* – a critérios de juízo e de influência racionais e controláveis”.³⁷³

³⁷⁰Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

³⁷¹FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1066-1067.

³⁷²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 434.

³⁷³TARUFFO, Michele. Prólogo da edição espanhola. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*, cit., p. 11.

O princípio do *livre convencimento* (na consagrada linguagem do CPC de 1973, mas sob a nova concepção do CPC de 2015), juntamente com os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da imparcialidade do árbitro - é prestigiado pela Lei de Arbitragem no art. 22, § 2º, e reafirmado pelo que se deduz do seu § 5º ³⁷⁴, ao deixar a critério do novo árbitro eventual repetição de provas, a fim de embasar a formação de seu convencimento.

O árbitro, sendo ao mesmo tempo juiz de fato e de direito (art. 18 da LA), pode-se dizer *livre*, nesse sentido, na apreciação das provas, desde que motive a sua decisão, de forma racional e amparada nos elementos da causa. Com mais cuidado até do que o juiz, porque sua decisão é irrecorrível.

A motivação, de matriz constitucional (CF, art. 93, IX e X), é a garantia das partes de apreciar o acerto ou desacerto do posicionamento judicial, para eventual interposição do seu inconformismo, por via de recurso, no processo judicial. Por seu turno, no processo arbitral, sendo a decisão irrecorrível, a impugnação será por via de ação de nulidade³⁷⁵, nos termos do art. 33 § 2º, I, c.c. 32, III e 26, II da LA. Vale dizer, por não conter o requisito dos “*fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade*”.³⁷⁶

A fundamentação, constitui, portanto, requisito de validade da sentença arbitral, sob pena de nulidade. Cumpre, pois, analisar a fundamentação, que é de direito e de fato, tendo em vista nossa perspectiva das provas ilícitas na arbitragem. O que envolve, evidentemente, concepções legais, doutrinárias e jurisprudenciais quanto à matéria de direito, o que foi objeto do tópico sobre o princípio da proibição das provas ilícitas, acima. Mas que se apresenta, igualmente, sob o aspecto dos juízos fático-probatórios.

Conquanto o CPC não seja em regra aplicável ao processo arbitral, nem tampouco ao seu procedimento probatório, o legislador, ao se ocupar, no artigo 489, com a disciplina infraconstitucional do direito fundamental às decisões, estabeleceu parâmetros objetivos para determinar a suficiência dos motivos.

³⁷⁴“§ 5º - Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas”. (g.n.)

³⁷⁵A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença (art. 33, § 3º da Lei 9.307/96, com a nova redação conferida pela lei nº 13.105/15 - NCPC).

³⁷⁶A LAV portuguesa também adotou a técnica de incluir a fundamentação como requisito da sentença arbitral, “salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes” (ar. 42º, 3). A falta desse requisito também está arrolada como hipótese de nulidade (art. 46, 3, a, vi da LAV).

Sem nos atermos ao direito probatório, que fixa os lindes legais da matéria no processo judicial, é possível reconhecer, em qualquer tipo de processo, a função política da motivação, que envolve, segundo Daisson Flach,

“a dimensão sistêmica e prospectiva do discurso justificativo das decisões judiciais, suas conexões com a isonomia, com a segurança jurídica, com o pleno exercício da cidadania e da participação democrática”³⁷⁷. (...)

“(...) o Estado constitucional contemporâneo estabelece normas objetivamente válidas e exige de seus juízes adequada justificação da racionalidade da decisão e dos seus fundamentos. A motivação adequada é elemento indispensável à validade e legitimação dos atos decisórios do Poder Judiciário”.

Sobretudo, porque a arbitragem tem se afirmado como meio jurisdicional de resolução de conflitos, com vantagens peculiares, como arrola Francisco José Cahali, tais como: a possibilidade, em certa medida de escolha do *jugador*, por razões de confiança ou de conhecimento técnico sobre a matéria; a duração do processo limitada em regra a seis meses, com expressiva celeridade em relação aos feitos judiciais, e sem a possibilidade de recursos; além da flexibilidade procedimental, com maior informalidade, da confidencialidade e da equação custo-benefício - que pode ser medida em função de todos os demais benefícios³⁷⁸.

É importante, pois, que as decisões arbitrais observem as apontadas conexões decorrentes das decisões judiciais.

Assim, na arbitragem, tanto como no processo judicial, aplica-se a concepção dos “motivos suficientes”, que implica no dever de “motivação analítica” da decisão, de molde que “o discurso justificativo expresse verdadeiro diálogo com as razões das partes”.

Impõe-se, outrossim, o controle dos juízos fáticos, que têm por objeto, segundo Francesco Carnelutti, *enunciados* relativos a fatos, cuja verdade se busca estabelecer para a construção da decisão³⁷⁹. Ou seja, como preceitua Jordi Ferrer Beltran, “determinar, de modo justificado, a verdade das proposições fáticas formuladas pelas partes, como exigência de uma decisão justa”.³⁸⁰

³⁷⁷FLACH, Daisson. Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro, *cit.*, p. 747.

³⁷⁸CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, *cit.*, p. 119 e ss.

³⁷⁹Segundo CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, *cit.*, p. 93, “Que constitui a premissa maior do silogismo agora analisado, deste ter como conteúdo a *concomitância* ou a *repugnância* do fato afirmado na premissa menor (a saber, do fato percebido pelo juiz) com o fato a provar. Desta maneira, serve para deduzir mediante o fato percebido sua existência ou inexistência”.

³⁸⁰FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*, *cit.*, p. 68 e ss.

A própria Lei de Arbitragem enfatiza no artigo 26 a exigência de que a sentença arbitral deverá conter “os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de *fato* e de *direito* (...)”. Nesse sentido, como escreve Octávio Fragata Martins de Barros, “os motivos devem relacionar-se com cada um dos pontos de fato e de direito que constituem o litígio”.³⁸¹

Embora a ordem dos argumentos fique a critério do árbitro, importa verificar se a extensão da fundamentação deveria abordar, exhaustivamente, cada um dos pontos de fato e de direito suscitados pelas partes. E também se motivação insuficiente acarretaria a nulidade da sentença arbitral ou para tanto seria necessária a absoluta falta de motivação.

De há muito, o Superior Tribunal de Justiça, analisando a questão da motivação à luz do artigo 458, inciso II, do CPC revogado, sintetizou que a falta de apreciação de pontos proeminentes, quais sejam, aqueles efetivamente capazes de determinar o julgamento da causa em certo sentido, “desafia o recurso de Embargos de Declaração que, indevidamente rejeitado, implica recalcitrância da omissão (...)”.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que repisou o entendimento de que o magistrado, ao motivar suas decisões, não precisa se manifestar exhaustivamente sobre todos os pontos arguidos pelas partes, estabeleceu o STJ que,

“diante da existência de argumentos diversos e capazes, cada qual, de imprimir determinada solução à demanda, não há que se considerar suficiente a motivação que, assentada em um deles, silencie acerca dos demais, reputando-se automaticamente excluídos”³⁸².

Atualmente, o CPC de 2015 cuidou de elencar os casos em que a decisão não é considerada fundamentada, exigindo do julgador que “peculiarize o caso julgado e a respectiva fundamentação diante das especificidades que lhe são apresentadas”, rejeitando, assim, as “fundamentações padronizadas”³⁸³.

Mas não se preocupou o legislador de 2015 em enfatizar a necessidade de uma completa motivação dos juízos fáticos. Necessidade que se reflete, sobretudo, no âmbito da arbitragem, pois como entende Octávio Fragata Martins de Barros, se as partes confiam ao árbitro a resolução da controvérsia – excluindo da apreciação do Poder Judiciário o mérito

³⁸¹BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, cit., p. 213.

³⁸²EDcl nos EDcl no REsp 89637 / SP, Relator Ministro GILSON DIPP, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 24/11/1998.

³⁸³BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*, cit., p. 324-325.

da desavença -, será porque o árbitro assumirá essa responsabilidade, na sua maior expressão, ou seja, oferecendo “uma fundamentação ampla e detalhada dos fatos trazidos por ambas as partes e quais deles exerceram maior grau de convencimento, este sendo o principal ato discricionário do árbitro”³⁸⁴.

Por outro lado, a lei processual civil passou a dispor, em seu art. 489, § 2º que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Mas não seria apenas no caso de colisão de normas que se imporia essa justificação, a qual deverá permear a motivação de todas as decisões jurisdicionais, sejam elas emanadas do juiz estatal ou dos árbitros.

Nesse sentido, Rodrigo Garcia da Fonseca alerta para a arriscada tendência dos Tribunais Arbitrais de aceitar todas as provas apresentadas, muitas vezes de forma acrítica, especialmente nos dias atuais, “em que os problemas da ilicitude de provas produzidas em arbitragens vêm se colocando com cada vez mais relevância”.³⁸⁵

De todo modo, quer o ordenamento que rege o processo judicial, quer o do processo arbitral não exigem a explicitação na sentença dos elementos de juízo, que justificam, segundo Jordi Ferrer Beltran, a aceitação de uma proposição *p* por parte do julgador:

“[E] será com base nesses elementos de juízo que se poderá avaliar a decisão fática tomada pelo julgador. Poder-se-á dizer, ao final, que o juiz considerou provado (aceitou) que *p*, mas que, na realidade, *p não estava provado* (sua aceitação não estava justificada), considerando os elementos probatórios existentes nos autos do processo.”³⁸⁶

É que as regras probatórias poderiam obrigar o juiz a *aceitar* uma premissa em seu raciocínio probatório, mas em nenhum caso, seria possível obrigá-lo a *acreditar* nessa premissa, como exemplifica, em dois casos, o autor espanhol:

1º caso: Num processo sobre estelionato, não se conseguiu demonstrar elemento indispensável, qual seja, a indução a erro da suposta vítima. Suponha-se que esta pretendesse incorporar ao processo uma gravação obtida em violação a direitos fundamentais do acusado *s*, em que este, conversando com um sócio, reconhece o estelionato, e disso se vanglorie.

³⁸⁴BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, cit., p. 220-221.

³⁸⁵FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira, cit., p. 504.

³⁸⁶FERRER BELTRAN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, cit., p. 100.

Nesse caso, muito embora a prova não pudesse ser utilizada no processo pela ilegitimidade do meio em que foi obtida, “está claro que o juiz não pode deixar de levá-la em conta na hora de conformar suas crenças sobre o tipo de comerciante que *s* é.” E, se posteriormente o juiz, em sua vida privada, estiver diante da oportunidade de decidir se realiza uma operação comercial com *s*, “perfeitamente possível (e razoável) que incorpore (aceite em) seu raciocínio prático a premissa de que *s* cometeu um estelionato, decidindo não negociar com ele”.

2º caso: um juiz tinha que decidir dois processos trabalhistas em que se requer (separadamente) a procedência da demissão de dois trabalhadores de uma mesma empresa. O motivo da demissão seria o mesmo para ambos: que os empregados utilizam o correio eletrônico da empresa para troca de mensagens ofensivas sobre os colegas de trabalho durante o expediente.

Por um lapso, não constou de um dos processos elemento de prova imprescindível para demonstração desses motivos. Ainda que se trate do mesmo fato

“o juiz pode (e deve) *aceitar* a proposição de que os trabalhadores demitidos trocavam essas mensagens em um dos processos, mas não a aceitar no outro. A aceitação da proposição em questão, novamente, relaciona-se ao contexto em que se decide, a cada um dos processos”.

Distingue-se, assim segundo o autor, “o fato de que esteja provado que *p* e o fato de que o juiz tenha tido por provado *p*”.

Não há dúvida de que esse estrito proceder, conquanto se afigure revestido de racionalidade, pode, na prática, conduzir a uma decisão *injusta*, muito embora tecnicamente perfeita: não se pune o estelionatário em nome da defesa de sua privacidade, ou se demite apenas um dos empregados que praticaram a mesma conduta reprovável.

Diante desse impasse, é de cogitar-se se poderia o julgador, eventualmente, lançar mão de outras técnicas para formação de seu convencimento.

No primeiro caso, caberia estabelecer o confronto de valores em jogo, podendo a privacidade, eventualmente, ceder em nome da aplicação da lei penal, questão que diz respeito à aplicação do cânone da proporcionalidade na arbitragem, sobre a qual discorreremos mais adiante.

Já, no segundo caso, a questão se afigura mais complexa. Pois a questão seria quanto ao juiz lançar mão de seus poderes instrutórios para suprir a deficiência probatória, sob o

risco de comprometer a sua imparcialidade. Ou, simplesmente, quedando-se inerte, *aceitar* a insuficiência probatória e decidir pela improcedência da demanda.

Neste caso, a regra do ônus da prova resolveria bem a questão no âmbito judicial. Mas é necessário compatibilizá-la com o princípio do livre convencimento do árbitro, que pressupõe, evidentemente, adequada motivação.

Dada a feição naturalmente inquisitiva do árbitro, não teria este bem se desincumbido de sua missão, diante do conjunto probatório, ao simplesmente se eximir da tarefa que lhe caberia, de ofício, para complementar a demonstração dos fatos, à luz do devido processo legal.

É certo que, no processo civil brasileiro, diverge a doutrina sobre a questão de a atividade probatória oficial caracterizar ofensa ao princípio dispositivo.

Para Paulo Osternack Amaral, o poder instrutório do juiz estaria acima do interesse das partes, destinando-se a “prestigiar o interesse do Estado na correta solução do litígio”, não ofende, por isso, a igualdade processual. “Afim – conclui o autor - a imparcialidade não pode funcionar como fundamento para que se oculte a verdade. A investigação – dentro dos limites da causa – entregará às partes uma decisão justa e adequada”³⁸⁷.

Em sentido contrário, entende Flávio Luiz Yarshell que a iniciativa da prova pelo juiz brasileiro, diante da inércia dos interessados, deveria ter caráter subsidiário, somente se justificando “no contexto de desigualdades substanciais ou de direitos indisponíveis é que ela se justifica.” Nos demais casos, a iniciativa probatória se resolveria, segundo o autor, pela regra do ônus, “que inclusive pode ser objeto de presunções ou mesmo de regras de dispensa da prova à parte hipossuficiente”.³⁸⁸

No âmbito da arbitragem, todavia, não se colocaria a questão da existência de desigualdades substanciais. Quando muito, poderia se verificar a imposição de um *standard* probatório mais elevado, como ocorre nas arbitragens de investimento, nos casos em que o Estado anfitrião foi condenado diante da não adoção de providências para responsabilizar os seus funcionários infratores, preconizando a doutrina um papel proativo dos árbitros.³⁸⁹

³⁸⁷ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, cit., p. 42-43.

³⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, v. 1, p. 99-100.

³⁸⁹ V., a propósito, CREMADES, Bernardo M. *Corrupción y arbitraje de inversión*. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 824 e ss.

Todavia, nas arbitragens comerciais comuns, entendemos que, a depender da repercussão da matéria probatória sobre as atividades de determinado setor econômico, poderia o árbitro, no seu livre convencimento, assumir um papel mais proativo. Figure-se, por exemplo uma disputa em que esteja em jogo a questão - mais relacionada à propriedade industrial que ao direito do consumidor - da existência de um medicamento genérico, que poderá beneficiar o seu amplo acesso à população, condicionada à expiração ou renúncia de proteção patentária³⁹⁰.

Nem seria preciso recorrer a casos limite, pois, na verdade, numa situação cotidiana, como preconiza a doutrina, o árbitro pode lançar mão de seus poderes instrutórios para suprir a prova faltante, de modo a bem elaborar o seu juízo dos fatos. Não seria justo, na maioria das situações, limitar o seu livre convencimento em prol de um suposto comprometimento da sua imparcialidade, que irá se manifestar, mais propriamente, no momento da valoração das provas e de sua justificação, aos fins da decisão.

Em se tratando de uma prova ilícita, o dever do árbitro de fundamentar com base no direito e nos fatos alcança sua magnitude, pois então estará, ao mesmo tempo, diante das fontes nuas e cruas da prova, colhidas ao arrepio de qualquer filtragem moral ou jurídica, por vezes dotada de sua carga máxima de evidência fática, mas também se encontrará diante do dever de assegurar às partes o devido processo legal, que compreende a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente.

Não poderá o árbitro fugir da solução desse impasse, sob pena de sacrificar os fundamentos da sua missão, que é a de oferecer uma solução justa, amparada em provas legítimas, e em consonância com os anseios e valores da sociedade onde, ao lado das partes, se encontra inserido.

Percorridos os contornos da atividade instrutória do árbitro, cabe analisar a ilegitimidade ou ilicitude das provas de que se valerá, dentre os meios de prova tradicionalmente aceitos na arbitragem, bem como noutros, que o progresso tecnológico vem incorporando, diariamente, à atividade probatória nos processos em geral.

Procuraremos arrolar, individualmente, para melhor ilustração, alguns meios de prova típicos e atípicos na arbitragem, assim como os denominados meios de obtenção de prova. Tudo isso sem perder de vista que a atipicidade dos meios de prova, como adrede

³⁹⁰FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Impactos das patentes de medicamentos na relação de consumo. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 40, n. 147, p. 6, set. 2020.

concluimos, representa a potencialidade máxima da demonstração dos fatos, como reafirmação do exercício do direito à prova.

V. MEIOS DE PROVA TÍPICOS E ATÍPICOS NA ARBITRAGEM

1. Meios de prova e sua filiação aos sistemas jurídicos: possibilidade de combinação de regras na prática arbitral

De modo geral, posto que nossa lei de arbitragem se aplica, no que couber, a todos os seus ramos, abordaremos institutos da *civil law*, utilizados na arbitragem doméstica, e outros tantos, de inspiração dos países da *common law*, usados mais frequentemente nas arbitragens internacionais.

Como escreve Maíra de Melo Vieira, “as leis nacionais e a prática contenciosa diferem substancialmente ao redor do mundo, inclusive no que concerne à apresentação, produção e valoração da prova”.³⁹¹

Sob o aspecto prático, a autora destaca a importância para os árbitros de poder extrair vantagens entre os sistemas de *civil e common law*, pela adoção de elementos de um e de outro, “combinando-os, de forma que as partes ou os próprios árbitros possam escolher as regras que melhor se adaptem ao caso concreto.” E, dessa forma, muito embora referindo-se o referido estudo à arbitragem internacional, nada impediria o árbitro ou as partes de valerem-se de uma combinação *sob medida* de sistemas para a arbitragem doméstica.

No tocante às provas, há diferentes enfoques dos sistemas da *civil law* e da *common law* com vistas à obtenção de suas fontes (especialmente sobre a revelação – *disclosure* – de documentos); inquirição de testemunhas (*cross examination*); papel do juiz, ativo (inquisitorial), ou passivo (adversarial); e quanto à prova pericial (perícias ou *expert witnesses*).

Algumas dessas diferenças já foram superadas pela legislação processual brasileira. Cite-se, como exemplo, o artigo 212 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei

³⁹¹VIEIRA, Maíra de Melo. A prova escrita na arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 36, 2013.

11.690/2008³⁹², que adotou o sistema da inquirição direta das testemunhas pelas partes (*cross and direct examination*), tendência essa incorporada pelo CPC de 2015, no artigo 459.³⁹³

Por mais que se verifique a vocação do moderno direito processual civil brasileiro, alavancada pelo CPC de 2015, de transpor o rígido modelo inquisitório rumo a um sistema adversarial, revela ainda grande peso a faculdade de o juiz determinar provas *ex officio*. Tem-se por mantida essa faculdade, na atual redação do artigo 370, que substitui o emblemático artigo 130, ora não mais determinando as provas necessárias *à instrução do processo*, mas *ao julgamento do mérito*. O que, em última análise, não altera a sistemática vigente, pois, como entende Cassio Scarpinella Bueno, “o art. 370, equivalente ao art. 130 do CPC atual, quer evidenciar a iniciativa probatória como um dos deveres-poderes do magistrado”.³⁹⁴

Poder-se-ia argumentar que o processo estatal brasileiro e o processo arbitral se desenvolvem de forma muito semelhante, ambos numa moldura de *civil law*, não guardando referências com a cultura da *common law*, mesmo porque o sistema preconizado pelo novo estatuto, conferindo novas prerrogativas às partes (como a chamada *distribuição dinâmica do ônus da prova*), se afiguraria próprio do modelo adversarial.

Bastaria, no entanto, a hipótese de o juiz determinar de ofício a realização de uma prova pericial – ainda que prescindível –, o que é comum na prática, para obter-se a avaliação de um bem, realizável por outros meios, para que o procedimento reassuma a coloração inquisitorial. Ainda mais, considerando que tal decisão impactará na maior duração e onerosidade do processo, a inviabilizar, por vezes, o próprio acesso à Justiça.

Nesse ponto, a matéria se imbrica com a flexibilidade do procedimento arbitral, tema de prestigiosa Tese de Doutorado defendida nesta Faculdade de Direito da USP por Marcos André Franco Montoro, em 2010, na qual se aborda a questão da denominada *fungibilidade*

³⁹²Art. 212 - As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

³⁹³Art. 459 As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

³⁹⁴BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado, cit.*, p. 272.

de meios, a incluir os meios de prova, como a realização de *perícia informal*³⁹⁵ ou da *dispensa da prova pericial* em função das provas apresentadas pelas partes³⁹⁶.

Ora, no sistema da *common law*, a prova pericial é produzida pelo depoimento de pessoas com conhecimento diferenciado sobre o assunto (*expert witnesses*), não necessariamente especialistas ou peritos com habilitação técnica sobre a matéria, mas portadores de um conhecimento acima do homem médio, capaz de fornecer ao tribunal uma assistência relevante, *expertise* essa que pode derivar de estudo ou educação, mas também da experiência e observação³⁹⁷. Numa amplitude maior, portanto, que a das perícias tradicionais, mesmo das informais, onde a lei requer a nomeação de um especialista no objeto da perícia (art. 465, *caput* do CPC).

Assim, para que o processo arbitral possa gozar da sua peculiar flexibilidade, com a eleição de regras procedimentais definidas pelas partes, observada, no que couber, a aplicação de tratados internacionais, leis nacionais e *guidelines* de organizações arbitrais como CCI, UNCITRAL e IBA, não se pode fechar os olhos à contribuição, isolada ou combinada, de regras advindas de diferentes sistemas jurídicos.

2. Meios de prova típicos

2.1. Prova documental analógica, eletrônica e digital

À luz do princípio da atipicidade, todas as fontes de prova podem ingressar e serem admitidas no processo sob a forma documental, em sentido amplo.

Já, em sentido estrito, quando se classificam os meios de prova quanto à forma, a prova documental é entendida como “a afirmação escrita ou gravada: escritos públicos ou particulares, cartas, plantas, desenhos, fotografias, filmagem, gravações, etc”.³⁹⁸

³⁹⁵MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit. A tese faz referência ao § 2º do art. 421 do CPC de 1973, equivalente ao disposto nos §§ 2º e 3º do art. 464 do CPC de 2015, *in verbis*: § 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

³⁹⁶A referência da tese era ao art. 427 do CPC de 1973, correspondente ao art. 472 do CPC de 2015, *in verbis*: Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

³⁹⁷GIFIS, Steven H. *Law dictionary*, cit., p. 175.

³⁹⁸BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 70.

Na arbitragem, a existência de prova escrita, como ressalta Ricardo de Carvalho Aprigliano, é, desde o início, imprescindível para que se admita o processamento do litígio: “dada a sua origem contratual, exige-se a manifestação de vontade por escrito, pois é desta forma que se poderá constatar a efetiva opção da parte por esse mecanismo.”³⁹⁹

Refere-se, tal abordagem, à prova escrita da convenção arbitral, inserta no próprio contrato (cláusula compromissória) ou em documento apartado a que ele se refira (compromisso arbitral – art. 4º da LA), que é, todavia, “autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória” (art. 8º, *caput*, da LA).

Também sob a forma escrita se reduzem os demais meios de prova, por via documental, abrangendo o laudo pericial, assim como o depoimento das partes e das testemunhas, reduzidos a *termo* (art. 22, §1º da LA).

Em nosso direito, a forma escrita foi facilitada pela Lei 8.935, de 1994, que regulamenta os serviços notariais e de registro, pela previsão, no artigo 7º, inciso III, da *ata notarial*, incorporada pelo CPC de 2015,⁴⁰⁰ ora incluindo-se a documentação de dados representados por imagens e sons, gravados em arquivos eletrônicos. Essa inovação tem especial utilidade no campo da prova digital, tendo em vista o conteúdo facilmente alterável de uma publicação em *sites*, redes sociais ou aplicativos de mensagens.

A ata notarial, porque dotada de *fé pública*, conquanto não esteja livre de adulterações ou do registro de situações adulteradas, pode contribuir para assegurar a integridade da prova. Todavia, como aponta Marcelo José Magalhães Bonizzi, representa prova *iuris tantum*: “O juiz, segundo seu livre convencimento e a ampla defesa da outra parte, deve admitir prova em sentido contrário”.⁴⁰¹

A questão da produção da prova escrita propriamente dita, como observa Máira de Melo Vieira, assume atualmente maior relevância no âmbito da arbitragem internacional, dadas “as intersecções entre direitos e culturas distintas⁴⁰²”. Sobre a matéria já nos referimos

³⁹⁹APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 33, n. 119, p. 140 e ss., abr. 2013.

⁴⁰⁰Ata Notarial

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

⁴⁰¹BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*, cit., p. 108-109.

⁴⁰²VIEIRA, Máira de Melo. A prova escrita na arbitragem internacional, cit., p. 67.

ao tratar das normas cogentes sobre provas, cumprindo, neste passo, focar a prova documental *sctricto sensu*.

Mormente porque o conceito tradicional de prova escrita tem evoluído em face dos avanços tecnológicos, podendo-se atualmente encontrar uma disciplina sobre os documentos físicos e outra para os documentos eletrônicos e digitais.

Na Itália, o sistema processual civil também não apresenta uma definição geral de prova digital, mas tão somente de documento eletrônico.⁴⁰³

As partes têm o direito à prova conexo ao direito de defesa, que devem ser adaptados à prova digital. Outro fundamento aplicável, segundo a doutrina italiana, é o princípio dispositivo, da disponibilidade das provas (art. 115 do CPC italiano), porquanto o juiz geralmente funda sua decisão nas provas trazidas pelas partes, sendo excepcional a instrução de ofício⁴⁰⁴.

Coube à doutrina estabelecer as necessárias distinções, partindo daquela que se estabeleceu entre documentos digitais e analógicos.⁴⁰⁵

A partir do documento digital, procura-se diferenciar *prova digital* de *prova eletrônica*, expressões que, a princípio, se afiguram como sinônimas, consoante as definições fornecidas por grupos de estudos especializados.

Assim, por exemplo, o *Scientific Working Group on Digital Evidence* (SWGDE), que reúne organizações ativamente engajadas no campo da *prova digital e multimídia* para promover a comunicação e a cooperação, além de garantir qualidade e consistência na

⁴⁰³O Codice dell'amministrazione digitale, o CAD (D. Igs. N. 82/2005) define o documento informático como "il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti" (art. 1, lett. p doCAD). Por sua vez, o Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE. O Rege IDAS define o "documento elettronico" como "qualsiasi contenuto conservato informa elettronica", particularmente textos ou registros sonoros, visuais e audiovisuais (art. 3, n. 35). Em nível da União Europeia - UE, delineiam-se algumas *guidelines* no *Electronic evidence in civil and administrative proceedings*, adotado em 30 de janeiro de 2019 pelo Comitê de Ministros do Conselho da UE.

⁴⁰⁴ZUFFI, Beatrice. In: Encontros Brasil - Itália: Prova Digital no Processo Civil, 9º Encontro. Slides preparados pela Professora Beatrice Zuffi. Participação de professores da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP-USP. *YouTube*, streamed live on Oct. 7, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=U8uT2CyEfcU>.

⁴⁰⁵Segundo Beatrice Zuffi, (Encontros Brasil - Itália: Prova Digital no Processo Civil, *cit.*) "Il documento digitale è un documento creato attraverso un'elaborazione elettronica, di qualsiasi contenuto (espresso originariamente come testo, imagine, filmato áudio analogico, etc.). Esso contiene informazioni codificate con un linguaggio convenzionale in bit. La documentazione digitale è quindi una rappresentazione astratta e numerica della realtà sensoriale. Per documento analogico si intende un documento formato utilizzando una grandezza fisica che assume valori continui nel tempo, come, ad es., le tracce su carta, le immagini contenute nel film e le magnetizzazioni su nastro."

comunidade forense, refere-se à *prova digital*: “*digital evidence is forensic information of probative value stored or transmitted in digital form*”.⁴⁰⁶

Por sua vez, o grupo The International Organization on Computer Evidence (IOCE), fórum internacional para agências de aplicação da lei para trocar informações sobre provas eletrônicas, fala em *prova eletrônica*: “*electronic evidence is information generated, stored, or transmitted using electronic device that may be relied upon in Court*”.⁴⁰⁷

Contemplando ambos os termos, o advogado inglês Stephen Mason, conhecido estudioso da matéria, oferece a seguinte definição:

“Electronic evidence, sometimes known as digital evidence, is a term that refers to probative information which is either transmitted or stored in a digital format and which could then be used at a trial or court case. Before digital evidence is accepted by the court, it must be determined whether that evidence is authentic, relevant, hearsay or whether copies will be acceptable or whether the original must be produced”⁴⁰⁸.

Contudo, para Beatrice Zuffi, essa assimilação dos conceitos de documentos digitais e eletrônicos não satisfaz. Pois, a rigor, a *prova digital*⁴⁰⁹ deveria constituir um subconjunto da prova eletrônica, visto que esta compreende ainda todos os dados em formato analógico que venham a ser digitalizados (como, p. ex., um documento escaneado, um *print* de tela do computador ou aplicativo), e os *meios atípicos*: reproduções em áudio (mp3, m4a, .wma) e vídeo (.avi, mpeg, .vobi), planilhas de cálculo (.xls), páginas da web (.htm, .php). O direito à prova, para ser efetivo, deve abranger todos e quaisquer meios, desde que lícitos.

⁴⁰⁶SCIENTIFIC WORKING GROUP ON DIGITAL EVIDENCE (SWGDE). Disponível em: <https://www.swgde.org/documents/published>. Nossa tradução: “Prova digital é a informação forense de valor probatório armazenada ou transmitida em formato digital”.

⁴⁰⁷INTERNATIONAL Organization on Computer Evidence. *IT Law Wiki*. Disponível em: https://itlaw.wikia.org/wiki/International_Organization_on_Computer_Evidence. Nossa tradução: “Prova eletrônica é a informação gerada, armazenada ou transmitida por meio de dispositivo eletrônico, que pode ser apresentada em juízo”.

⁴⁰⁸ELECTRONIC Evidence. *Stephen Manson. Expert in Cyber Security*. Disponível em: <http://www.stephenmason.eu/articles/electronic-evidence.html>. Em livre tradução: “Prova eletrônica, às vezes conhecida como prova digital, é um termo que se refere a informações probatórias que são transmitidas ou armazenadas em formato digital e que podem ser usadas em um julgamento ou processo judicial. Antes que a prova digital seja aceita pelo tribunal, deve-se determinar se essa prova é autêntica, relevante, boato ou se as cópias serão aceitáveis ou se o original deve ser apresentado”.

⁴⁰⁹Digital, segundo Beatrice Zuffi (Encontros Brasil - Itália: Prova Digital no Processo Civil, *cit.*), deriva de *digito* (número), comportando o formato digital uma transformação dos dados recebidos em números. A transposição torna os dados compreensíveis, mas também menos precisos (porque depende da quantidade de dígitos utilizada). Daí que um aparelho analógico restitui, ao invés o valor absoluto do que se mede. O indicador se fixa num ponto e este corresponde exatamente ao valor mensurado. Não necessita um código de leitura, o dado ingressa no sistema e se reproduz por analogia.

À falta de uma definição, em nível normativo, de prova eletrônica ou digital, a tendência é de se aplicar a esse fenômeno os princípios tradicionais da instrução probatória e das normas sobre a proteção de dados.

Nesse contexto, a parte que pretende se valer da prova digital encontra limites na legislação italiana vigente, contidos na Reg. GDPR, n. 2016/679, regida pelo princípio do *consentimento informado*, assim como pelo direito à reserva (*riservatezza*) da parte atingida pela prova.⁴¹⁰

Esse *direito à reserva*, todavia, não prevalece sobre o direito constitucional à prova em alguns casos, citados pela doutrina. Assim, quando a obtenção de um dado sensível seja necessária para provar determinada pretensão, tendo por objeto fato determinante para a decisão da causa (princípio da necessidade ou do estado de necessidade processual), desde que o direito substancial pretendido no processo seja da mesma estatura do direito à *privacy*. Possível ao julgador, nesses casos, proceder ao balanceamento dos valores em confronto.

Surge, então, a questão das provas digitais obtidas ilicitamente, em violação às normas sobre a proteção de dados sensíveis.

Nesse contexto, discute-se se poderiam ser admitidas no processo provas eletrônicas como o registro em vídeo, por aparelho celular ou equivalente, de uma reunião privada, ou a exibição do *print* de uma conversa travada em aplicativos de mensagens, ou, ainda, a *videosorveglianza*⁴¹¹ do ambiente de trabalho.

Na Itália, o *Codice dela Privacy* dispõe que a inutilizabilidade das provas baseadas sobre tratamento de dados pessoais é regida pelas pertinentes normas processuais (art. 2-decies e 160-bis), inexistindo, contudo, no CPC italiano, qualquer vedação nesse sentido, tanto que seu artigo 115 dispõe que o juiz pode fundamentar sua decisão em “*tutte le prove proposte dalle parti*”. De concluir-se, segundo Beatrice Zuffi, que as provas colhidas em violação do GDPR, por falta do *consentimento informado*, seriam utilizáveis, desde que satisfeitas as condições inerentes ao direito à prova, quais sejam, da apontada necessidade de produzir em juízo a prova, versando valores em paridade com os demais direitos envolvidos.⁴¹²

⁴¹⁰COUNCIL OF EUROPE. European Committee on Legal Co-operation (CDCJ). Secretariat of the European Committee on Legal Cooperation (CDCJ), 2016. Disponível em: https://edoc.coe.int/en/module/ec_addformat/download?cle=f9ab16852d455ce9203da64f4fc7f92d&k=3dab8f2de1056c2642e36664a2913a75.

⁴¹¹Monitoramento ou vigilância digital, por áudio e vídeo, ou somente vídeo.

⁴¹²ZUFFI, Beatrice. *In: Encontros Brasil - Itália: Prova Digital no Processo Civil, cit.*

Ressalva-se a ocorrência de direitos constitucionalmente protegidos (liberdade pessoal, inviolabilidade do domicílio e da correspondência⁴¹³), não se afigurando a *privacy*, por si só, como impeditivo da admissão da prova, posto não figurar como direito consagrado na Carta Constitucional, mas tão somente em nível legislativo.

Por outro lado, Stephen Mason aponta como requisitos de admissibilidade da prova eletrônica a autorização da pessoa envolvida ou a necessidade de autorização judicial. Isso porque, às vezes, os tribunais decidem que a prova eletrônica é inadmissível, quando foi obtida sem a autorização da pessoa envolvida. Em muitas jurisdições, são necessários mandados para obter e investigar qualquer dispositivo digital e isso pode apresentar questionamentos, especialmente nos casos em que a prova de outro crime é identificada enquanto outro crime está sendo investigado.”⁴¹⁴

Cabe distinguir-se, ainda, conforme a lição de Beatrice Zuffi, quanto à diferente eficácia probatória do documento informático, considerando-se três categorias: (i) *documentos informáticos não assinados*, de conteúdo livremente apreciável em juízo; (ii) *documentos eletrônicos firmados com assinatura eletrônica simples* (com credencial de acesso ou *pin*), também livremente apreciáveis; e (iii) documentos informáticos subscritos com assinatura eletrônica avançada, qualificada ou digital, segundo as regras técnicas do CAD, como a escritura privada prevista no art. 2.702 do Código Civil italiano, que são presumivelmente emanados do titular, salvo prova em contrário.

No Brasil, a moderna doutrina refere-se a um Direito Digital⁴¹⁵, sem adotar a distinção entre *provas eletrônicas* e *provas digitais*. No entanto, em outras palavras, Rennan

⁴¹³Nesse sentido, a doutrina de Beatrice Zuffi (Encontros Brasil - Itália: Prova Digital no Processo Civil, *cit.*), equipara o *chat* à correspondência epistolar (tutelada pelo art. 17 da CF italiana). Com relação à gravação de conversas entre presentes pelo telefone (gravação clandestina ou ambiental) reputa-se, como no Brasil, possível a utilização como prova, salvo quando envolver terceiro não participante da conversação (interceptação telefônica ou ambiental), conceitos que abordaremos a seguir.

⁴¹⁴ELECTRONIC Evidence. Stephen Manson. *Expert in Cyber Security*, *cit.* No original: “Courts sometimes rule that electronic evidence is inadmissible since it has been obtained without the authorisation of the person involved. In many jurisdictions, warrants are necessary to take and investigate any digital devices and this may present issues, especially in cases where evidence of another crime is identified while another crime is being investigated”.

⁴¹⁵Nas origens, DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru-SP: Edipro, 2000. p. 22, revela que as relações entre o Direito e a Cibernética foram pioneiramente abordadas em sua Tese de Doutorado, defendida perante a FDUSP, tendo por orientador o Prof. Fabio Konder Comparato, e publicada como *A cambial-extrato*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. Referia-se na época, a uma nova disciplina, que seria a *Informática Jurídica*, sob influência do jurista italiano Mario Losano, tendo depois se adotado diversas denominações, como *direito virtual*, *direito do espaço virtual*, ou, ainda, *direito da Internet*. Impossível então imaginar-se a evolução do tema, pela presença das novas tecnologias e suas relações com o Direito, em todos os setores da vida moderna, pessoal, profissional, comercial e dos órgãos públicos.

Thammay e Mauricio Tamer extraem essas mesmas distinções das duas acepções do termo prova *digital*, ou seja, (i) consoante o fato tenha sido gerado por meios digitais, e (ii) mesmo não tendo essa origem, venha a ser demonstrado por meios digitais.⁴¹⁶

Todavia, a Lei nº 11.419, de 2006, que trata do processo eletrônico, adotou, no artigo 11, diferente terminologia, incluindo na sua disciplina a *prova documental eletrônica*.⁴¹⁷

A regra, que equipara o valor dos documentos eletrônicos aos dos originais, pouco inovou na ordem jurídica, repetindo o que dispunha o artigo 225 do Código Civil quanto à sua admissibilidade, qual seja, de que as reproduções, mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena “se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

A tautologia dessa disposição é criticada pela doutrina, “pois faz parte da força probante de qualquer prova e do senso comum a sua aceitação, se ambas as partes concordam com o seu teor e sua direção”. Despiciendo, pois, dispor sobre a aceitação do teor da prova, pois o necessário seria “estabelecer critérios para a avaliação da *prova cujo teor foi contestado* pela parte a quem ela prejudica.”⁴¹⁸

Além disso, observa Marcelo José Magalhães Bonizzi que, conquanto o CPC traga poucas novidades quanto à força probante dos documentos, no artigo 422, parágrafo 1º, faz tímida menção às “fotografias digitais e [às] extraídas da rede mundial de computadores”, afirmando que “fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.”

A crítica do autor é no sentido da desnecessidade de se afirmar que haverá espaço para novas provas, “porque isso é uma decorrência natural do contraditório”, nem seria preciso dizer qual prova seria aplicável, “porque, em princípio, são admissíveis “todos os meios de prova””, visto que a autenticação eletrônica não seria o único meio aplicável.

⁴¹⁶THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*, cit., p. RB-1-3. “A resposta para todas essas perguntas parece possível a partir da própria semântica do termo digital agregado, o que induz a duas acepções de compreensão. Uma primeira, segundo a qual a prova digital pode ser entendida como a demonstração de um fato ocorrido nos meios digitais, isto é, um fato que tenha como suporte a utilização de um meio digital. E, uma segunda, em que, embora o fato em si não tenha ocorrido em meio digital, a demonstração de sua ocorrência pode se dar por meios digitais.”

⁴¹⁷Limita-se a lei a dispor, no seu artigo 11, que “Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais”.

⁴¹⁸Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, 2016, cit., p. 380 e ss.

No mais, a exigência de “conversão à forma impressa”, constante do artigo 439, não faria sentido no processo eletrônico, que já abrange todos os processos novos, pelo menos no Estado de São Paulo, devendo ser entendida em relação aos processos que ainda tramitem exclusivamente no meio físico⁴¹⁹.

Por conta das questões de saúde pública relacionadas à epidemia do Covid-19, os tribunais de todo o país e algumas Câmaras Arbitrais adotaram novas normas sobre o procedimento eletrônico, o que implica, atualmente, na utilização irrestrita de meios de prova sobre redes e suportes informáticos⁴²⁰.

De todo modo, carece nosso ordenamento jurídico de uma regulamentação específica, no tocante às provas eletrônicas.

Nesse passo, diversamente do que ocorre na Itália - em que a legislação infraconstitucional admite utilização da prova eletrônica, ainda que porventura violada a *privacy* -, e no sistema inglês - que pressupõe o consentimento informado ou a autorização judicial, quando cabível -, temos que a admissibilidade da prova eletrônica no Brasil, regula-se tanto pela legislação de proteção de dados sensíveis, que tornem identificável o sujeito objeto da prova, quando pela proteção dos direitos à inviolabilidade do domicílio, das comunicações em geral e da correspondência, incluindo a proteção da intimidade, da imagem e da vida privada do indivíduo. Sem prejuízo, no tocante à privacidade em si mesma, de eventual balanceamento dos valores fundamentais em jogo.

Finalmente, quanto à ordem de produção da prova documental ou digital, é apresentada, não necessariamente, com o pedido de instauração da arbitragem, a depender, pois, do regulamento ou do convencionado pelas partes. Se nada for convencionado pelas partes, caberá em regra ao árbitro definir o procedimento.

O meio de apresentação da prova digital é relevante, como entendem os estudiosos do tema, pela sua utilidade, em função da sua autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia da prova. A autenticidade diz respeito à certeza de que o autor aparente do fato a ser demonstrado seja, efetivamente, o seu autor real, o que se faz pelo sistema de

⁴¹⁹BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil, cit.*, p. 144-145.

⁴²⁰“O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), p. ex., publicou novas normas para o processamento eletrônico dos procedimentos arbitrais ou outros ADRs (Alternative Dispute Resolution) por meio da Resolução Administrativa (RA) número 40/2020, com vigência indeterminada: “Diante do cenário atual de incerteza e da impossibilidade de previsão da data exata de retorno das atividades presenciais no Brasil e na sede do CAM-CCBC, esta Resolução permanecerá em vigor até ser expressamente revogada.”.

Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil (cadeia certificadora apta a dar autenticidade às assinaturas eletrônicas). A integridade caracteriza a prova digital isenta de modificações ou adulterações, no intervalo entre a realização do fato e a apresentação do resultado probatório. Daí a já referida utilização da ata notarial, preferida à apresentação de *printscreen*, justamente pela volatilidade do conteúdo de uma conversa de aplicativo de mensagens, e-mails ou postagens em redes sociais. Alternativa importante seria “a utilização de código *Hash* sobre a cópia feita, atestando que é um espelho fidedigno do dispositivo original”⁴²¹. Por fim, a utilização da cadeia de custódia, possibilitaria “sinalizar datas, horários, quem teve acesso, onde o acesso foi feito e até quaisquer alterações inevitáveis relacionadas”⁴²².

O problema, de ordem procedimental, que se apresenta em relação à prova eletrônica, é justamente, o de que a apresentação dos documentos necessários à comprovação do direito alegado pelas partes se faz a seu exclusivo critério, sobrevivendo o controle judicial sobre a sua admissibilidade somente no momento da decisão.⁴²³

⁴²¹THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital*: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie, *cit.*, “Esse código (reprodução de uma composição alfanumérica – ex. 0956bcdf7fe61322696edb2efb0cf7fe5d) gerado é único para o dispositivo clonado, pois sua sequência numérica é extraída apenas após a análise byte a byte comparativa. O código é extraído porque se comparam todas as partes de todos os arquivos de ambos (sic) dispositivos (original e cópia), atestando a plena e completa identidade entre eles. Em outras palavras, esse método técnico assegura de forma irretocável a integridade da prova.” Referem, ainda, os autores que “Os tribunais já têm admitido a utilização do código *hash* para demonstração de integridade da prova, a exemplo: “Apelação. Ação monitória. Prestação de serviços educacionais. Ação instruída com contrato cuja aceitação se deu de forma eletrônica e mediante geração de código '*hash*', além de histórico escolar comprovando que a filha do embargante teria estudado na mesma instituição nos dois anos letivos anteriores. Prova escrita suficiente para comprovar a existência da dívida. Presentes os requisitos para a ação monitória. Réu que não se desincumbiu do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora. Sentença mantida. Recurso improvido.” (TJSP, Apelação nº 1017528-93.2018.8.26.0068, 32 C. Dir. Priv., j. 23.09.2016, DJe 30.10.2019).”

⁴²²*Id. Ibid.*, tópico 1.4. Citam os autores como exemplo da autenticidade, a necessidade de se atestar a autenticidade de uma postagem em mídia social, que poderia ter sido publicada em perfil falso. Quanto à integridade, referem que “é imprescindível a referência à norma técnica ISO/IEC nº 27.037, de 2012, que dispõe sobre as principais diretrizes para os processos de identificação, coleta, aquisição e preservação de evidências digitais. É o principal texto a ser seguido por equipe de apoio forense. Define a coleta como “o processo de reunião de itens físicos que contêm possíveis evidências digitais” (3.3). Define, também, a identificação como “o processo envolvendo a busca para reconhecimento e documentação de possíveis evidências digitais” (3.12). Define, ainda, a preservação da prova digital como “o processo para manter e salvar a integridade ou a condição original da evidência digital” (3.15). No mais, traça princípios e os procedimentos a serem respeitados em relação à coleta e à preservação técnica das evidências digitais, sempre com a conservação da autenticidade, integridade e cadeia de custódia.”

⁴²³Como esclarece Beatrice Zuffi (Encontros Brasil - Itália: Prova Digital no Processo Civil, *cit.*), no ordenamento italiano não é conhecida a *pre-trial discovery*, realidade bem consolidada, ao invés, nos países de *common law*. Existe, ainda, uma reserva advinda da ratificação da Convenzione dell'Aja del 1970, sobre a admissão de provas produzidas no Exterior, ratificada pela Lei n. 745, de 1980, que excluiu a execução de cartas rogatórias contendo ordens de *pre-trial Discovery*. De modo geral, em matéria de cooperação entre os Estados, o Conselho da UE especificou que essa atividade, compreendida na denominada *fishing expedition*, estão excluídas do âmbito operativo do Regulamento 1206/2001. A única abertura nesse sentido se encontra no projeto de procedimento de *istruzione anticipata in negoziazione*, em que se propôs que as partes podem acordar, no âmbito do procedimento de *negoziazione assistita*, sobre o desenvolvimento da atividade de instrução extrajudicial (obtenção de declarações de terceiros e de confissões escritas da controparte).

Assim, inexistindo previsão sobre uma fase prévia de impugnação da origem do documento, eventualmente ilícita, sua presença nos autos permanecerá ao longo de todo o procedimento, influenciando, direta ou indiretamente, no depoimento das testemunhas, na opinião dos *experts* e na formação da convicção dos julgadores. Sabido que o processo mental de julgamento é progressivo, inevitavelmente sofrerá injunções por todos os meios de prova apresentados, lícitos ou ilícitos, comprometendo, por vezes, a justiça da decisão.

2.2. Prova em poder de uma das partes ou de terceiro

Sói ocorrer que os documentos necessários a uma das partes para demonstrar suas alegações se encontrem em poder da parte contrária ou de terceiros, cabendo ao interessado requerer que o tribunal arbitral determine a sua produção.

Não dispondo o árbitro de poder coercitivo, não poderá obrigar a parte ou o terceiro a apresentar determinado documento, mas nada impede que o solicite. Da recusa injustificada, todavia, a adotar-se a regra do *compromisso essencial* poderão ser extraídas apreciações negativas com relação à parte. A recusa, entretanto, pode ser legítima quando se tratar de documento relacionado à intimidade da pessoa (CF, art. 5º., X) ou a segredos industriais e comerciais da pessoa jurídica, entre outros casos (negócios de Estado, etc.).

Se a prova, todavia for imprescindível ao deslinde da controvérsia, poderá o árbitro, de ofício ou a requerimento da parte interessada, por meio da Carta Arbitral, requerer ao juiz togado que determine a sua exibição.

Na arbitragem internacional, o poder do tribunal arbitral de determinar a apresentação de documentos é reconhecido nos principais regulamentos das Câmaras arbitrais⁴²⁴.

Malgrado a escassez de regras, é cediço que o pedido de produção de documentos não seja amplo e genérico, a fim de evitar-se a denominada *fishing expedition*.

⁴²⁴Nesse sentido, dispõe o Arbitration Act 1996: 38. *General powers exercisable by the tribunal (...)* The tribunal may give directions in relation to any property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings, and which is owned by or is in the possession of a party to the proceedings—

(a) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property by the tribunal, an expert or a party, or (b) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property. In UNITED KINGDOM – UK. Public General Acts. *Arbitration Act 1996*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/38>.

Tem-se que a melhor forma de maximizar a eficiência e diminuir o tempo e os custos do procedimento, é a utilização da tabela sugerida por Alan Redfern, a *Redfern Schedule*. Composta por quatro colunas, especifica-se em cada uma delas: (i) os documentos cuja produção é requerida; (ii) a justificação apresentada pela parte para a apresentação de cada documento; (iii) as objeções da parte contrária em relação à produção desses documentos solicitados, e (iv) as considerações do tribunal arbitral sobre cada um dos pedidos.⁴²⁵

2.3. Depoimento pessoal e prova testemunhal

Porque detém a cláusula arbitral caráter independente e autônomo em relação ao contrato no qual foi inserida, a lei que rege a arbitragem (*lex arbitri*) dependerá do local onde essa terá sua sede (*seated*). Assim, se a arbitragem for sediada no Brasil, a *lex fori* será a Lei de Arbitragem brasileira - LA, independentemente da língua escolhida ou da adoção de determinado regulamento a respeito dos seus procedimentos.⁴²⁶

Por princípio, na arbitragem o termo testemunha (*witness*) é usado indiferentemente para a pessoa que “assistiu, testemunhou, a um fato como, de igual maneira, à própria parte interessada na causa ou outra pessoa que possa auxiliar alguma das partes no trabalho de convencimento do Tribunal Arbitral.”⁴²⁷

No tocante ao princípio *nemo testis in re sua*, entende Andrea Mengali, não obstante, ser possível o *testemunho* da parte. Pois, na arbitragem, pode-se atribuir pleno valor probatório às declarações informativas obtidas da parte, cujo “testemunho” será, portanto, plenamente admissível.⁴²⁸ A prova será valorada pelo árbitro segundo o seu livre convencimento.

⁴²⁵VIEIRA, Máira de Melo. A prova escrita na arbitragem internacional, *cit.*, p. 83-84.

⁴²⁶MUNHOZ, José Lucio. Testemunha nas arbitragens doméstica e internacional. *Consultor Jurídico*, 20 abr. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/munhoz-testemunha-arbitragens-domestica-internacional>.

⁴²⁷Cf. BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, *cit.*, p. 140.

⁴²⁸O princípio tem sido superado pelo instituto do juramento Interessante notar, segundo Andrea Mengali, (*I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, *cit.*, p. 98 e ss), que a lógica da responsabilidade das partes no accertamento da verdade, estranha à tradição italiana, hoje a atinge por força de uma injunção europeia que exige uma declaração “., ” acerca das informações fornecidas. Já, na *common law*, a declaração das partes (*examination*) vai além da evidência dos fatos. Na experiência inglesa, a maior parte dos atos processuais e dos meios de prova devem ser acompanhados de um *statement of truth* ou de um meio de prova (*witness statement* ou *expert report*), com consequências penais.

Por consequência, segundo o autor, também o depoimento de pessoas com eventual interesse na causa poderá ser justificado, superando as limitações do artigo 246 do CPC italiano.

Diversamente, a LA, nesse ponto, limita-se a dispor no artigo 22, *caput*, que poderá o árbitro ou o tribunal arbitral *tomar o depoimento das partes e ouvir testemunhas*, estabelecendo, assim, uma *separação* entre a disciplina do depoimento pessoal e a da oitiva de testemunhas. Consequência lógica dessa distinção legal é que a parte não poderá depor como testemunha, nem lhe serão aplicadas, no caso de desatendimento, sem justa causa, as consequências previstas no § 2º desse artigo, quais sejam, da revelia ou da condução coercitiva por requerimento à autoridade judiciária.

Portanto, numa arbitragem sediada no Brasil, por força dessa norma cogente inserida na LA (a *lex arbitri*), a parte não poderá ser ouvida como testemunha, ainda que o regulamento adotado assim o permita.

A confissão, outrora detentora de valor absoluto enquanto prova no processo penal, e ainda com valor de reconhecimento da matéria de fato em face do réu no processo civil, não induz *revelia* no processo arbitral (confissão ficta), não impedindo o árbitro de sentenciar (art. 22, § 3º da LA), com base no conjunto probatório, sem importar na procedência do pleito da parte a quem favorece a confissão, sendo considerada tão somente como a admissão de um determinado fato. Deve o árbitro, na medida do possível, atentar quanto à forma de obtenção da confissão, para evitar o ingresso de prova ilícita.⁴²⁹

Quanto à forma, a prova testemunhal não segue padrões rígidos como no processo civil, mas ainda que não se fale em preclusão, não serão admitidos, em nome do contraditório, testemunhos que provoquem surpresa, pois os nomes das testemunhas já deverão ser conhecidos de antemão pelas partes.

Uma peculiaridade desse meio de prova diz respeito ao seu modo de produção. Depoimentos por escrito (*witness statements*) são a regra no processo arbitral⁴³⁰, não

⁴²⁹Se, porém, o árbitro dispuser de elementos para concluir que referida confissão foi obtida mediante violência, física ou moral, poderá afastar a prova, por sua ilicitude. Interessante questão é a de que se poderia o árbitro, para obter elementos sobre esse fato, valer-se dos seus poderes instrutórios. Supondo que exista um processo criminal que tramitou ou tramite sobre crime de tortura, extorsão, concussão ou equivalente, entendemos que poderá o árbitro, a pedido da parte interessada ou mesmo de ofício, solicitar ao juiz competente cópias daqueles autos a fim de complementar a formação do seu convencimento.

⁴³⁰Nesse sentido, o procedimento arbitral italiano, previsto no *Código di procedura Civile*, dispõe, no artigo 819-ter, que os árbitros podem ouvir a testemunha solicitando que compareça perante estes, ou decidir se tomam seu depoimento na casa ou escritório desta, se esta concordar. Eles também podem decidir se ouvem a testemunha solicitando que responda por escrito a perguntas, dentro do prazo que estabelecerem.

violando a ordem jurídica vigente, mesmo porque, repetimos, o processo civil não possui, salvo convenção nesse sentido, aplicação subsidiária ao processo arbitral.

Entende a doutrina nacional que, por dispor o árbitro de amplos poderes para fixar o procedimento, nos limites da convenção de arbitragem e das regras arbitrais, não existe empecilho para determinar a apresentação de depoimentos escritos, devendo-se, contudo, assegurar à parte contrária o direito de contradita-los em audiência.⁴³¹

Tais depoimentos escritos, no entanto, tendem a ser questionados, porque poderiam ter sido elaborados ou produzidos sob a orientação de advogados das partes, de forma a manipular o seu conteúdo. Na verdade, no processo arbitral a chamada “preparação das testemunhas” não ostenta o sentido pejorativo que se lhe atribui no processo judicial. O Guidelines 20 dos *IBA Guidelines on Party Representation* autoriza expressamente o advogado a auxiliar as testemunhas na elaboração desses depoimentos.⁴³² Pois, como entende Marcela Kohlbach de Faria, essa instrução não importa em falsear a verdade dos fatos, mas serve, tão somente, para se saber o que o depoente conhece sobre os fatos, e em que medida poderá ser útil a produção dessa prova.⁴³³

Caso haja suspeita de manipulação do depoimento, ou ocorram dúvidas e contradições, poderá o árbitro convocar as testemunhas para depor sob a forma oral tradicional, sujeitas ao *cross examination* – que consiste na inquirição da testemunha pela parte contrária, limitando-se a parte interessada a reperguntar apenas sobre os pontos questionados. Segundo Octávio Fragata Martins de Barros, para se atacar a credibilidade de uma testemunha, uma das maneiras mais comuns seria questioná-la sobre o teor dos depoimentos escritos.⁴³⁴

Essa é a prática adotada no procedimento norte-americano, onde a testemunha é ouvida antes do julgamento, na fase do *trial*, quando são colhidos os depoimentos escritos,

⁴³¹MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 224.

⁴³²*Guideline 20 states that a “Party Representative may assist Witnesses in the preparation of Witness Statements and Experts in the preparation of Expert Reports”. Once again there are many nuances in such activities. All would agree that counsel should not tell a witness what they must say, but who should do a draft? What is permitted behavior by a Party Representative when recommending changes? What if a Party Representative asks a witness to remove material or not be too elaborate on embarrassing details? The Guidelines simply say in Guideline 21 that the Party Representative “should seek to ensure that a Witness Statement reflects the Witness’s own account of relevant facts, events and circumstances.” In WAINCYMER, Jeffrey. IBA Guidelines on party representation in international arbitration. *Kluwer Arbitration Blog*, July 10, 2013. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/10/iba-guidelines-on-party-representation-in-international-arbitration/>.*

⁴³³FARIA, Marcela Kohlbach de A produção de prova no procedimento arbitral, *cit.*, v. 3, p. 462.

⁴³⁴BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, *cit.*, p. 165.

com base nos quais o advogado da parte contrária poderá reinquiri-las sob *cross examination*.

Pode ocorrer, ainda, de, no momento da produção da prova testemunhal, constatar-se que o depoente teve contato com a fonte de prova de forma ilícita, violando a intimidade ou o sigilo de dados da parte. Ou, ainda, que teria recebido dinheiro ou outra vantagem para depor, o que invalidará seu depoimento enquanto meio de prova ilícito ou imoral⁴³⁵, não podendo ser considerado no momento da valoração.

No caso da prova imoral, a questão pode ser colocada em termos objetivos, pois compromete a isenção do depoimento, frustrando a sua contribuição para o esclarecimento dos fatos. Referimo-nos à testemunha que recebe dinheiro para depor, sem faltar com a verdade dos fatos, pois, neste caso, já incorreria em crime de falso testemunho.⁴³⁶

Durante o interrogatório cruzado, precisamente, podem ocorrer as denominadas *leading questions*, que são perguntas maliciosamente dirigidas pelo advogado da parte contrária para induzir a testemunha a dar uma resposta independentemente da sua memória real sobre o fato. O CPC atual, como já previa o estatuto revogado, apresenta no art. 459 uma vedação expressa sobre perguntas que possam induzir a resposta. No âmbito da arbitragem, o comportamento do advogado poderá ser sancionado se houver adesão a regras específicas de *soft law* que permitam ao árbitro, p. ex., extrair inferências negativas.

A matéria é tratada na doutrina francesa e portuguesa, sob a rubrica de *meios enganosos* de prova.

⁴³⁵GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 185-186, cita como exemplos de prova imoral a testemunha que exige dinheiro para depor, ainda que dizendo a verdade, e a reconstituição em juízo de ato obsceno, evidenciando, assim, que tanto os meios nominados como os inominados podem se revestir de imoralidade. Prega, por isso, a proscrição do processo da prova vedada: se a parte, por meios lícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova

⁴³⁶Conforme MUNHOZ, José Lucio. Testemunha nas arbitragens doméstica e internacional, *cit.* “O compromisso com a verdade em depoimento prestado na arbitragem acarreta um efeito gigantesco para as testemunhas, pois o não cumprimento dele acarreta a caracterização de crime, com pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa (artigo 342 do Código Penal). Só que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (artigo 5º, II, da Constituição Federal), e a lei brasileira dispensa parentes próximos, as partes, representantes ou amigos íntimos de se comprometer com a verdade e de responder criminalmente por isso (artigo 447, § 5º, do CPC). E nenhum regulamento ou ajuste privado pode exigir dessas pessoas que façam o juramento de dizer a verdade perante o árbitro (muito menos sob risco de sanção penal). Como referido, há a premissa de vínculo emocional bastante forte dessas pessoas com as partes, e não poderia um regulamento privado exigir delas, sem qualquer previsão legal, que viessem a prestar depoimento que pudesse prejudicar a si próprios ou seus familiares (artigo 448 do CPC).” Entendemos, contudo, de forma diversa. Mormente porque não se pode aplicar o CPC subsidiariamente à LA, e, ainda, a exemplo do que decidiu a Corte de Cassação italiana, que as restrições legais à prova testemunhal podem ser superadas, segundo o critério dos árbitros, em nome do direito à prova. A propósito, v. MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, *cit.*, p. 102.

Como relatam Etienne Vergès et Al, a severidade da apreciação pela Corte de Cassação francesa aumenta quando a prova é resultado de um estratagema ou de uma manobra. São frequentes, em matéria penal, onde o estratagema pode resultar de uma provocação para que a pessoa visada cometa uma falta (entre nós, o denominado *flagrante preparado*, que resulta em crime impossível). Em matéria civil, de rarefeita ocorrência, há uma manobra denominada *provocation de l'employer*, que consiste em obter uma prova à custa de dissimulação da identidade do agente provocador, para simular uma situação de concorrência desleal praticada pelo empregado. Ou de criar uma *mise en scène* para constatar que um colega de empregado o substitui irregularmente durante o período de trabalho. Tais situações, por se verificar que foram realizadas de maneira clandestina e desleal, não podem, uma vez registradas, ser utilizadas como prova.⁴³⁷

Em Portugal, Manuel da Costa Andrade enumera diversos *meios enganosos*, “um domínio indefinido e inseguro e onde, por isso, sobem de tom as dificuldades das *proibições de prova*.”⁴³⁸ Leva-se em consideração a condição dos *agentes activos* (agentes provocadores), que podem ser autoridade judiciária, órgãos de polícia criminal ou mesmo particulares, assim como as distinções quanto ao *objecto de erro* fraudulentamente induzido, consoante incida sobre questões de *fato* ou de *direito*. Neste caso, p. ex., o arguido que responde às perguntas da autoridade erroneamente convencido de que está sendo interrogado como testemunha, convencido, pois, de que está obrigado a responder e falar a verdade, sem poder de se valer do direito ao silêncio que assiste os acusados. A distinção pode ser relevante no campo do procedimento arbitral, dada a separação efetuada pela LA entre o depoimento pessoal e o testemunho.

Entre nós, a 1.ª Câmara de Direito Privado do TJSP reputou válida a gravação de conversa telefônica entre a autora de ação indenizatória e o preposto de sua ex-empregadora, em que este admite haver passado informações desabonadoras sobre a pessoa daquela, com a intenção de que não conseguisse outro emprego.⁴³⁹

Sobre a possibilidade de o advogado conferenciar previamente com as testemunhas da parte contrária, enseja interpretação das normas deontológicas que regem a profissão em

⁴³⁷VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*, cit., p. 378-379. Traduções das expressões em itálico: provocação do empregador e encenação, respectivamente.

⁴³⁸ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 233 e ss.

⁴³⁹TJSP, Ap 994.05.086872-0, 1.ª Câm. de Direito Privado, j. 15.02.2011, rel. Des. Rui Cascaldi, DJ 08.04.2011.

cada país⁴⁴⁰. No Brasil, a regulamentação da profissão do advogado o impede, em regra, de depor, ainda que autorizado pela parte, como veremos no tópico seguinte.

2.4. Testemunho do advogado da parte

A inviolabilidade da advocacia é uma garantia constitucional, inserida no capítulo das Funções Essenciais à Justiça da nossa Carta Federal.⁴⁴¹

Por sua vez, o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94) enuncia no inciso II do artigo 7º, dentre os direitos do advogado, “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”.

A par disso, assiste ao advogado o direito, previsto no inciso XIX, de “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”.

Esse direito, na verdade, se afigura também como um *dever*, atinente à preservação do sigilo profissional, como pontifica Paulo Lôbo.⁴⁴²

⁴⁴⁰Segundo BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem, cit.*, p. 422, “Na Alemanha, Áustria, Holanda e Suécia, por exemplo, o advogado pode conferenciar com a testemunha, sem, contudo, ter o direito de influenciar de algum modo o seu depoimento. Noutros países europeus, como é o caso da Bélgica, França, Suíça e Itália, isso não é permitido, embora ao advogado seja permitido fazê-lo no caso da arbitragem internacional, atendendo aos diferentes regimes e práticas em cada país. A lei portuguesa, no artigo 104º do Estatuto da Ordem dos Advogados, estatui que é vedado ao advogado estabelecer contacto com testemunhas ou com os demais intervenientes processuais com a finalidade de instruir, influenciar ou por qualquer outro meio, alterar o depoimento das mesmas, prejudicando, dessa forma, a descoberta da verdade. Parece, assim, significar que não está vedado o contacto do advogado com testemunhas e outros intervenientes processuais fora daquelas limitações. A lei não esclarece se se trata apenas das testemunhas oferecidas pela parte que ele representa ou também as testemunhas oferecidas pela contraparte. Nalguns países, o regime é mais restritivo neste segundo caso (*vide* os artigos 5.5. do *Code of Ethics* da CCBE).” O Estatuto da Advocacia e da OAB do Brasil nada dispõe a respeito, mas o Código de Ética e Disciplina inclui entre os deveres do advogado o de abster-se de “e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste” (art. 2º, VIII, e). Já, com relação a conferenciar com as testemunhas da parte que representa já se entendeu não constituir violação ética, mesmo porque “o advogado é o primeiro juiz da causa”, devendo conhecer os fatos para bem defender a causa.

⁴⁴¹CF, “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

⁴⁴²LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários aos Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63-64. Assim, “O direito ao sigilo, no mundo atual, passou a integrar os direitos fundamentais do cidadão, que são invioláveis, inclusive em face do legislador infraconstitucional. Destina-se a proteger o segredo da pessoa. O sigilo profissional compagina-se à mesma etiologia, mas tem configuração própria, sendo antes um dever que se impõe ao advogado para justamente assegurar-se a plenitude da defesa do direito do cidadão. Não se protege segredo próprio, mas de outrem. Como diz De Cupis, aquele que é

Ao mesmo tempo, pois, em que a lei confere ao advogado o direito de recusar-se a depor, mesmo quando desobrigado pelo cliente de manter sigilo, o Código de Ética Profissional, em seu artigo 25, abre exceções à guarda do sigilo em hipóteses extremas de “grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.”⁴⁴³

Ressalvadas essas hipóteses, o Código de Ética ainda vai além, considerando, no artigo 26, a recusa de depor um direito-dever do advogado.⁴⁴⁴

O direito à prova encontra-se vinculado aos momentos do requerimento e da produção das provas legal e moralmente admissíveis. No caso, se o objeto da prova sabidamente se insere no núcleo do sigilo profissional e das informações privilegiadas

necessariamente destinado a receber segredos tem o particular dever de conservá-lo. O sigilo profissional é, ao mesmo tempo, direito e dever, ostentando a natureza de ordem pública. Direito ao silêncio e dever de se calar. Te, natureza de ofício privado (múnus), estabelecido no interesse geral, como pressuposto indispensável ao direito de defesa. Não resulta de contrato entre o advogado e o cliente. O dever de sigilo profissional existe seja o serviço solicitado ou contratado, remunerado ou não remunerado, haja ou não representação judicial ou extrajudicial, tenha havido aceitação ou recusa do advogado. Estende-se, o dever de segredo, às confidências do cliente, às do adversário, às dos colegas, às que resultam de entrevistas para conciliar ou negociar, às de terceiras pessoas feitas ao advogado em razão de sua profissão, e também, aos colaboradores e empregados”.

⁴⁴³Dessa forma decidiu o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, na consulta 1.669/98
SIGILO PROFISSIONAL - PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA NÃO ABSOLUTO - EXCEPCIONALIDADE DE QUEBRA - AMEAÇA E AFRONTA AO ADVOGADO POR EX-CLIENTES - LIMITE ÀS REVELAÇÕES PARA A PRÓPRIA DEFESA.

Em face das ameaças e afrontas sofridas pelo advogado, por parte de seus ex-clientes, não se impõe a ele o dever de preservar o sigilo profissional "in totum", podendo fazer revelações nos limites necessários e restritos ao interesse da sua defesa, ressalvando-se, por oportuno, a não interferência do Tribunal de Ética e Disciplina I - Seção Deontológica, em relação à eventual participação de ordem pessoal do consulente nos acontecimentos narrados

Proc. E - 1.669/98 - v.u. em 16/04/98 do parecer e ementa do Rel. Dr. BENEDITO ÉDISON TRAMA - Rev. Dr. BRUNO SAMMARCO - Presidente Dr. ROBISON BARONI.

A proibição de depor não se estende a fatos não relacionados com o exercício profissional, como decidido na consulta E-4.326/2013: SIGILO PROFISSIONAL - ADVOGADO COMO TESTEMUNHA EM PROCESSO EM QUE EX-CLIENTE FIGURA COM PARTE - TESTEMUNHO LIMITADO - INVOCAÇÃO DE SIGILO PROFISSIONAL

O advogado pode recusar-se a depor em processo relacionado com cliente ou ex-cliente. Somente poderá quebrar o sigilo em situações excepcionais, sempre restritos ao interesse da causa. Não há qualquer óbice em depoimento por advogado no processo em que figure como parte cliente ou ex-cliente, desde que não guarde relação com as causas que foram patrocinadas pelo profissional. Proc. E-4.326/2013 - v.u., em 28/11/2013, do parecer e ementa do Rel. Dr. SYLAS KOK RIBEIRO - Rev. Dr. ALUISIO CABIANCA BEREZOWKI - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.

⁴⁴⁴Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.” Nesse sentido, foi editada a Resolução 17/2000 do TED-I – Turma de Ética Profissional da OAB/SP

obtidas na condição de advogado, sequer poderiam os *ex adversus*, conhecedores que são das regras processuais e deontológicas, vir a arrolar tais pessoas como testemunhas.

Tal comportamento, por si só, incide no descumprimento ao dever de boa-fé, do *fair play* que deve sempre prevalecer na disputa arbitral. E a prova assim obtida poderá se revelar ilícita.⁴⁴⁵

2.5. Prova pericial

A prova pericial se revela imprescindível em questões altamente técnicas, que podem, eventualmente, ser supridas pelos *expert witness*.

É comum no processo arbitral a utilização desses testemunhos técnicos (*expert witness*) – são na verdade testemunhas de direito, que informam sobre a aplicação do seu

⁴⁴⁵Como decidido pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, na consulta E-4.975/2017, advogado que tenha participado como árbitro ou *expert witness* não pode ser contratado pela parte sucumbente para promover ação de anulação da sentença arbitral da qual participou, por afrontar a ética profissional:

EXERCÍCIO PROFISSIONAL - ARBITRAGEM - ADVOGADO CONTRATADO PELA PARTE SUCUMBENTE EM ARBITRAGEM PARA ELABORAR PARECER OU PATROCINAR AÇÃO DE ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL DA QUAL PARTICIPOU COMO ÁRBITRO OU PERITO OU EXPERT WITNESS - IMPOSSIBILIDADE - ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA QUE TEM COMO SÓCIO ÁRBITRO, OU PERITO OU EXPERT WITNESS QUE ATUOU EM ARBITRAGEM, E PRETENDE, POR SEUS DEMAIS MEMBROS, REPRESENTAR A PARTE SUCUMBENTE PARA ANULAR A SENTENÇA ARBITRAL - POSSIBILIDADE - ADVOGADO QUE RENUNCIOU AO ENCARGO DE ÁRBITRO, PERITO OU EXPERT WITNESS ANTES DE INICIAR OS TRABALHOS - POSTERIOR CONTRATAÇÃO COMO ADVOGADO PELA PARTE SUCUMBENTE NA ARBITRAGEM PARA ELABORAR PARECER OU PATROCINAR AÇÃO DE ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL - POSSIBILIDADE.

Existe clara impossibilidade jurídica e ética na aceitação de contratação pela parte sucumbente para elaboração de parecer ou patrocínio de causa com finalidade de anular sentença arbitral, porque o advogado deve recusar manifestação de pretensão concernente a direito que também lhe seja aplicável ou contrarie orientação que tenha manifestado anteriormente (art. 4º, parágrafo único, CED). Mais que isso, o advogado tem o dever de atuar com honestidade, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; velar por sua reputação pessoal e profissional, contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis, abster-se de utilizar de influência indevida em benefício próprio, adotar conduta consentânea com o papel de elemento indispensável à administração da Justiça (art. 2º, parágrafo único, CED). Inevitavelmente, o causídico que aceita dar parecer ou patrocinar cliente sucumbente em arbitragem, com a finalidade de atacar sentença arbitral da qual participou na condição de árbitro, com presumida imparcialidade e independência, estará afrontando princípios fundamentais da ética do advogado. O árbitro ou perito ou expert witness, enquanto no exercício da função, não pode praticar atos privativos da advocacia em relação às partes e às questões tratadas na arbitragem da qual participou por conta da necessidade de manter incólumes a imparcialidade e independência de sua atuação. Em razão da segregação bastante clara dos papéis de árbitros, peritos ou expert witnesses e do advogado, não há, em tese e via de regra, óbice ético à atuação de escritório de advocacia ou de seus membros, exceto daquele que funcionou como árbitro, perito ou expert witness, na representação dos interesses da parte sucumbente que pretenda anular o laudo arbitral. Ocorrendo renúncia antes de qualquer manifestação como árbitro, ou entrega de trabalho pelo perito ou prestação de depoimento pelo expert witness no procedimento arbitral, não haverá, em tese e via de regra, impedimento (*lato sensu*) ético a que o advogado aceite atuar em favor da parte sucumbente, com vistas a anular sentença arbitral proferida por árbitros imparciais e independentes. Proc. E-4.975/2017 - v.u., em 15/03/2018, do parecer e ementa do Rel. Dr. SÉRGIO KEHDI FAGUNDES, Rev. Dr. FÁBIO TEIXEIRA OZI - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI.

conhecimento prático (mercado, engenharia, perícia contábil). O CPC admite esse meio de prova (prova técnica simplificada – art. 464, § 3º, mediante a mera inquirição de especialista), podendo esse meio de prova ser adotado na convenção arbitral.

No tocante à perícia, propriamente dita, cumpre, no entanto, estabelecer a distinção entre peritos e assistentes técnicos, à luz da lei processual civil, posto que a LA apenas utiliza a expressão *perícias*.

Como discorre Cristina Wagner Mastrobuono, a figura do perito surgiu no CPC de 1939, como um profissional, “sempre que possível técnico, de livre escolha do juiz”. O Decreto-lei nº 4.565, de 1942, possibilitou às partes a indicação de apenas um nome, de comum acordo, cabendo a escolha pelo juiz somente à falta desse indicado. Por sua vez, o Decreto-lei nº 8.570, de 1946, ampliou o conceito de *perito de parte*, que poderiam também ser indicados pelas partes, de lado a lado, podendo o juiz, caso não se contente com nenhum dos indicados pelas partes, nomear um terceiro perito, para desempate. Com o CPC de 1973, o juiz voltou a indicar o perito oficial, tendo o *perito da parte* se transformado na figura do *assistente técnico* da parte, sujeito a prestar compromisso, que doravante deixou de ser da confiança das partes “para ser um profissional voltado a assistir o juiz, sujeito a regras de imparcialidade”, podendo escusar-se ou ser recusado por impedimento ou suspeição.⁴⁴⁶

Importante divisor de águas foi a Lei nº 8.455, de 1992, que separou as funções de perito e de assistente técnico, passando estes a ser indicados e da confiança das partes, não sujeitos, portanto, a impedimento ou suspeição, tendo o CPC de 2015 adotado esse modelo.

No entanto, para a doutrina arbitralista, a prova pericial é um meio de prova que acentua a distinção entre processo judicial e arbitral. Enquanto no processo judicial dá-se a nomeação de um perito de confiança pelo juiz, com as partes indicando assistentes técnicos, a prática usual na arbitragem indicaria “uma participação cada vez maior do perito nomeado pela própria parte, cabendo a prova pericial a cada uma das partes”. Essa tendência, no entanto, é contestada pela pesquisa de campo inserida no artigo de Cristina Mastrobuono.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶MASTROBUONO, Cristina Wagner. Pesquisa: regras de imparcialidade e independência na produção de provas nas arbitragens. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 35 e ss, jul./set. 2020.

⁴⁴⁷Cf. BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, *cit.*, p. 169. No mesmo sentido GONÇALVES, Eduardo Damião; SILVA, Rafael Bittencourt. A perícia na arbitragem. A produção de provas técnicas no âmbito do procedimento arbitral e novas tendências. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 33, n. 119, p. 35-41, abr. 2013. Em sentido contrário, MASTROBUONO, Cristina Wagner. Pesquisa: regras de imparcialidade e independência na produção de provas nas arbitragens, *cit.*, p. 36, entende que “os dados coletados demonstram que a prática mais corriqueira não tem sido essa, tanto no que diz respeito à forma mais usual de indicação do perito quanto à expectativa

Como observa Joaquim de Paiva Muniz, não havendo a obrigatoriedade de seguir o modelo de perícia previsto em processos arbitrais com sede no Brasil, é possível que o Tribunal Arbitral não escolha o perito, podendo as partes nomearem consensualmente o perito.⁴⁴⁸

A Lei Modelo da Uncitral, a propósito, silencia sobre os peritos nomeados pelas partes, o que não impede a sua atuação na prática corriqueira.⁴⁴⁹

Importa considerar, de todo modo, para os fins deste estudo, que perícia, propriamente dita, prescinde das formalidades do estatuto processual, podendo ocorrer em qualquer momento, assim como a revisão dos quesitos formulados pelas partes, e só servirá de elemento válido de prova desde que respeitadas as normas de direito material porventura atingidas, e os preceitos de ordem pública processual. Dentre estes, o contraditório e a ampla defesa.

A relevância da prova pericial é tamanha que uma juíza da Corte de Apelações da Inglaterra chegou a afirmar: “*Without them, we could not do our jobs*”.⁴⁵⁰ Ao mesmo tempo, é acentuada a tendência de se balizar a produção probatória a um perito, o que levou um engenheiro, sem desdizer a primeira citação, a ironizá-la: “*Lawyer’s prefer expert’s opinion over common sense*”⁴⁵¹.

Fica, no entanto, a critério do tribunal arbitral o exame da admissibilidade da apresentação do perito indicado pela parte (*party appointed expert*), cuja negativa pode, eventualmente, não comprometer o direito à prova da parte, sem que venha a caracterizar cerceamento de defesa, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça - STJ, em nome desse mesmo princípio⁴⁵², tendo em conta a desnecessidade da prova pericial.

Caso deferida a perícia técnica por nomeação dos árbitros, fica o *expert* sujeito a inquirição pelas partes, o que pode vir a comprometer sua credibilidade, e, eventualmente, acarretar a nulidade da decisão arbitral, por descumprimento do dever de revelação dos

de imparcialidade então imposta ao perito da parte (no processo civil), que não se reproduz em relação ao assistente técnico no modelo atualmente em vigor”.

⁴⁴⁸MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*, cit., p. 230.

⁴⁴⁹Art. 26 “*unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal*”.

⁴⁵⁰Nossa tradução: Sem eles, não poderíamos fazer nosso trabalho.

⁴⁵¹Nossa tradução: Os advogados preferem a opinião de especialistas em vez do bom senso. Cf. referências de BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, cit., p. 169.

⁴⁵²REsp 1660963 / SP, T3 – Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgamento 26/03/2019, cuja ementa diz: (...) “2. O exame quanto à suficiência das provas ou à necessidade de realização de determinada prova é providência que compete exclusivamente ao juiz da causa, no caso, o Tribunal arbitral, afigurando-se corolário do princípio do livre convencimento motivado. O indeferimento de determinada prova, desde que idoneamente fundamentado pelo juízo arbitral, não importa em ofensa ao contraditório”(...)

árbitros, previsto no parágrafo 1º do artigo 14 da LA. No entender de José Rogério Cruz e Tucci, tal dever se estende aos peritos.⁴⁵³

O estreito relacionamento do árbitro com o perito (caracterizado, entre outros fatores, de passarem considerável tempo juntos, em atividades não relacionadas a compromissos profissionais de trabalho ou a atividades de entidades de classe ou organizações sociais) caracteriza hipótese prevista na Lista Laranja das IBA Guidelines⁴⁵⁴.

A violação do dever de imparcialidade do perito nomeado pelo árbitro compromete a validade da prova resultante. Todavia, a consciência atual dos profissionais de M&A (abreviação da expressão *merges and acquisitions*, traduzida como fusões e aquisições) parece buscar na *expertise* mais um método de solução do litígio ou de esclarecimento para as partes do que um meio eficaz de prova, sujeito, como os demais, às inevitáveis vicissitudes (em termos de custo e tempo) e imperfeições.⁴⁵⁵

Tal método se aproxima da produção antecipada de provas prevista no artigo 381 do CPC de 2015. O dispositivo consagrou o direito autônomo à prova, também utilizado no âmbito da arbitragem, permitindo à parte valer-se de medida probatória autônoma, além da hipótese de urgência, como forma de evitar o litígio, ou de conhecer melhor os fatos para propor futura e eventual demanda mais bem instruída, ou mesmo para viabilizar a autocomposição.⁴⁵⁶

⁴⁵³CRUZ E TUCCI, José Rogério. Descumprimento do dever de revelação e nulidade da sentença arbitral. *Consultor Jurídico*, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/paradoxo-corte-descumprimento-dever-revelacao-nulidade-sentenca-arbitral?imprimir=1> 4/4. “Esse conhecido critério da “dúvida justificada”, adotado pelo texto legal pátrio, segundo ensina Gary Born, deve ser analisado de forma objetiva, ou seja, “qualquer objeção em relação à imparcialidade ou independência do juiz deve fundamentar-se em provas suficientes a afastar o árbitro”. Nesse sentido, cita o Recurso Especial n. 1.135.150-RS, com voto condutor da ministra Nancy Andrighi, ao considerar o estreito relacionamento entre a parte e o perito, lastreando-se no seguinte fundamento: “A reconhecida suspeição do perito que trabalhou no processo, por sua íntima relação com o hospital-réu declarada no processo, obriga a repetição da perícia. Forte nessas razões, reconhecendo a violação da lei processual e tendo em vista a imprescindibilidade da perícia urológica cujo conteúdo foi comprometido pela suspeição do médico que nela atuou, determino a reforma do acórdão recorrido, com a anulação da sentença anteriormente prolatada e a realização de novo laudo pericial, aproveitando-se todos os demais atos praticados no processo, na esteira do devido processo legal”.

⁴⁵⁴Cf. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*, cit., p. 135.

⁴⁵⁵Segundo RACINE, Jean Baptiste. *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 18, na *expertise* o *expert* é chamado para dar uma opinião sobre uma questão técnica, e não de direito. Interessante, nesse passo, é que a atividade do *expert*, normalmente consubstanciada num laudo ou parecer escrito, embora perfaça formalmente o aspecto de uma prova, não tem por finalidade subsidiar um julgamento impositivo às partes. São estas que, em face das conclusões técnicas, poderão livremente decidir como pôr fim ao conflito.

⁴⁵⁶Nesse sentido, BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*, cit., p. 95: “O grau de desprendimento com que o novo CPC trata o tema da produção antecipada de provas chega ao ponto de permitir que essa produção ocorra mesmo sem urgência e sem qualquer intenção de convencer algum juiz numa futura demanda, bastando que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito.”

No tocante à ilicitude da prova propriamente dita, é importante saber como foram obtidos os dados utilizados na perícia, se a sua realização violou normas de direito material e sua produção observou o devido processo legal.

A propósito, o Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration vela pela transparência na atuação dos *experts*.⁴⁵⁷

No tocante à admissibilidade da prova pericial, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu, em *Daubert v. Merelll*, um parâmetro de aceitabilidade da prova técnica, pelo qual o juiz, diante da utilização de determinado *expert witness*, cumpre preliminarmente analisar se a metodologia que se pretende aplicar é cientificamente válida e pode ser adequada ao deslinde dos fatos da causa.⁴⁵⁸

Referida decisão enfatiza que o juiz determine, pois, o que é *valid e proper* (válido e adequado), em termos de embasar um julgamento, sob o aspecto científico, e não sociológico, o que se refletiu na formulação das *Federal Rules of Evidence*.⁴⁵⁹

A exclusão desse meio de prova é disciplinada pela Rule 403, tendo em vista preservar a boa compreensão dos jurados, evitar o desperdício de tempo e a repetição de provas.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ “All instructions to, and any terms of appointment of, an expert shall not be privileged against disclosure in the Arbitration, but the Arbitral Tribunal shall not, in relation to the instructions or terms of appointment: (a) order disclosure of the instructions or appointment or any document relating thereto; or (b) permit any questioning of the expert about such instructions or appointment unless it is satisfied that there is good cause.”

⁴⁵⁸ *Daubert v. Merell Pharmaceuticals*, 509 US 579 (1993): “Faced with a proffer or expert scientific testimony... the trial judge... must make a preliminary assessment of whether the testimony’s underlying reasoning or methodology is scientifically valid and properly can be applied to the facts at issue. Many considerations will bear on the inquiry, including whether the theory or technique in question can be (and has been) tested, whether it has been subjected to peer review and publication, its known or potential error rate, and the existence and maintenance of standards controlling its operation, and whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community.” Cf. ROSKIES, Adina L.; SINNOT-ARMSTRONG Walter. *Brain images as evidence in the criminal law*. London: Michael Freeman, F.B.A., 2011.

⁴⁵⁹ Rule 702 – Testimony by Expert Witnesses.

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

(a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
 (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
 (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
 (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

⁴⁶⁰ Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons - Primary tabs

The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence. Notes (Pub. L. 93–595, §1, Jan. 2, 1975, 88 Stat. 1932; Apr. 26, 2011, eff. Dec. 1, 2011). RULE 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. *Notes of Advisory Committee on Proposed Rules*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_403.

Conquanto essas regras se refiram ao julgamento pelo júri, que constitui a regra no processo civil e penal norte-americano, afiguram-se aplicáveis no âmbito da arbitragem, naquilo em que pertinentes, em especial na aceitação de novas metodologias científicas.

Dadas as situações concretas, poderá se afigurar a necessidade de um balanceamento de valores, no tocante à admissão ou à valoração da prova científica.⁴⁶¹

2.6. *Discovery*

Utiliza-se, principalmente na arbitragem internacional, o procedimento do *discovery*. Originário dos sistemas da *common law*, consiste na antecipação e revelação das provas pertinentes ao litígio pelas partes, ainda que desfavoráveis, antes da instauração do processo (*pre-trial procedure*). Tal prática, nas cortes federais norte-americanas, não se exaure na prova documental, incluindo interrogatórios, inspeção física de objetos ou de imóveis, exames físicos e mentais de pessoas e requerimentos de admissão de provas em poder dos adversários, o que previne a não autorizada incursão nos arquivos sigilosos do oponente⁴⁶². Com isso, se procura evitar a utilização de provas inadmissíveis.

Demais disso, essa fase pré-processual pode encorajar a celebração de acordos, ante a perspectiva de as partes virem a dispender mais elevados recursos financeiros para chegarem a uma decisão, ou mesmo por vislumbrar as chances de vitória do adversário. Por outro lado, o procedimento é criticado pela doutrina por “encorajar táticas do jogo de pôquer”, levando as partes a reservar para um momento estratégico a produção de provas mais relevantes.⁴⁶³

⁴⁶¹RULE 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. *Notes of Advisory Committee on Proposed Rules, cit.*

“The case law recognizes that certain circumstances call for the exclusion of evidence which is of unquestioned relevance. These circumstances entail risks which range all the way from inducing decision on a purely emotional basis, at one extreme, to nothing more harmful than merely wasting time, at the other extreme. Situations in this area call for balancing the probative value of and need for the evidence against the harm likely to result from its admission.” (...)

⁴⁶²Cf. GIFIS, Steven H. *Law dictionary, cit.*, p. 138. Como referido por Cappelletti Perillo *Civil Procedure*” in *Italy, apud* BERNINI, Giorgio. The civil law approach to discovery: a comparative overview of the taking of evidence in the Anglo-American and Continental Arbitrations Systems. In: LEADING Arbitrators' Guide to International Arbitration - 2nd Edition. March, 2008. Chapter 13, p. 269 e ss., “they may examine their adversaries in examination before trial and may obtain production of documents or other tangible things reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence”.

⁴⁶³GARCEZ, José Maria Rossane. Aspectos da produção de provas na arbitragem internacional – sistemas da *common law* ou da *civil law*. *Migalhas*, 20 nov. 2009. Disponível em:

A utilização desse procedimento, contudo, dependerá de expressa previsão na convenção arbitral, vinculando as partes e os árbitros.

Nos Estados Unidos, aplicam-se as regras do *Federal Arbitration Act* (FAA) nas arbitragens em matéria federal, e o *Uniform Arbitration Act* (UAA) na maioria dos Estados da federação, visando uniformizar os estatutos estaduais. Nas arbitragens comerciais, adota-se o FAA nos contratos de comércio interestadual, em que as partes não escolheram outra lei ou procedimento. Nas arbitragens intraestaduais, aplica-se a lei estadual, em muitos com adesão ao UAA. Ambos tentam definir o procedimento do *discovery* no processo arbitral, mas não conseguem limitar o escopo e natureza desse procedimento, o que tem suscitado vivos debates sobre a sua aplicação. Na verdade, tais regras não chegam a prever o *discovery*, que é introduzido por disposições adicionais do compromisso ou da convenção arbitral, incorporando regras criadas por instituições arbitrais, como a *American Arbitration Association – AAA*.

Dentre os argumentos refratários à adoção do *discovery* estão o comprometimento da celeridade do processo arbitral, e a prática do *fish expedition*, que consiste na solicitação de todos os documentos da parte adversa, sem finalidade específica, visando obter eventual prova a ser utilizada em futura demanda judicial contra a parte adversa.

No *leading case* *Commercial Solvents Corp vs. Louisiana Liquid Fertilizer Co.*, entendeu-se constituir o *discovery* matéria de procedimento judicial, incompatível com a arbitragem, que não deveria ser resolvida segundo as *Rules of Civil Procedure*, mas à luz da *AAA's Commercial Arbitration Rules*.⁴⁶⁴

Dado que os países da *civil law* não detinham experiência com a exibição compulsória de documentos, a *International Bar Association* editou em 1983 um conjunto de regras uniformizadoras, as *Supplementary Rules Governing Commercial Arbitration*, revisadas em 2010 sob a denominação de *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*.

<https://www.migalhas.com.br/depeso/97584/aspectos-da-producao-de-provas-na-arbitragem-internacional--sistemas-da-common-law-ou-da-civil-law>, exemplifica como preservar para um último momento a inspeção de bens perecíveis ou o testemunho de uma vítima que está morrendo.

⁴⁶⁴Cf. referências de FARIA, Marcela Kohlbach de A produção de prova no procedimento arbitral, *cit.*, v. 3, p. 469 e ss. Somente em casos excepcionais os tribunais tem admitido o Discovery, como em *Ferro Union Corp. vs SS Ionic Coast*, versando transporte de aço, para que fossem apresentados os diários de bordo e outros documentos relacionados à embarcação. Também em *Bergen Shipping CO vs. Japan Marine Services Lts.*, garantiu-se ao dono de uma embarcação o direito de ouvir os empregados da parte contrária, porque o navio no qual trabalhavam estava prestes a partir.

Dentre essas disposições, destacam-se as seguintes: (i) as partes devem ser consultadas e convidadas a acordarem sobre o procedimento de colheita de provas, que deve ser eficiente, econômico e justo, com previsão do escopo, forma e tempo em que serão colhidas, incluindo, dentre outras especificações, referência sobre “o grau de confidencialidade acerca das provas”; (ii) a regulamentação do *Discovery*, prevendo três categorias de documentos, quais sejam: a) sob controle das partes; b) que as partes pretendem utilizar mas não os possuem; e c) documentos não solicitados pelas partes, mas reputados relevantes pelo painel arbitral. Para tanto, as partes deverão apresentar o *Request to Produce* (pedido de produção de provas), com especificação das características do documento, sua relevância e declaração sobre a sua posse, custódia ou controle. Tudo isso para evitar a chamada *fishing expedition*.

Da mesma forma que ocorre com os documentos em poder da parte e de terceiros, não detendo o árbitro poder de império, a solução para a recusa na apresentação dos documentos será buscar a cooperação do Poder Judiciário, ou extrair inferências negativas. Poderia implicar, também, na condenação da parte recalcitrante em *astreintes*, possibilidade essa questionável na medida em que a condenação a uma multa diária também extrapolaria o poder do árbitro, cujas decisões não possuem força executória no processo arbitral.

No tocante à valoração das provas obtidas por via do *discovery*, entendemos que a principal questão será quanto ao seu grau de confidencialidade, o que poderá resultar na sua exclusão do acervo probatório por violação da intimidade, do sigilo de dados ou do sigilo profissional, se o documento se encontrava sob a guarda de advogado, médico, contador ou outro confidente necessário.

As Regras de Praga, que possuem uma abordagem inquisitorial, atribuindo um papel proativo ao tribunal arbitral, não visam tão somente a obtenção de provas, tendo disposições nos sentido de realizar acordos, ou uma conferência de gerenciamento de casos por comunicação eletrônica, limitando o número de envios ou o tamanho dos dados.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵Cf. REGRAS do IBA v. As regras de Praga na arbitragem internacional. *Arbitragem Internacional*, 20 jan. 2019. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/the-iba-rules-v-the-prague-rules-in-international-arbitration/>. A Nota do Grupo de Trabalho responsável pela elaboração das As Regras de Praga (Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional), notícia que o vigoroso debate travado entre membros, representantes de 30 países, na maioria de *civil law*, veio a revelar que “as Regras, que foram inicialmente pensadas para serem utilizadas em litígios entre empresas de países da “civil law”, poderiam na verdade ser usadas em qualquer procedimento arbitral onde a natureza do litígio ou montante envolvido justifica uma tramitação mais fluída dirigida pelo tribunal arbitral, o que consiste numa prática bem acolhida entre os utilizadores da arbitragem”. Disponível em português no sítio PRAGUE Rules. Disponível em: <https://www.praguerules.com>.

No tocante à prova documental, as partes são incentivadas a submetê-la tão logo quando possível em suporte do caso em questão, evitando-se⁴⁶⁶ a prática do *e-discovery*. Caso seja imprescindível a obtenção de documento em poder de outra parte ou inacessível a consulta pública, sua apresentação poderá ser submetida ao tribunal arbitral, devendo, em qualquer caso, preservar-se a confidencialidade de qualquer documento submetido ou produzido pelas partes.

A considerar-se o *Discovery* como meio de obtenção prévia de provas, importa fazer breve dilação sobre a antecipação de provas na arbitragem.

2.7. Produção antecipada de provas na arbitragem

Como leciona Marcelo José Magalhães Bonizzi, a produção de provas antes do início de um processo no regime do CPC de 1973 era típica medida cautelar de apoio ao processo. O atual CPC mudou esse cenário, passando a produção antecipada a ser apenas mais um meio de prova, não mais vinculado a uma urgência, como era no passado.⁴⁶⁷

Apartada desse novo contexto, a Lei nº 13.129, de 2015 acrescentou à Lei de Arbitragem os artigos 22-A e 22-B, concernentes às tutelas cautelares e de urgência⁴⁶⁸, que poderão ser requeridas ao Poder Judiciário antes de instituída a arbitragem, e, após a sua instituição, facultando-se ao árbitro manter, modificar ou revogar essas decisões judiciais, na linha do entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶“Article 4. Documentary Evidence. (...) 4.8. Any document submitted or produced by a party in the arbitration and not otherwise in the public domain shall be kept confidential by the arbitral tribunal and the other party, and may only be used in connection with that arbitration, save where and to the extent that disclosure may be required of a party by the applicable law.” (REGRAS do IBA v. As regras de Praga na arbitragem internacional, *cit.*) Tradução: Qualquer documento produzido ou apresentado por uma Parte na arbitragem e que não seja do domínio público, deverá ser mantido confidencial pelo Tribunal Arbitral e pela(s) outra(s) Parte(s), só podendo ser usado em conexão com a arbitragem, salvo onde e na medida em que a divulgação possa ser ordenada a uma Parte por imposição legal.

⁴⁶⁷BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*, *cit.*, p. 87.

⁴⁶⁸Como observa Francisco José Cahali, *Curso de arbitragem*, *cit.*, p. 297, por descompasso do Legislador, a reforma da LA, mesmo posterior à promulgação do Código de Processo Civil de 2015, desconsidera a inovação nele contida quanto à sistematização das tutelas provisórias, de urgência e de evidência.

⁴⁶⁹RECURSO ESPECIAL Nº 1.297.974 - RJ - J. 12.06.2012. RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder

Enquanto não instituída a arbitragem (com a aceitação do encargo por todos os árbitros, como prevê o art. 19 da LA), poderão, ainda, as partes, frente a uma situação de urgência, caso assim tenham convencionado, valerem-se do “árbitro de emergência”, conquanto sem previsão legal, ou de um procedimento pré-arbitral⁴⁷⁰. Sem, com isso, subtrair a competência do árbitro para apreciação de medidas urgentes, e, mesmo, sem prejuízo de reapreciar a medida eventualmente concedida pelo Poder Judiciário, dada a característica da *provisoriedade* inerente a esses provimentos⁴⁷¹.

No tocante às medidas probatórias, entendemos ser possível a sua antecipação na arbitragem, independentemente do requisito da urgência, visando-se o melhor conhecimento dos fatos, seja para buscar a autocomposição ou mesmo para evitar a instauração da disputa arbitral, assim como ocorre no processo judicial.

A antecipação da prova, sem o requisito da urgência e a questão do direito autônomo à prova, foi tema da prestigiada tese de Flávio Luiz Yarshell, apresentada no concurso para o cargo de professor titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Nos seus fundamentos, envolve temas relevantes do processo civil, tais os poderes instrutórios do juiz, os deveres das partes de lealdade e de colaboração, e o próprio direito à prova, sobre os quais discorreremos acima sob a perspectiva das provas ilícitas na arbitragem.

Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido. No mesmo sentido, o REsp 1.586.383 – J. 05.12.2017. RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. AJUIZAMENTO PRÉVIO PERANTE A JUSTIÇA ESTATAL. INSTITUIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL. COMPETÊNCIA. 1. O prévio ajuizamento de ação cautelar perante o Poder Judiciário deriva do poder geral de cautela inculcado na legislação processual e hoje previsto expressamente nos artigos 22-A e 22-B da Lei n. 9.307/1996, incluídos pela Lei n. 13.129/2015. A atribuição de processá-la, todavia, após a instauração da arbitragem, é do juízo arbitral, ocasião em que poderá reanalisar a medida eventualmente concedida. 2. Recurso especial conhecido e provido.

⁴⁷⁰A Corte Internacional de Arbitragem da CCI possui regulamento próprio para essas medidas. V. a propósito CAHALI, Francisco José. Arbitro de emergência e arbitragem multipartes Considerações gerais e resultado da pesquisa do grupo de pesquisa em arbitragem da PUC-SP - Projeto II, 2ª Semestre de 2015. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, ano 13, n. 51, out./dez. 2016. Os resultados revelam que a oferta do Árbitro de Emergência bem se incorporou no regramento em arbitragem internacional. Mas, na prática doméstica, observa o autor que esse procedimento não conta com a simpatia dos arbitralistas em geral.

⁴⁷¹AMARAL, Paulo Osternack. Medidas de urgência antes da instituição da arbitragem. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, n. 130, dez. 2017. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>.

Em especial, sobre o direito à prova, como instrumento autônomo e concreto, ressalta o doutrinador que o provimento de antecipação da prova não se dirige à obtenção de uma declaração do direito material ao caso concreto, revelando-se o direito de provar, na verdade, “autônomo, porque desatrelado do pleito de declaração do direito”. Não sendo este o objeto do processo, o direito à prova não se limitaria a tutelar uma situação estritamente processual. Não se exigiria, outrossim, o requisito cautelar da urgência.⁴⁷²

Nessa linha, preconizou o emérito processualista, *de lege ferenda*, no tocante ao artigo 847 do CPC de 1973, a possibilidade de se antecipar a produção da prova “sempre que houver motivo legítimo ou que isso seja útil para prevenir ou pôr fim a controvérsia ou litígio”, deixando-se expresso que essa forma de antecipação abrangeria não apenas a prova oral e pericial, ou a exibição de documento comum, mas qualquer outra providência que fosse “moralmente legítima”.⁴⁷³

Assim, se anteriormente a produção antecipada somente poderia ser fundada em razões de urgência, o Código de Processo Civil de 2015 veio incorporar essa nova concepção do direito à prova, ao admitir no artigo 381, a produção antecipada da prova também nos casos em que “II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;” e “III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Referindo-se ao procedimento arbitral, aponta Eduardo Talamini os casos em que, diante de indicativos concretos, pode-se antever a negativa de colaboração à produção probatória, a exigir medida coercitiva que apenas poderia ser determinada, em qualquer caso, pelo juiz estatal, nos termos do artigo 22, § 2.º da LA⁴⁷⁴. Tal se verifica, na prática, nos pedidos de exibição de documentos, ou, necessariamente, na quebra de sigilo bancário ou fiscal da outra parte, que só pode se efetivar por determinação judicial.

Contudo, esse novo cenário ainda não se definiu claramente na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, por exemplo, em ação de produção antecipada de provas, visando a apresentação de contratos comerciais celebrados por empresas de um grupo econômico, acompanhados de informações financeiras sobre

⁴⁷²YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 317.

⁴⁷³YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 443-444.

⁴⁷⁴TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 75-101, out. 2016.

faturamento e recebimento, entendeu-se faltar o requisito da urgência previsto no artigo 22-A da LA⁴⁷⁵. Já, em pedidos formulados incidentalmente numa ação, com fundamento nos artigos 381 e 382 § 1º do CPC, ou em ação de produção de provas visando analisar a viabilidade de intentar demanda indenizatória, reconheceu-se a possibilidade de produção autônoma da prova.⁴⁷⁶

Contudo, a medida de proteção antecipada da prova, desvinculada da situação de urgência, é de ser aplicada indistintamente ao processo judicial (futuro ou em curso) e ao futuro processo arbitral, pois independe da indicação dos motivos, bastando a demonstração da legitimidade e pertinência do pedido, assim como da sua legalidade, visto tratar-se de procedimento meramente homologatório.

As hipóteses cogitadas no artigo 381, incisos II e III do CPC aplicam-se perfeitamente à arbitragem, enquanto meio de solução de conflito, e, também, quanto ao mero conhecimento da matéria fática, que poderá melhorar o embasamento fático, ou mesmo levar à não instituição da arbitragem, ensejando a autocomposição.

Com relação às provas ilícitas, afigura-se tal medida indispensável para se perquirir, de antemão, a origem de determinadas provas, no rastreamento de um e-mail ou de um documento digital, que pode ter sido obtido por *hackers*. Ou mesmo para evitar que quebras

⁴⁷⁵PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES QUE PRÊVE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ARTS. 485, VII, CPC - Antes de instituída a arbitragem, cabe ao Poder Judiciário analisar os pedidos de medida cautelar ou de urgência Art. 22-A da Lei nº 9.307/96 No caso em apreço, não se vislumbra situação de urgência, o que afasta a possibilidade de apreciação do litígio pelo Poder Judiciário - Atendimento dos requisitos da Lei nº 9.307/96 - Extinção do processo, sem julgamento do mérito, que fica mantida - RECURSO DESPROVIDO. (Apelação nº 1016776-28.2018.8.26.0002. J. 06.10.2020. Relator Sérgio Shimura. No mesmo sentido Apelação 1125900-40.2018.8.26.0100. J. Relator: Alexandre Lazarini. Em sentido oposto, na Apelação Cível nº 1011322-30.2019.8.26.0100, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Sérgio Shimura, entendeu-se pelo cabimento de ação de produção antecipada de provas, visando averiguar se há elementos a embasar futura ação indenizatória contra árbitros, “uma vez que a autora apelante tem direito “substancial” à prova, como corolário do princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF; art. 3º CPC).”

⁴⁷⁶Agravo de Instrumento nº 2262929-56.2020.8.26.0000. J. 23.02.2021. Relator: Maurício Pessoa. Ementa: Agravo de instrumento Ação de produção antecipada de provas Determinação para apresentação de documentos Irresignação Procedimento meramente homologatório que não admite defesa ou recurso, salvo se indeferido o pedido de antecipação de provas formulado pelo requerente Decisão irrecurável com fundamento no art. 382, §4º, do Código de Processo Civil Precedentes Hipótese, outrossim, em que eventual presunção de veracidade pela não exibição de documentos deverá ser postulada em eventual a ação principal Recurso não conhecido. Do voto, extrai-se que: “Assim, não se exigirá a determinação, ao menos com detalhes, dos fatos sobre os quais haja de recair a prova, pois nem sempre o postulante da prova poderá fazê-lo. Afinal, a medida justifica-se muitas vezes pelo desconhecimento dos caracteres de fato específicos da relação jurídica. O conhecimento de tais elementos, assim, é o próprio escopo da atividade jurisdicional. Deverá o requerente, apenas, demonstrar a sujeição do caso a uma das hipóteses de produção antecipada contenciosa de prova, o que ecoa a orientação prevalente no sistema anterior sobre as ações cautelares, nas quais se exigia a prova mínima da existência da relação jurídica ensejadora da produção do documento.”

de sigilo venham a ser obtidas de outra forma, que não por ordem judicial, a ser deferida na antecipação da prova.

3. Prova emprestada: conceito, fundamento e aplicação

A prova emprestada é aquela produzida originariamente num processo, que vem a ser utilizada em outro subsequente, por razões de: (i) economia processual, visando, pois, a máxima efetividade da prova com o mínimo de atividade processual; e (ii) utilidade, dado que determinadas fontes de prova não se encontram mais disponíveis (v.g., a testemunha falecida ou desaparecida, a inviabilidade de nova perícia ante o desaparecimento dos vestígios, ou, simplesmente, por se tratar de provas produzidas em outros processos judiciais ou administrativos cujo refazimento seria impraticável ou muito oneroso.

Segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, a prova emprestada não vale quando colhida sem a participação da parte a quem deve afetar, mas não se exige plena efetividade do contraditório, bastando que a parte atingida tivesse tido ao menos ciência da existência dessa prova, com possibilidade de contrariá-la, ainda que não o tenha feito.⁴⁷⁷ Não se exige, por óbvio, identidade do juízo, o que frustraria o próprio conceito de prova emprestada, baseado nos princípios da unidade de jurisdição e da economia processual.

Conquanto o CPC não tenha aplicação subsidiária ao processo arbitral, a utilização da prova emprestada, rotineiramente aceita, passou a ser expressamente prevista no seu art. 372: *O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.*

Daí que nada impediria, a princípio, a utilização, no procedimento arbitral, de uma prova colhida num processo judicial ou administrativo, respeitados alguns requisitos, como: (i) Identidade de objeto ou de fato (ii) quanto às partes, não é necessário que ambas tenham participado do processo de origem, bastando que ali tenha figurado a pessoa atingida, em desfavor de quem será produzida a prova; (iii) impõe-se, contudo, que o processo anterior tenha se desenvolvido sob o crivo do contraditório; (iv) possível, ainda, a utilização da prova

⁴⁷⁷O STJ tem entendido que a prova emprestada de outra ação penal somente pode ser valorada se ambas as partes tiveram integral ciência e se houve a possibilidade do exercício do contraditório. RHC 20.372/SP, j. 24.05.2007, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. A matéria já se encontra sumulada no âmbito disciplinar: Súmula 591 É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

emprestada por terceiro não participante do primeiro processo, como nos casos de perícia em acidente aéreo, que serve às famílias das vítimas, ou de uma tragédia ambiental, em que a prova aproveitará a todos os atingidos.

Questiona a doutrina a validade da prova trasladada de inquérito policial, por nele não se verificar a observância do contraditório⁴⁷⁸. Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a par de recomendar a utilização da prova emprestada sempre que possível, desde que mantida a garantia do contraditório⁴⁷⁹, tem admitido a prova colhida inquisitorialmente, que somente deve ser afastada “quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório”, não se afastando “por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova”.⁴⁸⁰

Excluem-se do empréstimo, contudo, *a priori*, as provas: (i) nulas (v.g., perícia por não perito; processos onde não houve citação do interessado); (ii) ilícitas ou imorais; (iii) a ilegítima somente admissível no processo originário (depoimento de cônjuge – CPC 447, § 2º, inc. I); (iv) produzidas perante juízo incompetente: CF, 5º, LIII; e (v) referentes a fatos ocorridos no estrangeiro, pela eventual inadmissibilidade de meios contrários ao ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o *lie detector*).

4. Meios de prova atípicos e inominados. Interceptação telefônica, gravação clandestina e interceptação ambiental e de fluxos telemáticos

Já esgotada, alhures, a questão da atipicidade da prova, calha enfocar alguns meios atípicos que tem lugar em processos de natureza diversa, mas que por força do instituto da prova emprestada, poderiam ter seus elementos de fato trazidos para o processo arbitral, a considerar-se a questão de sua inadmissibilidade.

4.1. Interceptação telefônica

⁴⁷⁸A propósito, Arlete Inês Aurelli, Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *In*: DIDIER, Fredie (Coord.). *Direito probatório*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 389 e ss. Nesse sentido, RJTJESP 99/201 e JTJ 202/171.

⁴⁷⁹REsp 617.428, Rel. Min. Nancy Aldrighi, j. 4.6.14.

⁴⁸⁰REsp 849.841, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.8.07.

A interceptação, ato ou efeito de interceptar (de *inter* e *capiro*), tem, etimologicamente, entre outros, os sentidos de: “1. Interromper no seu curso; deter ou impedir na passagem; 2. Cortar, interromper: interceptar comunicações telefônicas”.⁴⁸¹

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como *ato de terceiro*, de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las – com consequências penais –, quer para delas apenas *tomar conhecimento* – nesse caso, também com reflexos no processo.

Prevalece, enquanto meio de obtenção de prova, o conceito de interceptação como *intervenção*, para tomar conhecimento, que representa, em sentido amplo, violação do direito à liberdade ou inviolabilidade do sigilo ou segredo das comunicações pessoais privadas⁴⁸², como matriz constitucional (CF, art. 5º inciso XII).

A conversa telefônica interceptada, que é o objeto da prova, pode ser provada por vários meios, até pelo testemunho do interceptador. Em se tratando, todavia, de interceptações autorizadas por autoridade judiciária, o resultado da operação técnica deve revestir-se de forma documental (mediante a transcrição ou *degravação* dos diálogos), como previsto na Lei federal 9.296, de 1996, que regulamenta o inciso XII do art. 5º. da CF, para fins de investigação policial ou instrução processual penal, mediante autorização judicial fundamentada e outros requisitos formais.

A lei brasileira não permite a interceptação telefônica no processo civil (não penal)⁴⁸³, mas o resultado dessa prova, produzida em ação penal ou de improbidade

⁴⁸¹Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1986. p. 957.

⁴⁸²RODRIGUES, Benjamim Silva. *Das escutas telefônicas*. Coimbra: Tipografia Guerra, 2008. t. 1, p. 90-91. Prefere o autor, por isso o termo escuta telefônica, que, todavia, na doutrina pátria tem sido reservado à hipótese de conhecimento de uma conversação por terceiro, mediante o conhecimento de um dos interlocutores. Como ocorre no caso de sequestros. Refere, ainda, o autor, à p. 131 e ss., que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem interpretado a expressão “vida privada e familiar” contida no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) de forma abrangente, de modo a incluir a proteção contra as intervenções nas comunicações.

⁴⁸³Excepcionalmente, a Terceira Turma do STJ pronunciou-se sobre a admissibilidade da interceptação telefônica no âmbito não penal, no julgamento do HABEAS CORPUS Nº 203.405 - MS (2011/0082331-3). O habeas corpus preventivo foi impetrado pelo responsável pela execução da quebra de sigilo em uma empresa telefônica, que se recusou a cumprir determinação judicial para apurar incidente de natureza civil, porque a Constituição, regulamentada neste ponto pela Lei nº 9.296/96, permite apenas a interceptação para investigação criminal ou instrução processual penal. A medida foi determinada em processo cível, que tramitou perante a 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande. Ficou constatado que o ato impugnado retrata hipótese excepcional, em que se cogitou, até mesmo, a possibilidade de desaparecimento de menor (criança), havendo demais provas nos autos que atestaram a tentativa do paciente em se furtar da justiça, sem

administrativa tem sido admitido no processo civil como prova emprestada⁴⁸⁴.

4.2. Gravação clandestina

Distingue-se, neste passo, a interceptação telefônica da gravação clandestina: enquanto aquela é realizada por terceiro, esta é obtida por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro participante da conversa. A lei 9.296, de 1996 não prevê a gravação clandestina, por não importar em interferência no sigilo das comunicações, não se submetendo, pois, à mesma disciplina legal.

Na Europa Continental, por força de disposições penais concernentes à proteção contra gravações e fotografias ilícitas, a doutrina tem dispensado maior atenção ao tema, a ponto de reconhecer-se um *vero e próprio direito à palavra falada*.

Diversamente do Código Penal Português, que incrimina as *gravações não consentidas* (art. 199º)⁴⁸⁵, separadamente em relação aos crimes de *devassa* e *indiscrição* (art. 178º e 180º), o Código Penal alemão, no § 201, tipifica a violação da *confidencialidade da palavra* (*Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes*)⁴⁸⁶.

respeito ao Poder Judiciário. O TJ/MS considerou, assim, que é possível a interceptação na esfera civil quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, como no caso julgado, em que foram expedidas, sem êxito, diversas cartas precatórias para busca e apreensão da criança. O órgão assinalou que o caso põe em confronto, de um lado, o direito à intimidade de quem terá o sigilo quebrado e, de outro, vários direitos fundamentais do menor, como educação, alimentação, lazer, dignidade e convivência familiar. A posição do STJ será comentada no capítulo dedicado ao cânone da proporcionalidade.

⁴⁸⁴É possível a utilização de prova produzida em ação penal, consistente em interceptação de comunicações telefônicas autorizadas judicialmente em feitos cíveis, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o particular” (RT 843/371). “É possível o uso emprestado em ação de improbidade administrativa do resultado de interceptação telefônica em ação penal” (REsp 1.163.499, Rel. Min. Mauro Campbell, j. 21.9.10).

⁴⁸⁵PORTUGAL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.codigopenal.pt/>.

Art. 199º - Gravações e fotografias ilícitas

1 - Quem sem consentimento:

a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou

b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que lícitamente produzidas;

é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem, contra vontade:

a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou

b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que lícitamente obtidos.

⁴⁸⁶Em livre tradução: “Seção 201 Violação da Confidencialidade da Palavra

(1). Uma pena de prisão de até três anos ou multa será imposta a qualquer pessoa que não esteja autorizada a
1. captar a palavra não-pública falada de outro em um fonograma, ou

Entretanto, em meio à divergência doutrinária sobre erigir-se em bem jurídico a *confidencialidade* da palavra ou o próprio *direito à palavra falada*, prevalece a formulação do Tribunal Constitucional Federal alemão, reconhecendo este direito, que assiste “a todo homem – e só a ele- de decidir quem pode gravar a sua voz bem como, e uma vez registrada num gravador, se e perante quem a sua voz pode ser, de novo, ouvida”⁴⁸⁷.

Segundo Manuel da Costa Andrade, trata-se, aqui, da *confiança na volatividade da palavra*, de impedir “que aquilo que se pretendeu que fosse apenas uma expressão fugaz e transitória da vida se converta num produto registrado e susceptível de ser utilizado a todo tempo”. Isso se faz em “proteção da conexão das palavras entre si com a respectiva atmosfera (lugar, tempo, e demais circunstâncias da expressão)”. O que, em determinados contextos – acrescentamos -, daria margem a extrair-se da gravação um diferente sentido em relação ao das palavras originariamente proferidas.

Daí que, segundo Manuel da Costa Andrade, o bem jurídico tutelado no crime de gravações ilícitas seria “a própria palavra falada (...) não interessando o seu conteúdo, se representa ou não um segredo, se exprime uma ideia própria ou um pensamento alheio”.⁴⁸⁸

Dada a ausência de previsão nesse sentido no ordenamento brasileiro⁴⁸⁹, o que importaria na inadmissibilidade, *a priori*, das gravações clandestinas, são estas, em

2. uma gravação produzida dessa forma é usada ou disponibilizada a terceiros.

(2) Uma penalidade também deve ser aplicada para quem:

1. ouve a palavra não pública de outra pessoa com um dispositivo de interceptação que não é conhecido por ele, ou

2. a palavra de outro falado em público, que foi registrada de acordo com o parágrafo 1º (1) ou interceptada de acordo com o parágrafo 2 (1) não mais do que isso, é falada publicamente na redação ou em seu conteúdo essencial.

O ato previsto na primeira sentença da segunda sentença só é punível se a comunicação pública estiver sujeita a afetar os interesses legítimos de outra. Não é ilegal se a comunicação pública for feita para defender interesses públicos pendentes. 3. Uma pena privativa de liberdade de até cinco anos ou multa será imposta a qualquer pessoa que, como funcionário público ou como pessoa particularmente obrigada ao serviço público, viole o sigilo da palavra (parágrafos 1 e 2). (4) A tentativa é um crime. 5. Os fonogramas e os equipamentos de escuta utilizados pelo autor ou assinante podem ser confiscados. Seção 74a deve ser aplicada.”

⁴⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 245.

⁴⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 246.

⁴⁸⁹ O Código Civil assim dispõe: Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. O Código Penal, todavia, não tratou da matéria. Assim, a divulgação da palavra ou da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a requerimento do interessado, mas nada impediria, a princípio, a sua exibição em juízo, cabendo ao juiz apreciar a sua admissibilidade à luz dos parâmetros vigentes, que se encontram no artigo 5º, inciso X da CF.

princípio, utilizáveis, pois qualquer pessoa pode gravar a *própria* conversa⁴⁹⁰. A questão que se coloca, na doutrina e na jurisprudência, é a de se esse meio de prova pode ser considerado legal (e mesmo moral e legítimo) em determinadas situações, daí preconizar o Superior Tribunal de Justiça que a análise sobre a validade da prova seja feita caso a caso⁴⁹¹.

Assim, por exemplo, na esfera penal a gravação clandestina não é admitida quando realizada por agente policial, por violação ao direito ao silêncio do acusado, que nada revelaria se soubesse se encontrar diante de uma autoridade⁴⁹².

Já, no processo civil, o critério para admissibilidade da gravação clandestina tem sido o da distinção em relação à figura da interceptação telefônica. Inexistindo a figura do terceiro, estranho à conversa, a gravação vem de ser admitida nas questões envolvendo negócios por *telemarketing*, ou reclamações de consumidores nos SAC das empresas, mas repelida em processos de direito de família quando utilizadas para obter declaração de incapazes ou quando vier causar danos a terceiros (privacidade e sigilo comercial ou profissional) e ainda, sob o aspecto moral da sua obtenção, se de alguma forma visam induzir o interlocutor a fornecer uma resposta que pode ser interpretada em seu prejuízo (*leading questions*). Também se reconheceu inadmissível a prova quando não esclarecida a origem de sua obtenção.⁴⁹³

⁴⁹⁰Conforme escrevemos, em nossa Dissertação de Mestrado: “Assim, não se submetendo a gravação clandestina à disciplina da interceptação telefônica, e reconhecendo-se o direito de toda pessoa de gravar a própria conversa, o seu resultado pode ser validamente admitido no processo – de qualquer natureza (civil, penal, administrativo...) – desde que não configure prova ilícita. Vale dizer, se a sua obtenção não violar princípios e garantias constitucionais, voltados à preservação da dignidade humana, que inclui valores como a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, a inviolabilidade do domicílio, a vedação da tortura e tratamentos desumanos e degradantes, e o direito ao silêncio (proteção contra autoincriminação), entre outros. Também será ilícita a prova que ferir preceitos de direito material: penal, civil, administrativo etc. Assim, por exemplo, quando ocorrer divulgação de segredo ou violação do sigilo profissional (arts. 153 e 154 do CP).”

⁴⁹¹STJ, HC 57.961/SP (2006/0085861-4), 5.ª T., j. 21.06.2007, rel. Min. Felix Fischer, DJ 12.11.2007).

⁴⁹²Prova obtida por meios ilícitos: invocação do art. 5.º, LVI, da CF: improcedência: precedentes inaplicáveis. À espécie – gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheceriam – não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas – base dos precedentes recordados – mas, em tese, o direito ao silêncio (CF, art. 5.º, LXIII), corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual, entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de corréus; acresce que, no caso, à luz da prova, a sentença concluiu que os indiciados estavam cientes da gravação e afastou a hipótese de coação psicológica” (STF, HC 69.818/SP, 1.ª T., j. 03.11.1992, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.11.1992). No mesmo sentido: STF, HC 80.949/RJ, 1.ª T., j. 30.10.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001.

⁴⁹³2.º TACivSP, AgIn 209.028.2/SP, j. 20.05.1987, v.u., rel. Juiz Batista Lopes, Boletim AASP 1494, 05.08.1987, p. 185-186, com referência à lição de Hermano Duval (artigo publicado na RT 252/385), que observa que “a lei civil não cuidou de dizer o que seja o meio moralmente lícito, deixando ao exegeta tal incumbência (...) Assim, quer-nos parecer que a gravação feita através de fita magnética de própria conversação com terceiro e mediante o emprego de meios comuns (vale dizer, não interceptação) deva ser mantida como prova, uma vez que não há quebra de privacidade de quem quer que seja, pois, como se disse, trata-se de gravação da própria conversação”. (A propósito, o relator do acórdão, juiz João Batista Lopes, em obra escrita com Paulo Heber de Moraes (*Da prova penal*. 2. ed. Campinas: Copola, 1994, nota 264), sustentava a inconstitucionalidade das leis que restringem a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações.) No mesmo sentido, decisão do TJSP, publicada na RT 573/110.

Em regra, qualquer pessoa pode gravar a própria conversa e utilizá-la para prova do seu direito, independentemente do consentimento do interlocutor⁴⁹⁴. A questão da validade da gravação clandestina, assim como de outros meios de obtenção de prova, prende-se à eventual existência de conteúdo sigiloso, cuja revelação possa importar em quebra do sigilo profissional ou empresarial, hipótese em que a prova poderia ser reputada ilícita, por vulnerar princípios constitucionais, como os da livre iniciativa e da livre concorrência, que dependem

Mencione-se, ainda, as seguintes ementas de julgados relativos à admissibilidade da gravação clandestina como meio de prova no processo civil:

1. Perito judicial. Quebra de confiança e suspeição processual. Antecipação do resultado do seu trabalho à parte. Ementa oficial: Perito que atua como auxiliar de confiança do Juízo, em matéria de conhecimento técnico, deve manter equidistância dos interesses em litígio, sendo-lhe vedado adiantar às partes resultado do seu trabalho, sob pena de incorrer em quebra de confiança e suspeição processual. Prova. Gravação de conversa telefônica própria envolvendo terceira pessoa, ainda que eticamente reprovável, pode ser admitida como prova, constatada sua autenticidade, sendo legítima para autorizar recusa de laudo oficial (2.º TACivSP, AgIn 450.700-00/8, 7.ª Câmara, j. 19.12.1995, rel. Juiz Demóstenes Braga, RT 731/334).

2. Prova. Gravação magnética de conversa telefônica. Admissibilidade. Parte que é interlocutora. Obtenção por meio lícito. Declarações de votos. A gravação de fita magnética de conversa telefônica, em que a parte é interlocutora, não pode ser tida como resultante de meio ilícito. E as provas, enquanto obtidas licitamente, devem ser admitidas em juízo (TJSP, AgIn 187.942.1/8, 8.ª Câmara, j. 03.02.1993, rel. Des. Fonseca Tavares RT 669/70).

3. Processo civil. Prova. Gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. Requerimento de juntada da fita, após audiência da testemunha, que foi deferido pelo juiz. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no art. 332 do CPC, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou a escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo, em termos de apuração da verdadeira material (“a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”). Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 9012/91, 3.ª T., j. 24.02.1997, rel. Min. Claudio Santos, rel. p/ o acórdão Min. Nilson Naves, DJ 14.04.1997).

4. Prova. Documento. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores sem interferência de terceiro. Meio lícito e moralmente legítimo. Admissibilidade. Entendimento do art. 5.º, X, XII e LVI, da CF, e dos arts. 332 e 383 do CPC. Autor de demanda de cobrança de corretagem que toma a iniciativa de gravar conversa telefônica a respeito de atos negociais do processo com a outra parte demandada não é terceira pessoa estranha aos interlocutores. A reprodução do diálogo, por isso, pode ser utilizada como prova sem que haja quebra do sigilo das comunicações telefônicas ou da intimidade do segundo interlocutor (2.º TACivSP, AgIn 744.062-00/7, 5.ª Câmara, j. 29.05.2002, rel. Juiz S. Oscar Feltrin). 5. Ação declaratória. Nulidade de ato jurídico. Prova. Gravação de fita magnética. Obtenção por um dos interlocutores. Requisito da clandestinidade. Ausência. Admissibilidade. Prova. Pretensão a que a prova abranja perícia em fita magnética que contém gravação de conversas mantidas entre as partes. Ausência do requisito da clandestinidade. Possibilidade de sua produção, inclusive aquela de natureza oral (TJSP, AgIn 730.753-00/1, 8.ª Câmara, j. 27.3.2002, rel. Juiz Kioitsi Chicuta).

6. Prova. Documento. Gravação de conversa telefônica por advogado. Terceira pessoa estranha aos interlocutores. Não caracterização. Meio lícito e moralmente legítimo. Admissibilidade. Entendimento da Constituição Federal e do art. 332 do CPC. Advogado de uma das partes demandantes em Juízo e que toma a iniciativa, em nome do cliente, de gravar conversa telefônica a respeito de atos negociais do processo com a outra parte não é terceira pessoa estranha aos interlocutores. A reprodução do diálogo, por isso, pode ser utilizada como prova sem que haja quebra do sigilo das comunicações telefônicas ou da intimidade do segundo interlocutor (STJ, AgIn 635.534-00/9, 5.ª Câmara, j. 03.05.2000, rel. Juiz S. Oscar Feltrin).

Veja-se, também, o julgado publicado na RT 635/208, considerando inadmissível prova consistente em gravação magnética, sem explicação convincente sobre a forma pela qual foi obtida.

⁴⁹⁴Nos Estados Unidos da América, a prática denominada *consensual wiretapping* pelo participante de comunicação oral não é vedada pelo estatuto federal ou pelos estatutos da maior parte dos Estados que incorporaram o *one party consent standard*. Apenas alguns Estados adotam o critério do *two party consent*, pelo qual todos os participantes devem render seu consentimento para tornar legítima a interceptação consensual. Cf. GIFIS, Steven H. *Law dictionary*, cit., p. 530.

da proteção desses segredos⁴⁹⁵.

4.3. Gravação ambiental

Denomina-se gravação ambiental, a distinguir-se da gravação clandestina, o registro da conversa entre presentes realizada *ao vivo*, sem utilização de linhas telefônicas.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão de 19 de novembro de 2009, que cuidou do julgamento da Repercussão Geral por Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº 583.937 – RJ, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, fixou o entendimento no sentido de que “é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro”.

Contudo, a dicção - e o alcance - dessa conclusão não é tão singela como parece, ensejando dupla análise: (i) dos fundamentos do v. acórdão e, (ii) do caso concreto em que se pretende a sua aplicação. Na fundamentação do voto, o I. Relator partiu da distinção adrede enunciada, entre interceptação e gravação clandestina, para concluir que a esta não se aplica a disciplina da Lei 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do art. 5º. da Constituição Federal, mas o inciso X, que tutela o direito a intimidade.

Afirma, a seguir, a licitude do ato de gravar a própria conversa, equiparando, assim, a admissibilidade da gravação ambiental à da gravação clandestina, apontando, contudo, fundamental condição, qual seja, a de não pesar contra tal divulgação razão jurídica de sigilo ou de reserva:

“A respeito, a Corte já acompanhou voto que, como Relator, proferi no julgamento do RE n. 402.717 (DJe de 13. 02. 2009), e que passo a reproduzir, por ser de todo aplicável ao caso:

‘Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorre de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. (g.n.)’

A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º., XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a

⁴⁹⁵FONSECA. Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira, *cit.*, p. 514.

interceptação ilícita.”

Por força desse entendimento vinculante da Suprema Corte, a gravação ambiental, portanto, jamais poderia ser aceita numa situação em que não se caracterizou o exercício de legítima defesa, portanto, sem justa causa.⁴⁹⁶

Decorre, a *contrario sensu*, que somente quando a gravação fosse eventualmente utilizada no exercício de legítima defesa poderia vir a excluir-se a sua ilicitude, o que, absolutamente, não ocorre em todos os casos. Cumpre, pois, analisar as circunstâncias fáticas, vale dizer, do caso concreto, pois é esse juízo dos fatos que vai ensejar a atividade de *distinguishing*, ou seja, a que implica “em justificar o porquê do afastamento dos fundamentos determinantes constantes nos precedentes invocados pela parte à luz de sua aplicação ao caso concreto”.⁴⁹⁷

4.4. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

A interceptação e captação ambientais de sons e imagens, que se realizam ao vivo, era prevista na Lei de Combate ao Crime Organizado sob a denominação de *captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos*⁴⁹⁸, sem previsão de procedimento próprio, que passou a ser disciplinado pela Lei de Interceptação Telefônica (Lei 9.296, de 1996), no

⁴⁹⁶EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (AI 503617 AgR / PR - Relator: Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 01/02/2005). (grifos nossos)

EMENTA: Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. (RE 212081 / RO - Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI - Julgamento: 05/12/1997). (grifos nossos)

⁴⁹⁷Cf. CASTRO, Daniel Pentead de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; SOUZA, André Pagani de; MOLLICA, Rogério. Os critérios de análise do *distinguishing* como fundamento ao cabimento de embargos de declaração. Migalhas, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/276834/os-criterios-de-analise-do-distinguishing-como-fundamento-ao-cabimento-de-embargos-de-declaracao>.

⁴⁹⁸Art. 3º, I da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

art. 8-A, incluído pela Lei 13.964, de 2019 (denominada Pacote Anticrime).

A medida destina-se à investigação ou instrução criminal, de crimes cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos e infrações conexas, pressupondo autorização judicial quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada, importando em violação do domicílio ou da privacidade do investigado. A reserva jurisdicional não se faz necessária se a captação ocorre em local público, ou no interior de repartição pública⁴⁹⁹, constituindo crime a realização dessa medida na hipótese inversa, quando necessária a autorização judicial⁵⁰⁰.

4.5. Divulgação do conteúdo de negociação privada: a regra do *without prejudice*

Questão que pode ter repercussão direta em relação à prova na arbitragem diz respeito à aplicação da denominada regra do *without prejudice* (WP). A regra, haurida da tradição britânica, foi criada para favorecer a celebração de um acordo entre as partes, como alternativa ao ingresso em juízo heterocompositivo (justiça estatal ou arbitragem)⁵⁰¹. É fundada na preocupação de evitar-se que declarações ou propostas realizadas no âmbito das negociações sejam posteriormente apresentadas perante uma Corte como prova contrária, ou como forma de responsabilizar a parte que as produziu.

Assim, sob essa regra, tudo o que for praticado ou dito em negociações realizadas não poderá mais tarde ser usado em desvantagem de uma das partes.

⁴⁹⁹STF, HC 87.341/PR, 1.ª T., j. 07.02.2006, rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 03.03.2006). No mesmo sentido: STF, RHC 108.156, 1.ª T., j. 28.06.2011, rel. Min. Luiz Fux, *DJE* 10.08.2011.

⁵⁰⁰Art. 10-A da Lei 9.296, de 1996, incluído pela Lei 13.964, de 2019. O § 1º exclui o crime se a captação for realizada por um dos interlocutores. A inovação é polêmica e milita contra o direito ao silêncio do acusado, além de contrariar a orientação mais restritiva para admissão da gravação clandestina (equiparada à gravação ambiental), de que somente se a gravação fosse eventualmente utilizada no exercício de legítima defesa poderia vir a excluir-se a sua ilicitude, tese adotada na Repercussão Geral por Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº 583.937, acima comentada.

⁵⁰¹PASQUA, Gabriela Celidonio. Estudo sobre a regra do *without prejudice* e suas exceções no *common law* quando tratamos de métodos consensuais de resolução de disputas. Disponível em: <https://www.paschoa.adv.br/post/novo-precedente-da-corte-inglesa-sobre-confidencialidade-e-adr-s>. “O clássico conceito da regra WP endossada pela Casa dos Lordes (House of Lords) na fala do Lorde Griffiths no ano de 1989, aduz sucintamente ser essa a regra que governa a admissibilidade de evidências e que encontra amparo na política pública Inglesa. WP é um termo que significa: “sem prejuízo de qualquer direito ou reivindicação”.”

A regra, de certo modo, integra nosso sistema legal, dispondo a respeito o artigo 30 da Lei de Mediação, ao tratar da *confidencialidade* e suas exceções, vedando, em relação a terceiros, a divulgação de qualquer informação e sua utilização em processo judicial ou arbitral. Salvo nas seguintes hipóteses, quais sejam: (i) por decisão das partes de forma diversa; (ii) por exigência legal; e (iii) para cumprimento do acordo obtido pela mediação.⁵⁰²

No sistema britânico, as exceções ao cumprimento da regra WP foram bem sintetizadas no caso *Unilever Plc v Procter and Gamble Co*, julgado em 2000, podendo ser admitidas como prova comunicadas lastreadas com a regra WP em três hipóteses: (a) *Muller Exception*: quando resultaram num acordo ou compromisso concluído; (b) *Estoppel Exception*: mesmo sem um acordo concluído, para demonstrar como a parte pretendeu agir ou que a parte anuiu ao acordo; e, (c) *Fraud Exception*: para demonstrar que um acordo aparentemente concluído entre as partes deve ser anulado por motivo de falsificação, fraude ou influência indevida para seu cumprimento.

Nesse sentido, a Corte Superior de Justiça Inglesa (*The High Court of Justice*) considerou que documentos produzidos em mediação sob a regra WP deveriam ser admitidos em ação judicial para defesa contra alegações de fraude⁵⁰³. No caso, as informações obtidas na fase de negociação foram admitidas sob a excludente da *Fraud Exception*, sob uma perspectiva ampliada da exceção, pois a Corte entendeu que se é possível admitir evidências para provar fraude, também deveria ser possível admiti-las para demonstrar que não houve fraude.

De todo modo, se informações originárias da mediação, sob o manto da confidencialidade, vierem a ser apresentadas como prova em processo arbitral ou judicial, sem respaldo nas exceções legais, por violação ao disposto no *caput* do artigo 30 da Lei da Mediação - LM, serão consideradas inadmissíveis (artigo 30, § 2º da LM), salvo, ainda, se relativas à ocorrência de crime de ação pública (artigo 30, § 3º da LM).

Serão consideradas, portanto, provas ilegítimas, acarretando a sua nulidade⁵⁰⁴. Tal,

⁵⁰²Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

⁵⁰³O precedente, de 2011, que versa sobre o caso *Berkeley Square Holdings v Lancer Property Asset Management Ltd* pode ser acessado em HIGH COURT OF JUSTICE. Business and Property Courts of England and Wales. Business List (ChD), *Berkeley Square Holdings & Ors v Lancer Property Asset Management Ltd & Ors*. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/1015.html>.

⁵⁰⁴Em sentido diverso, entendem Ada Pellegrini Grinover e Valéria Ferioli Lagrasta, (Art. 30. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coords.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo*.

contudo, não excluiria a possibilidade de reapresentação da prova, se passível de refazimento (nova perícia, p. ex.) ou de obtenção de uma fonte lícita (como prova emprestada, ou de oriunda de bancos de dados públicos, p. ex.).

Apenas na hipótese da exceção fundada em fraude, não contemplada pela LM, poderia se cogitar de prova ilícita, diante da precedente ocorrência de violação de direitos fundamentais de uma das partes. Suponha-se que determinado documento apresentado no curso da mediação, e somente ali apresentado, tivesse sido obtido por violação do domicílio ou tenha ocorrido a obtenção de mensagens ou dados sigilosos por obra de *hackers*. Nesse caso, dada a origem ilícita da prova, não poderá ser considerada para fins de embasar a decisão arbitral.

4.6. Intercepção de fluxos telemáticos, privacidade e proteção de dados

De há muito, como registra o jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti, a doutrina vinha se preocupando em regulamentar o controle sobre o uso de dados informáticos, que podem afetar a intimidade de diversas formas:

- “- o recolhimento e o armazenamento de dados sem o consentimento do titular;
- o acúmulo de informação normativa não veraz ou falsa;
- a utilização de informação nominativa com finalidade distinta daquela para a qual foi subministrada;
- a subsistência do dado caduco.”⁵⁰⁵

A CF brasileira, no inciso XII do art. 5º. autorizou tão somente, por via da intercepção telefônica, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Mas a Lei 9.296, de 1996, pretendeu regulamentar também a intercepção de dados, o que, segundo boa parte da doutrina se afigura inconstitucional, pois somente seria possível a quebra judicial do sigilo

Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. p. 160), que “a prova apresentada em desacordo com o estipulado no citado § 2º do art. 30 da LM será considerada prova *ilícita*. Trata-se, a rigor, de prova ilegítima, porque contraria frontalmente disposição de natureza processual, qual seja, a regra da confidencialidade do procedimento, não ofendendo, necessariamente, normas de direito material. Sem embargo, em havendo precedente violação dessa ordem, pode vir a ser considerada ilícita.

⁵⁰⁵LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 496-497.

de dados estanques, e, não, da comunicação de dados, conforme já entendeu o STF.⁵⁰⁶

Somente com a edição da Lei 12.965, de 23.04.2014, denominada Marco Civil da Internet (MCI), estabeleceu-se uma base de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, assegurando, em seu art. 7.º, I a III, a inviolabilidade da intimidade e do sigilo⁵⁰⁷.

Referida lei foi sucedida pela Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶“Da minha leitura, no inc. XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’, e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse” (MS 21.729, Plenário, j. 05.10.1995, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.10.2001). No mesmo sentido: (...) 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. Não há violação do art. 5.º, XII, da Constituição, que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve ‘quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial” (RE 418.416-8/SC, Plenário, j. 10.05.2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.2006). Contudo, o art. 1º parágrafo 1º da Lei 9.296/96 não chegou a ser considerado inconstitucional, de modo que o sigilo das comunicações telemáticas continua a ser quebrado na prática, por ordem judicial.

⁵⁰⁷“Art. 7.º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;” Assegura-se, ainda, no art. 8.º, paralelamente ao direito à expressão nas comunicações, a garantia do direito à privacidade, como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet, prescrevendo a nulidade das cláusulas contratuais que contrariem essa condição, assim como que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet.

⁵⁰⁸Consoante alerta Marcos A. Perez (Invasão de privacidade chancelada por lei. *Revista Piauí*, Folha de S.Paulo, 29 set. 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/invasao-de-privacidade-chancelada-por-lei/#>), a LGPD brasileira fugiu do *standard* europeu, quanto ao uso e tratamento de dados pelo Estado brasileiro, dificultando a prova sobre eventuais abusos estatais: “Enquanto o regulamento europeu (art. 23) partiu da lógica de que todos têm perante o Estado o mesmo direito à proteção de dados que vigora em face de empresas privadas, salvo exceções que venham a ser criadas por lei expressa pela União Europeia ou pelos Estados-membros, a LGPD brasileira estabelece que as suas disposições em regra não serão aplicáveis “ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais” (art. 4º), além de dispensar o consentimento do titular dos dados, quando o tratamento e o compartilhamento destes pelo Estado forem necessários à execução de “políticas públicas” (art. 11). Traduzindo: o RGPD autoriza exceções que venham a ser criadas por lei e justificação específicas que respeitem o direito fundamental à proteção. Já a LGPD brasileira autoriza a priori que o Estado colete, trate e compartilhe dados. Não precisa de lei específica ou justificativa expressa, não há fiscalização, regras de transparência ou *accountability*, nada. Aqui é regra o que lá é exceção. (...) Sem que o cidadão desfrute, em face do Estado, das mesmas garantias que o consumidor tem perante as empresas de dados, só será possível reagir aos abusos muito tempo depois e, mesmo assim, somente na remota hipótese de que esses casos sejam descobertos. Sem que o Estado seja obrigado a observar

O MCI é o ato normativo que mais se aproxima da LGPD e que, por isso, manterá com esta um diálogo das fontes frequente, na proteção de dados na rede mundial de computadores. Apenas os dados pessoais tratados em meio externo à internet (e que não tenham alguma etapa do tratamento realizado por meio dela) não exigirão a interpretação e aplicação conjunta da LGPD e do MCI.

Mesmo enquanto ainda se discutia a questão do início da vigência da LGPD, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão histórica, ao reconhecer um direito autônomo à proteção de dados pessoais. O julgamento é considerado um marco, pois tornou expressa a tutela dos dados pessoais enquanto *direito fundamental*.⁵⁰⁹

Como entende Rafael Mafei Rabelo Queiroz, o direito à privacidade guarda relação com a proteção de dados, mas “não pode se reduzir a um mero aspecto daquele. Isso porque há condutas que são irrelevantes para o direito à privacidade, mas não para o direito da proteção de dados pessoais, e vice-versa.”⁵¹⁰

Com efeito, o direito à proteção de dados se preocupa com o “dado pessoal”, qual seja, qualquer informação relacionada a pessoa natural *identificada* ou *identificável*.⁵¹¹

procedimentos idênticos aos que a LGPD impõe às empresas privadas, não haverá controle dos processos de coleta, tratamento e compartilhamento de dados dos cidadãos, não haverá transparência, não haverá fiscalização. Nem ao menos haverá possibilidade material de verificação superveniente ou produção de prova sobre os eventuais abusos, já que não se obriga o Estado a manter rotinas voltadas à documentação e ao rastreamento dos procedimentos que vier a realizar”.

⁵⁰⁹A vigência da LGPD operou-se a partir de 18 de setembro de 2020. ADI 6387, 6388, 6389 MC/DF- Relatora: Min. ROSA WEBER. Conforme notícia veiculada no Informativo do STF n. 944, de 14.06.2019 “A Medida Provisória 954/2020 dispõe que os dados compartilhados “terão caráter sigiloso” e “serão utilizados exclusivamente para a finalidade prevista no § 1º do art. 2º”, e o art. 3º, § 1º, veda ao IBGE compartilhar os dados disponibilizados com outros entes, públicos ou privados. Nada obstante, a MP 954/2020 não apresenta mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento. Limita-se a delegar a ato do presidente do IBGE o procedimento para compartilhamento dos dados, sem oferecer proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo. Ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados, a MP 954/2020 não satisfaz as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção de direitos fundamentais dos brasileiros. A ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados é agravada pela circunstância de que, embora aprovada, ainda não está em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018).” Em outra decisão, o STF vedou a transferência imotivada de dados do Sistema Brasileiro de Inteligência para a Abin (ADI 6.529-DF).

⁵¹⁰QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 15, nov. 2019.

⁵¹¹Note-se que o conceito de *identificável* é dinâmico, pois está ligado à evolução tecnológica. MASSENO, Manuel David. Na borda: dados pessoais e não pessoais nos dois regulamentos da União Europeia. *Disciplinarum Scientia*, série: Sociais Aplicadas, Santa Maria, v. 16, n. 1, p. 41-55, 2020, informa que “a propósito da entrada em vigor do Regulamento LFD, a Comissão Europeia publicou as suas “Orientações sobre o regulamento relativo a um quadro para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia” (COM/2019/250 final, de 29 de maio), com referências específicas e desenvolvidas quanto a esta questão 13, concluindo que “[...] se determinados dados não pessoais puderem ser associados a uma pessoa de qualquer forma, tornando-os direta ou indiretamente identificáveis, devem ser considerados dados pessoais. [e, do

Assim, por exemplo, os dados públicos, sobre processos judiciais não protegidos por sigilo permitem a extração, de *dados sensíveis* sobre a saúde de pessoas determinadas. Nesse sentido, a LGPD determina, no artigo 7º, parágrafo 3º, que mesmo dados de acessos públicos, sendo dados pessoais, devem “considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público” que motivaram a sua disponibilização.

Assim, conclui Rafael Queiroz que “mesmo se não houver privacidade nesses casos, segue havendo proteção de dados pessoais”.

A consequência da utilização de material colhido de forma ilegal na Internet, ou seja, com violação do direito à intimidade ou das disposições do MCI, ainda não lhe seja dada publicidade, em se tratando de dados sensíveis, objeto de proteção da LGPD, será a inadmissibilidade da prova no processo, por sua ilicitude (art. 5.º, LVI, da CF/1988).

Não obstante, entendeu o Superior Tribunal de Justiça – STJ que o direito ao sigilo, conquanto constitua expressão do direito à privacidade e à intimidade, não é absoluto, podendo ser afastado quando presente interesse público relevante, relativo a dados estáticos que serviriam a investigação criminal em curso.⁵¹²

Dessa forma, aproveitando-se o exemplo referido, uma prova a princípio lícita, qual seja, a colheita de dados públicos, obtidos por simples consulta ao sítio eletrônico de um tribunal, pode revelar-se ilícita se a utilização indevida de tais dados, para finalidades estranhas à relação jurídica entre as partes, possibilitar a identificação de pessoas determinadas, com vistas a elementos sensíveis ali presentes, como informações sobre seu

mesmo modo] Aplicam-se as mesmas regras [as relativas ao tratamento de dados pessoais] quando a evolução da tecnologia e da análise de dados torna possível a conversão de dados anonimizados em dados pessoais.”
⁵¹²RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.302 - RJ (2019/0199132-0) DJe: 04/09/2020 - RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ RECORRENTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA - RECORRENTE: GOOGLE LLC - RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIOS EM DETERMINADA LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA. IMPOSIÇÃO QUE NÃO INDICA PESSOA INDIVIDUALIZADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA. OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO. (...) 7. Os arts. 22 e 23 do Marco Civil da Internet, que tratam especificamente do procedimento de que cuidam os autos, não exigem a indicação ou qualquer elemento de individualização pessoal na decisão judicial. Assim, para que o magistrado possa requisitar dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet, mostra-se satisfatória a indicação dos seguintes elementos previstos na lei: a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros. Não é necessário, portanto, que o magistrado fundamente a requisição com indicação da pessoa alvo da investigação, tampouco que justifique a indispensabilidade da medida, ou seja, que a prova da infração não pode ser realizada por outros meios, o que, aliás, seria até, na espécie – se houvesse tal obrigatoriedade legal – plenamente dedutível da complexidade e da dificuldade de identificação da autoria mediata dos crimes investigados.(...)

endereço, saldos bancários ou existência de veículos (extratos dos sistemas BacenJud, RenaJud ou InfoJud⁵¹³).

Importa considerar, em última análise, a validade da prova enquanto esclarecedora e útil, de modo que a dinamização dos atos processuais leve a uma resposta efetiva para a questão posta em disputa.

E esse ganho de eficácia, como salienta Flaviano Adolfo de Oliveira Santos⁵¹⁴, não pode importar na *perda da qualidade do processo*, seja pela inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, seja, acrescentamos nós, pela utilização de provas que atentem contra a dignidade da pessoa humana e outros direitos e garantias fundamentais (privacidade, inviolabilidade do domicílio, da correspondência e do sigilo telefônico e dados p. ex.) ou se afigurem, sob algum aspecto relevante no contexto, imorais, por violadoras do *fair play* (jogo limpo) entre as partes, a ser garantido pelo árbitro.

Essa contraposição, muito frequente, entre direitos fundamentais, suscita abordagem sucinta sobre a regra da proporcionalidade.

⁵¹³O BacenJud é um sistema que interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições financeiras, para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via internet. O Renajud é um sistema on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). Resultado de uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Receita Federal, o Programa Infojud (Sistema de Informações ao Judiciário) é um serviço oferecido unicamente aos magistrados (e servidores por eles autorizados), que tem como objetivo atender às solicitações feitas pelo Poder Judiciário à Receita Federal.

⁵¹⁴SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. *Revista Direito Mackenzie*, v. 7, n. 2, p. 22-39, 2013.

VI. APLICAÇÃO DO CÂNONE DA PROPORCIONALIDADE

1. O cânone ou regra da proporcionalidade

Cabe, neste passo, analisar, nos lindes do objeto desta Tese, a aplicação do - por muitos denominado - *princípio*, que preferimos tratar por *cânone* ou *regra da proporcionalidade*.

O apelo à proporcionalidade surge, segundo Jorge Miranda, na presença de dois ou mais bens jurídicos que ensejam realização, “sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática”⁵¹⁵

É ainda controvertida, na doutrina, a própria caracterização do instituto, havendo autores que tratam a *proporcionalidade* como sinônimo da *razoabilidade*, divergindo apenas nas origens (alemã daquela e norte-americana desta)⁵¹⁶ e constitucionalistas, como Virgílio Afonso da Silva que, baseado na teoria de Alexy, distingue as regras dos princípios, entendendo que seria mais correto falar em *regra da proporcionalidade*⁵¹⁷.

Conforme a lição de Robert Alexy, os princípios, enquanto *mandamentos de otimização*, podem ser satisfeitos em graus variados, dependendo a sua satisfação não somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas⁵¹⁸.

No âmbito das possibilidades jurídicas, há que se considerar as colisões entre princípios e os conflitos entre regras, ou seja, entre duas normas, que, “se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si”.

⁵¹⁵MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 325.

⁵¹⁶Assim p. ex., STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000; BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 137: "Nos Estados Unidos, onde é denominado Princípio da Razoabilidade, o Princípio da Proporcionalidade foi fruto da grande liberdade de criação do Direito que o sistema federal-republicano norte-americano concede, até hoje, aos seus juízes." No mesmo sentido, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, cit., p. 151.

⁵¹⁷SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Como refere o autor: “Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres prima facie, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas"; são, por conseguinte, mandamentos de otimização.”

⁵¹⁸ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 90.

No conflito entre regras - que são normas que devem ser sempre satisfeitas ou insatisfeitas -, a sua solução exige a presença de uma exceção, a eliminar o conflito, ou que uma das normas seja considerada inválida. Assim, por exemplo, as regras *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Na conhecida decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o horário de funcionamento das lojas, entendeu-se que, entre a ordenação federal e a legislação do Estado de Baden, descartada a hipótese de considerar-se esta norma como exceção daquela, seria de rigor a declaração de nulidade da norma de direito estadual.⁵¹⁹

Diversamente, na colisão entre princípios, que ocorre quando algo é permitido por um princípio e proibido por outro, a solução é que um dos princípios deverá ceder, sem que o princípio cedente seja considerado inválido. Enquanto no conflito entre regras se leva em conta a sua *validade*, na colisão entre princípios o que conta é a dimensão do *peso*.

Num primeiro exemplo, citado por Robert Alexy, discutia-se a possibilidade de realização de uma audiência na presença do acusado, que, devido à tensão desse procedimento, correria o risco de sofrer um derrame cerebral ou infarto. O princípio da operacionalidade do direito penal se contrapunha, então, ao dever do Estado de manter, na medida do possível, a vida e a integridade física do réu. Ali, a solução exigiu o estabelecimento de uma relação de *precedência* incondicionada ou condicionada, ou de precedências “abstratas” ou “absolutas”.

Sob uma formulação menos técnica, equivaleria a dizer que as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o *suporte fático* de uma regra que estabelece a consequência jurídica desse princípio. No caso citado, a conclusão, foi expressa no seguinte enunciado:

“se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição”.⁵²⁰

O caso Lebach confirmaria esse entendimento. Tratava-se da exibição de um documentário pela rede de televisão ZDF, intitulado “O assassinato de soldados em Lebach”, em que se pretendia contar a história de um crime: quatro soldados do exército alemão foram

⁵¹⁹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 93-94.

⁵²⁰*Id. Ibid.*, p. 98-99.

mortos enquanto dormiam, perto da cidade de Lebach, para terem as armas subtraídas. Um dos condenados, que estava para ser libertado da prisão, alegava que a exibição do programa prejudicaria a sua ressocialização. Após ter o pedido de suspensão da exibição da matéria negado em nível estadual, o autor ajuizou uma reclamação constitucional dessas decisões, na qual o Tribunal Constitucional Federal, numa primeira etapa, após identificar a colisão do princípio da liberdade de informar pela radiodifusão com o da proteção da personalidade, sustentou, numa segunda etapa do raciocínio, a precedência da liberdade de imprensa, em se tratando de “uma informação atual sobre atos criminosos”. Mas, ao final, numa terceira etapa, constatou a Corte que:

“no caso “da repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação”, que “coloca em risco a socialização do autor” (...), a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia”.⁵²¹

Assim, como entendem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, na ausência de reservas legais que autorizem a limitação pelo legislador de um direito fundamental, este poderá sofrer limitação pelo chamado “direito constitucional de colisão ou colidente”, não se podendo falar, bem por isso, em direito fundamental “ilimitado”.⁵²²

Para se proceder a essa limitação, utiliza-se a regra ou cânone da proporcionalidade, atuando como “método para a justificação de intervenções em direitos fundamentais e para a solução de suas colisões”.⁵²³

Enquanto tomada por *regra* de proporcionalidade, se costuma adotar a sua subdivisão em três sub-regras, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵²⁴. E essas sub-regras podem ser entendidas como etapas da valoração pelo julgador, que não precisam, necessariamente, ser esgotadas, dada a relação de subsidiariedade entre elas⁵²⁵.

⁵²¹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 102-103.

⁵²²DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., p. 163-164.

⁵²³*Id.*, p. 163-176 e ss.

⁵²⁴Nesse sentido a abordagem de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 270, ao tratar do *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, entendido com *justa medida*. “Meios e fim são colocados em equação diante de um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

⁵²⁵Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, cit., “A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. A real importância dessa

Optamos, pois, independentemente da questão terminológica ou de filiação a determinado sistema jurídico, pela necessidade de adoção de um juízo de ponderação, o chamado *bilanciamento degli interessi*, a que se refere Nicolo Trocker⁵²⁶, evitando-se, assim, que qualquer violação do direito material possa, indistinta e peremptoriamente, importar em vedação absoluta ao uso da prova.

Com efeito, nas relações entre as pessoas se adotam escolhas que devem ter em conta todos os interesses humanos em jogo, igualmente merecedores de tutela, conquanto se afigurem frequentemente em conflito. Como concluiu Pier Luigi Maria Lucatuorto, em tese de doutorado apresentada na Universidade de Bolonha, “fazer justiça, portanto, significa alcançar alguns deles na medida do possível, levando em consideração os outros interesses conflitantes”.⁵²⁷

Desvendando a origem do balanceamento como técnica, o autor nos remete à cultura jurídica estadunidense, do início do século passado, sob influência do *realismo jurídico*⁵²⁸, que concebe o jurista como um cientista social, que apreende os interesses presentes na sociedade, particulariza os conflitos e propõe esquemas de composição.

Como bem demonstra Marcelo José Magalhães Bonicio, “o princípio da proporcionalidade, desde sua origem, está voltado à proibição de excesso por parte do

ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. (...) “Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos [35] casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.”

⁵²⁶TROCKER, Nicolo. *Processo civile e Costituzione*, cit.

⁵²⁷LUCATUORTO, Pier Luigi Maria. *Il giudizio di bilanciamento tra interessi pubblici e privati: un modello formale*. Dottorato di Ricerca in Diritto e Nuove Tecnologie. Università di Bologna: 2011. Disponível em: http://amsdottorato.unibo.it/3996/1/LUCATUORTO_PIERLUIGIMARIA_TESI.pdf.

⁵²⁸Cf *Id. Ibid.*, p. 7-8, “L’espressione “realismo giuridico”, infatti, indica un indirizzo della filosofia del diritto contrapposto al formalismo³ che, traendo ispirazione dalle teorie americane del pragmatismo e della sociological jurisprudence, assume una forte critica nei confronti dei concetti e dei metodi delle dottrine giuridiche formalistiche, che riducono l’attività del giudice ad una mera ricerca di una conclusione che segue semplicemente (ed inesorabilmente) da una premessa innegabile.” (...) “Tale metodologia favoriva l’adattamento del diritto a situazioni nuove, difficilmente “gestibili” nell’ambito di una serie di concetti giuridici cristallizzati ed immobili: il ricorso al bilanciamento avrebbe consentito di evitare gli schematismi e le inefficienze imposti dalla logica dettata dalla concezione dei principi costituzionali come “assoluti” ed il giurista avrebbe potuto abbandonare uno stile decisionale meccanico e deduttivo in favore di valutazione elastica degli interessi sociali in gioco.”

Estado, como forma de proteção do cidadão”, encontrando-se inserido na garantia do devido processo legal, previsto na Constituição Federal.⁵²⁹

No tocante às provas, entende o autor que o direito de as produzir encontra limitação apenas quanto às diligências inúteis e protelatórias, e a proibição de utilização das provas ilícitas, prevista no artigo 5º, inciso LVI da CF, importa não apenas em harmonizar dois valores em potencial conflito, mas, principalmente, na proibição de excesso nas investigações feitas pela polícia ou pelos próprios interessados, respeitando-se os direitos fundamentais do indivíduo.⁵³⁰

Dessa forma, ainda que inexistente a regra explícita de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, sua vedação poderia ser dessumida dos princípios do devido processo legal e, em especial, da proporcionalidade.⁵³¹

Em nosso sistema, pois, a teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou, ainda, da preponderância dos interesses, consiste, no campo processual, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos ordenamentos com previsão de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que o julgador proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

A despeito de alguns ordenamentos jurídicos adotarem o princípio oposto⁵³², qual seja, o da admissibilidade (orientado pela máxima *male captum, bene retentum*) – que admite, em nome da perseguição da verdade, a prova ilicitamente obtida, reservando uma punição ao violador da norma - também nesse caso se verifica o cotejo dos valores relevantes

⁵²⁹BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, cit., p. 64-65.

⁵³⁰*Id. Ibid.*, p. 84.

⁵³¹Contudo, doutrina e jurisprudência custaram a evoluir nesse sentido. V. a propósito, nosso *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, cit., p. 82 e ss. A perspectiva constitucional do fenômeno das provas ilícitas no ordenamento brasileiro deve-se, pioneiramente, a Ada Pellegrini Grinover, em sua conhecida obra *Liberdades públicas e processo penal*, escrita, ainda, sob a vigência da Constituição anterior, de onde pode ser extraída uma expressiva síntese do seu pensamento: “Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido; afastada, como o fizemos, a simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual em uma posição que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, cit., p. 199.

⁵³²GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, cit., p. 151 e ss., aponta que, no ordenamento anglo-saxão, “a ilegalidade cometida é considerada secundária para o processo, porque a admissibilidade da prova é tradicionalmente resolvida à luz de sua relevância”. Referido sistema vigora, ainda, sefundo a autora, no Canadá, África do Sul, Austrália e Escócia, este último país com tendência à inadmitir a prova ilícita no processo penal.

e interesses em jogo, dignos de tutela legal, que podem ser resumidos no binômio *Pursuit of the truth X legally protect interests*⁵³³

Chega-se a admitir, no sistema anglo-saxão, fundado no princípio geral de *admissibility-relevancy*, não propriamente a prova ilícita “pro reo” (de inspiração penalista, qual seja, um benefício à parte “inocente”, que necessita provar o seu direito à custa de uma violação probatória), mas o reconhecimento de um verdadeiro *estado de necessidade processual*, em que a parte se encontra impossibilitada de provar o fato que dá suporte à sua pretensão, senão por via de uma conduta ilícita, como veremos em dois casos célebres da arbitragem transnacional adiante comentados.

De todo modo, na arbitragem, por seu caráter jurisdicional, manifesta-se a necessidade de observância da proporcionalidade, pois, como defende Marcelo José Magalhães Bonicio, seria uma enorme decepção para os optantes dessa forma de solução de conflitos que o resultado se traduzisse numa decisão *flagrantemente desproporcional*, comprometendo não apenas a legitimidade do processo, como também o fator *justiça* das decisões arbitrais.⁵³⁴

Basta figurar-se uma decisão em que a parte saiu vencedora à custa da produção de dados obtidos por procedimentos ilegais, em violação ao sigilo comercial da parte contrária. Nesse caso, para a parte que buscou a arbitragem, a desproporção verificada no resultado se apresenta muito maior do que se simplesmente não ocorresse à defesa de seus direitos.

2. Balanceamento de valores no campo probatório

Michele Taruffo, ao tratar do direito à prova, de perfil constitucional, refere-se ao conflito entre diferentes valores do processo, quais sejam, “a busca pela verdade, por um lado, e a necessidade de haver um processo imparcial, eficiente e preciso, por outro.”⁵³⁵ As regras de exclusão probatória, por sua vez, apresentam vários objetivos. Mesmo em se tratando de provas relevantes, impede-se a sua apresentação, quer para evitar erros e mal-

⁵³³Tradução: Busca da verdade X proteção legal dos interesses Cf. REISMAN, W. Michael; FREEDMAN, Eric E. The plaintiffs dilemma: illegally obtained evidence and admissibility in international adjudication, *cit.*

⁵³⁴BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, *cit.*, p. 178.

⁵³⁵TARUFFO, Michele. *A prova*, *cit.*, p. 55.

entendidos por parte do julgador, quer para evitar prejuízos e desperdício de tempo, como ocorre no sistema do *common law*.⁵³⁶

Outras regras prevêem privilégios probatórios, que envolvem valores ou interesses extraprocessuais, como os privilégios profissionais ou comerciais, ou a proteção de direitos por vezes reputados *fundamentais* - pois destinados a proteger interesses individuais básicos ou importantes valores da sociedade. Nessas hipóteses, são confrontados com o direito à prova, também considerado um direito fundamental.

Segundo Eduardo Cambi, as limitações probatórias podem ser justificadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, ao se harmonizar o arranjo dos diversos direitos, valores ou bens constitucionalmente protegidos.⁵³⁷

É que, como observa Francisco Bloch, o devido processo legal impõe seja oportunizada às partes a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações, para defesa de seus interesses, da melhor maneira, fazendo com que essa garantia de ordem processual seja sopesada com os direitos e garantias de ordem material.⁵³⁸

Assim, sob a ótica instrumental, Paulo Osternack Amaral admite que o *princípio* da proporcionalidade poderia ser aplicado, excepcionalmente, para o fim de avaliar a admissibilidade da prova ilícita, abrandando, com o sopesamento de outras garantias fundamentais, a rigidez da vedação constitucional contida no inciso LVI do art. 5º da CF.⁵³⁹

Marinoni, Arenhart e Mitidiero lembram que “quase todos os países que acolheram a proibição da prova ilícita foram obrigados a admitir exceções, a fim de preservarem determinados bens e valores dignos de proteção”.⁵⁴⁰

Assim, mesmo nos países que não possuem normativa legal sobre a exclusão probatória no processo civil, como a Itália, o critério ético e da colmatação axiológica da lacuna legal são os que predominam, não se podendo subtrair ao árbitro, no exercício de seu

⁵³⁶Como refere TARUFFO, Michele. *A prova, cit.*, p. 47, a *best evidence rule*, no que ainda se aplica, visa evitar problemas na prova de contratos, exigindo a apresentação do documento original. E a *hearsay rule* exclui a apresentação de testemunhos “por ouvir dizer”, de valor probatório incerto pois não pode ser verificado pelo cointerrogatório da testemunha original. No intuito de evitar a perda de tempo e dinheiro, a *Rule 403 das Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos prevê a exclusão de qualquer elemento relevante de prova diante do risco de “*demora excessiva, perda de tempo ou admissão desnecessária de provas cumulativas*”.

⁵³⁷CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância, cit.*, p. 37.

⁵³⁸BLOCH, Francisco dos Santos Dias. *Direito à prova e cerceamento de defesa, cit.*, p. 157.

⁵³⁹AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade, cit.*, p. 209.

⁵⁴⁰MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni et al. (*Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil*, 2. ed., v. 2, *cit.*, p. 329.

livre convencimento, uma certa dose de discricionariedade na admissão e valoração das provas supostamente ilícitas, a menos que se choquem frontalmente com preceitos legais sancionados (como, p. ex., na quebra ilegal de sigilo).

Por vezes, será possível o cotejo de valores e o sopesamento de interesses no processo arbitral, a exemplo das decisões proferidas pela Suprema Corte suíça, versando conflitos submetidos à Câmara Arbitral de Esportes (CAS). Apresentam, tais casos, inestimável valor didático, pela análise nela empreendida dos valores postos em conflito, onde se contrapõe, em geral, o interesse público no combate à corrupção nos esportes à utilização pela parte de provas obtidas de modo supostamente ilegal.

Ao mesmo tempo, as diretrizes de *soft law* em matéria de exclusão probatória, embora não se afigurem impositivas tanto para os árbitros como para as próprias partes e seus advogados, permitem que, sob o aspecto ético, possam estes vir a sofrer sanções dentro do processo, a não comprometer o *fair play* da disputa arbitral.

Nem sempre, todavia, o *fair play* procedimental poderia se impor sobre o direito material em jogo, sob pena de referendar o *foul play* numa disputa comercial ou mesmo esportiva.

Assim, como pondera Willian Santos Ferreira, defender-se um garantismo absoluto em relação a certos direitos poderia ensejar a inviabilização de certos direitos fundamentais, que merecem igual ou maior proteção, tais a dignidade da pessoa humana e próprio “direito à tutela jurisdicional do Estado (instrumento para caracterização de um direito material)”.⁵⁴¹

Nesse sentido, em caso já relatado no tópico supra, relativo à interceptação telefônica, o Superior Tribunal de Justiça utilizou o critério da ponderação de valores para justificar a utilização excepcional da interceptação telefônica em processo não penal.⁵⁴²

⁵⁴¹FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, cit., p. 98 e ss. Menciona o autor a preocupação comum na Alemanha e na Itália, referida por TROCKER, quanto aos obstáculos excessivos ao esclarecimento dos fatos relacionados às provas obtidas por meios ilícitos.

⁵⁴²No HABEAS CORPUS Nº 203.405 - MS (2011/0082331-3), TERCEIRA TURMA, assim se manifestou o Relator Ministro Sidnei Beneti: “[...] A situação, portanto, inspira mais cuidado do que, à primeira vista, pareceria ser o caso de aplicação pura e simples do preceito Constitucional que estipula a garantia do sigilo das comunicações. Há que se proceder à ponderação dos interesses constitucionais em conflito, sem que se possa estabelecer, a priori, que a garantia do sigilo deva ter preponderância. São bem oportunas as observações feitas no parecer do Ministério Público Federal, do qual se transcreve o seguinte trecho: Portanto, trata o caso da necessidade de se ponderar valores expressamente previstos na Constituição Federal. São eles: a proteção à intimidade, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, e a necessidade de se resguardar os direitos fundamentais do menor. A solução passa sem dúvida, pela leitura do texto do art. 227 da Constituição Federal. Conforme visto, a previsão constitucional visa a proteção dos Direitos Fundamentais da Criança e do adolescente pelo Estado com absoluta prioridade. Não haveria outro motivo para o acréscimo

Limitamo-nos, simplesmente, a afirmar a possibilidade desse cotejo de valores no âmbito processual, sem deixar de destacar a sua utilidade prática no desfecho de questões probatórias, sempre tendo em vista a finalidade precípua da prova, que é a de servir ao processo na solução do conflito, desapegada do apelo incondicional à busca da verdade.

Vale dizer que, se para a obtenção da prova houver violação de direito processual ou material, acarretando, em tese, a sua inadmissibilidade no processo por serem estas consideradas, respectivamente, ilegítimas ou ilícitas, o método da ponderação pode atuar, sopesando os valores em jogo, a fim de, amenizando o rigor excessivo da norma, possibilitar que sejam consideradas ou não aos fins da decisão.

Nesse sentido, entra em pauta, segundo Luiz Guilherme Marinoni, uma apreciação axiológica, quando se contrapõem dois direitos dignos de tutela, e nesses casos se costuma falar no “balanceamento dos valores em jogo”. Então, para que o juiz possa reputar justificado o uso da prova, deverá “estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em jogo”, visto que tais bens possuem pesos, variáveis segundo as situações concretas.”⁵⁴³

Da mesma forma, no campo da arbitragem, como entende Pedro A. Batista Martins, também são levados em conta os valores presentes na ordem jurídica, e isso porque,

“O pleno exercício dos direitos fundamentais encontra seu limite nas garantias atinentes aos outros indivíduos, nos valores da moral, da ética e da ordem jurídica. Enfim, nos pressupostos do estado democrático de direito que impõem a todos o dever de lealdade. Daí a imperatividade na adoção do princípio da proporcionalidade quando contrapostos direitos relevantes que impactam na ordem social. Dependendo do conteúdo do documento e do alcance da ilicitude que a parte procura demonstrar com a prova de natureza confidencial, pode restar demonstrado que a parte que se debate contra sua produção atenta contra os princípios constitucionais de proteção dos relevantes interesses individuais e do próprio estado democrático de direito”.⁵⁴⁴

da expressão "absoluta prioridade" se não fosse para garantir à criança e ao adolescente a proteção integral de seus direitos fundamentais de modo absoluto, inclusive quando o resguardo desses direitos estiver em aparente confronto com outros direitos assegurados pela Constituição Federal. Assim, infere-se da Constituição Federal que, em uma análise de ponderação de valores, deve prevalecer a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Sem adiantar o mérito da questão, que será resolvido pelas instâncias ordinárias, tem-se que não se deve acolher as razões da impetrante a partir, tão-só, do fundamento de que a interceptação telefônica só é cabível em processo penal. Ou seja, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade desde já evidenciada.”

⁵⁴³MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 109. Conclui afirmando que “O princípio da proporcionalidade, como já foi dito, exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação”.

⁵⁴⁴MARTINS, Pedro A. Batista. *Panorâmica sobre as provas na arbitragem*. Disponível em: <http://batistamartins.com/panoramica-sobre-as-provas-na-arbitragem-2/>.

Contudo, ao mesmo tempo em que a admissibilidade de uma prova ilícita poderia atuar em prol do resguardo ou equilíbrio de valores fundamentais, faz sentido a advertência de Ricardo de Carvalho Aprigliano, no sentido de que “é preciso muito cuidado na invocação da regra de proporcionalidade, pois ela pode ser o mecanismo institucionalizado de violação a garantias constitucionais.” A regra, pois, segundo o Autor, deve ser a inadmissibilidade da prova ilícita, “e a exceção será sua admissão”⁵⁴⁵.

3. Casuística

A aplicação do cânone da proporcionalidade no processo arbitral não é comum, sendo raros os precedentes disponíveis. Valemo-nos, por isso, da citação de casos colhidos em diferentes tipos de arbitragem.

3.1. Provas supostamente ilícitas no direito desportivo

A utilização de provas de origem suspeita em disputas relacionadas a esportes tornou-se frequente, em especial na Câmara Arbitral de Esportes - *Court of Arbitration for Sport (CAS)*. Tal prática decorre da legislação aplicável, que não a considera violadora de políticas públicas.

De acordo com o art. 152 do Código de Processo Civil suíço, as provas obtidas ilegalmente podem ser valoradas, diante de um interesse preponderante em estabelecer a verdade. Ao mesmo tempo, de acordo com o art. 184 do Código Federal de Direito Internacional Privado da Suíça, o próprio tribunal arbitral conduzirá a colheita de provas. No entanto, o Código de Processo Civil Suíço é inaplicável aos processos arbitrais e os árbitros têm o poder de decidir sobre a admissibilidade das provas.

É uma diretriz bem estabelecida a de que os tribunais arbitrais gozam de considerável discricionariedade, e não estão necessariamente impedidos de levar em conta certas provas, que podem se mostrar inadmissíveis em tribunais estaduais cíveis ou criminais. Levando em conta a jurisprudência do CAS, é provável que os painéis de árbitros acolham provas obtidas ilegalmente, que não seriam admissíveis nos tribunais estaduais da

⁵⁴⁵APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo civil: das provas: disposições gerais*. São Paulo: Saraiva, 2020. t. 8, p. 107. (Coleção “Comentários ao Código de Processo Civil”).

maioria dos países. Até agora, pode-se dizer que a CAS adotou uma abordagem no sentido de que *os fins justificam os meios*.

Levando-se em conta os limitados poderes investigativos dos órgãos esportivos em comparação com as autoridades públicas, reputa-se admissível o uso de provas potencialmente obtidas de forma inadequada. A abordagem que o CAS tomou no caso *Fusimalohi vs. FIFA* foi confirmada em decisões subsequentes e recentes do CAS. Na maioria dos casos, entendeu-se ser a única maneira de se afirmar a *verdade factual*⁵⁴⁶.

O CAS admite tais provas principalmente em casos de manipulação de resultados no futebol, e conclui que os interesses da FIFA em descobrir a verdade superam a ilegalidade da forma como as provas apresentadas foram obtidas.

Precedente bastante ilustrativo da adequada prospecção dos interesses em confronto, extraído da doutrina⁵⁴⁷, é o caso *Football Club Metalist. v. UEFA & PAOK FC, 2013*, que surgiu no futebol ucraniano.

⁵⁴⁶Cf KISLIAKOVA, Natalia. *Using illegally obtained evidence in the Court of Arbitration for Sport*. Disponível em: <http://www.cisarbitration.com/2018/02/16/using-illegally-obtained-evidence-in-the-court-of-arbitration-for-sport/>. “*The first case, featuring this issue was Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano, 2010. CAS held that the issue of admissibility of evidence is procedural in nature and therefore subject to the procedural rules applicable before the Panel. As a consequence, the Panel considered it was not bound by the rules regulating the admissibility and choice of evidence applicable before national courts of the seat of the arbitral tribunal. Hence, the Panel used documents from the Spanish criminal proceedings. An appeal to the Swiss Federal court was rejected, Swiss Federal court found no breach of public policy. In a match-fixing case Ahongalu Fusimalohi v. FIFA, 2012, the applicant stated that the Recordings that FIFA obtained from the Sunday Times must be considered as illegally obtained evidence because the journalists’ undercover investigation deceived him, did not serve to achieve a justified purpose, used unnecessary and inappropriate methods and compromised the applicant’s right to privacy by pursuing a less significant interest than that of the applicant. In applicant’s view evidence was procedurally inadmissible. The panel found that FIFA did not perform any illegal activity and did not cheat the applicant in order to obtain the recordings. There was no evidence on file, and the appellant did not contend that the Sunday Times’ investigation was prompted or supported by FIFA or by anybody close to it. In panel’s view, FIFA transparently solicited and received such evidentiary material from the Sunday Times immediately after the publication of the article on 17 October 2010 and the disclosure of important portions of the recordings’ content. The panel founded that FIFA did not violate the duties of good faith and respect for the arbitral process. As a consequence, there was no basis to exclude the disputed evidence from the arbitration proceedings. The panel endorsed the admissibility of such evidence. CAS took the same approach in the similar match-fixing case Amos Adamu v. FIFA, 2012. (...) In the case Sivasspor Kulübü v. UEFA, 2014 CAS used wiretaps as evidence. The panel noted that even if evidence may not be admissible in civil or criminal state court, this does not automatically prevent arbitral tribunal from taking such evidence into account. The Panel concurred that steps must be taken in regard to the public interest in finding the truth in match-fixing cases and also in regard to the sports federations’ and arbitral tribunals’ limited means to secure evidence. These opened up the possibility of including evidence, which in courts’ opinion did not infringe any fundamental values reflected in Swiss procedural public policy.*”

⁵⁴⁷SEGESSER, George von. Admitting illegally obtained evidence in CAS proceedings – Swiss Federal Supreme Court Shows Match-Fixing the Red Card. *Kluwer Arbitration Blog*, Oct. 17, 2014. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/17/admitting-illegally-obtained-evidence-in-cas-proceedings-swiss-federal-supreme-court-shows-match-fixing-the-red-card/>.

Numa partida entre Karpaty e Metalist, este venceu por 4x0, sendo um gol contra do jogador “A” do time Karpaty, que depois também recebeu um cartão vermelho. Tendo em vista os rumores de manipulação do resultado, o presidente do Karpaty convocou o jogador “A”, que revelou haver recebido oferta em dinheiro de “X”, diretor do Metalist, para perder o jogo, tendo “A” combinado com os demais jogadores do time que aceitariam a oferta.

No dia seguinte um carro estacionou na frente do hotel onde estavam hospedados os jogadores, e entregou a “A” U\$ 110 mil em dinheiro para ser distribuído entre os demais integrantes da esquadra, recebendo os sêniores U\$ 10 mil, os juniores U\$ 9 mil e os reservas U\$ 1 mil, cada um.

Deu-se, porém, que a conversa havida entre “A” e “X” foi clandestinamente gravada em vídeo sem o conhecimento de “A”. Baseada nessa prova, a Federação Ucraniana de Futebol impôs multas e suspensão para “A” e “X”. Estes questionaram as penalidades aplicadas junto à *Court of Arbitration for Sport – CAS*, que as manteve⁵⁴⁸, e, após, perante a Suprema Corte Federal suíça, alegando que houve violação da ordem jurídica pelo vídeo ilegalmente obtido.

Em sua decisão, a Corte entendeu que não havia uma regra excludente da prova obtida ilegalmente no procedimento arbitral, porque este deveria balancear o interesse em alcançar a verdade com a violação de direitos que a aquisição da prova causou. E, muito embora não pudesse o Tribunal questionar o balanceamento de valores levado a efeito pela CAS, poderia deduzir alguns elementos que se afiguraram relevantes no caso, figurando, de um lado a busca da verdade, quando é dado aos árbitros ampla discricionariedade para decidir quão importante é sua descoberta num determinado caso.

A Corte Federal estabeleceu, nesse caso, as seguintes premissas:

- (i) Primeiramente, coube identificar os elementos relevantes no caso, quais sejam: o valor econômico em disputa - que não se reduziria ao montante da multa aplicada de U\$ 10 mil -, mas à perda financeira correspondente a uma suspensão de 5 anos imposta aos jogadores;

⁵⁴⁸TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT. Football - Match Fixing. CAS issues its decision in the case FC Karpaty and FC Metalist (Ukraine). Disponível em: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Media20Release20_English_20Metalist.pdf.

- (ii) Além disso, deveria ser levado em consideração ter sido a prova ilícita a única e crucial para que a parte se desincumbisse do seu direito (ônus) à prova;
- (iii) Destarte, no contexto esportivo, a luta contra a corrupção seria vital, havendo um grande interesse público na descoberta da verdade no contexto dos maiores times do futebol ucraniano;
- (iv) Por fim, não teria ocorrido violação à privacidade das pessoas envolvidas, nem violência física ou moral.

Levando-se em conta as sub-regras do cânone da proporcionalidade, verifica-se que a Corte suíça enfrentou, de início, a questão da *adequação*, examinando os elementos fáticos da disputa, inclusive o seu valor econômico, e o que isso poderia representar efetivamente diante da prova produzida.

Passou, em seguida, a analisar a questão da *necessidade* do exame da prova utilizada, por ser a única disponível para demonstração do fato da manipulação da partida. E, por fim, efetuou o *exame da proporcionalidade em sentido estrito*, reputando mais digno de tutela o combate à corrupção no esporte do que a suposta ilicitude da prova, que, afinal, não se afigurava *de per se* comprometedora da privacidade dos envolvidos, nem obtida à custa de violência.

Na verdade, todo o raciocínio judicial partiu do pressuposto de que a gravação constituiria prova ilícita, e, por isso, efetuou-se o balanceamento de valores. Mas, a rigor, em se tratando de prova colhida em local público e sem violação de outros valores, não se afiguraria propriamente prova ilícita, a menos que comprometesse outros valores dignos de tutela, como, p. ex., o direito à imagem dos jogadores. De todo modo, o precedente foi citado para demonstrar a aplicação prática do princípio, em face dos elementos fáticos e dos valores jurídicos presentes no caso concreto.

Noutro precedente, de janeiro de 2018, a *Fancy Bears' Hack Team*, organização que se intitula um time de *hackers*; unidos pelo ideal de promover o *fair play and clean sport*, tornou pública as comunicações entre o Comitê Olímpico Internacional (COI) e a Agência Mundial Antidoping (WADA) acerca do comportamento de atletas russos.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹Cf. KISLIAKOVA, Natalia. *Using illegally obtained evidence in the Court of Arbitration for Sport*, cit. Nesse caso, Richard McLaren (especialista independente, contratado pela WADA para preparar relatórios sobre suposto sistema de doping na Rússia), também participou da comunicação. Dentre as informações colhidas, havia cartas, onde Denis Oswald (chefe da comissão especial do COI, envolvido em sancionar atletas russos individuais, impor a proibição vitalícia e anular medalhas de Sochi) escreveu à McLaren sobre a dificuldade de obter provas suficientes para sancionar atletas individuais. Há também uma confissão de que "os arranhões não são suficientes". P.G. Zappelli escreveu aos colegas do COI sobre a falta de prontidão do

Em 1º de fevereiro seguinte, o Tribunal Arbitral do Esporte (CAS) emitiu uma decisão sobre atletas russos. Depois, houve outras duas decisões na divisão CAS *ad hoc*. Embora tenha sido declarado que não havia provas suficientes, e anulada a proibição vitalícia, nenhum dos atletas, por não convocados pelo COI, voltou a participar dos jogos.

Não há informações sobre se as partes usaram no CAS esta prova, obtida por *hacking*. Deve-se notar, porém, que as provas usadas pelo COI e pela WADA para provar que os atletas seriam considerados faltosos, também podem ser consideradas como obtidas de forma duvidosa: Rodchenkov, ex-diretor do laboratório nacional *antidoping* da Rússia, sub-repticiamente extraiu e-mails e arquivos do computador de trabalho, baixou-os em *pen drive* e os levou consigo para os EUA.

De concluir-se que, nas arbitragens do setor esportivo, não vigora o princípio da proibição das provas ilícitas, mas o critério do *male captum, bene retentum*, que, não obstante, leva em conta uma ponderação de valores com vistas a conferir precedência ao combate das más práticas e à corrupção no esporte, em relação à preservação do sigilo ou da intimidade dos envolvidos.

3.2. Arbitragem Internacional e o dilema do Autor

Há, ainda, dois casos célebres na arbitragem transnacional extraídos do repositório doutrinário da Yale Law School⁵⁵⁰, que, bem resumidamente, ilustram a questão do denominado *dilema do autor (plaintiff's dilemma)*.

O *dilema do autor* tem lugar nos sistemas do *male captum bene retentum*, que admitem a prova ilícita, reservando-se, eventualmente, uma punição a quem a produziu. É reconhecida, na prática dos tribunais internacionais, que decidem disputas entre Estados, a admissão de provas segundo um padrão comparável ao dos países de *civil law*. Nesse sentido, refere Mirjan Damaska que, enquanto a *common law* concentra-se na preocupação com a

Sr. McLaren para passar as principais evidências. Outros membros do COI estão insatisfeitos com as ações da WADA usando o relatório da McLaren para excluir a equipe russa, em vez de seguir o caminho de lidar com os atletas individuais caso a caso.

⁵⁵⁰REISMAN, W. Michael; FREEDMAN, Eric E. The plaintiffs dilemma: illegally obtained evidence and admissibility in international adjudication, *cit.*

admissibilidade probatória, ordenamentos da *civil law*, como o italiano, p. ex., estão mais preocupados com a relevância da prova.⁵⁵¹

Assim, enquanto sob o direito anglo-americano a parte interessada em produzir provas tem o ônus de demonstrar que respeita as *rules of evidence*, na prática internacional, assim como no sistema da *civil law*, o enfoque é diverso: o meio de prova apresentado dentro dos prazos estabelecidos pelo tribunal será em regra admitido, salvo se a parte contrária contestar a sua utilização, arguindo motivos específicos para a sua inadmissibilidade.⁵⁵²

Tais alegações seriam, a princípio, violações da esfera pessoal do indivíduo, que, inexistindo no caso, restaria o proceder desconforme às regras (de ordem processual), que seria, portanto, superável pela parte interessada na produção da prova, que se afigure indispensável para a demonstração do seu direito.

Assim, se não há como obrigar o Estado adversário a fornecer provas que venham a embasar a pretensão do Estado-demandante, poderia este proceder à sua coleta de modo unilateral, sem embargo de que isso não venha a gerar um novo conflito. É, justamente, a situação que se apresenta nos exemplos seguintes.

3.2.1. *Caso Canal de Corfu*

Trata o primeiro de um conflito entre o Reino Unido e a Albânia envolvendo a passagem de navios britânicos pelo Canal de Corfu, no ano de 1949. Navios britânicos transitando pelo canal foram atingidos pela explosão de uma mina, cuja presença não foi

⁵⁵¹DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, p. 513, 1973. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5123&context=penn_law_review ("It is said that while common law systems are mainly concerned with the issue of admissibility, civil law systems admit all evidence that is logically relevant.").

⁵⁵²Segundo D. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals* 176 (1975) apud REISMAN, W. Michael; FREEDMAN, Eric E. The plaintiffs dilemma: illegally obtained evidence and admissibility in international adjudication, *cit.*, p. 739, "In the absence of the provision of a specific ground of exclusion in the arbitral agreement, there is no rule of law that can be invoked as binding a tribunal to exclude particular evidence. In practice tribunals have been unwilling to exclude evidence in reliance upon general rules or principles, drawn from the practice of other tribunals or from municipal law. Admission is a matter of right, and the burden is upon the party challenging any piece of evidence to show that the particular procedural law of the tribunal will be violated by a refusal to exclude it."

reconhecida pela Albânia, país com jurisdição sobre o canal. Para documentar a existência de minas no leito do canal, um navio britânico fez uma prospecção que resultou na coleta de uma mina, porém sem autorização da autoridade albanesa, tendo o objeto sido apresentado como prova perante a Corte Internacional. Sustentou o Reino Unido, nessa oportunidade, o direito de intervenção no território de outro Estado para obtenção da prova, por ser o único meio de que dispunha para demonstrar a sua pretensão. A tese foi recusada pela Corte que, todavia, admitiu a prova para demonstrar a omissão da Albânia em retirar as minas após a explosão ocorrida. No entanto, deixou de aplicar sanções a quaisquer dos envolvidos, sem entrar na questão da ilicitude probatória.

3.2.2. Caso Irã-Contras

Já o segundo episódio, mais conhecido, até por ter sido até tema do filme *Argo*, foi o da invasão da Embaixada Americana no Irã em 1980. Na origem, foi um escândalo político nos Estados Unidos revelado pela mídia em novembro de 1986, durante o segundo mandato do presidente Ronald Reagan, no qual figuras chave da CIA facilitaram o tráfico de armas para o Irã, que estava sujeito a um embargo internacional de armamento, para assegurar a libertação de reféns e para financiar os Contras nicaraguenses.

Os EUA haviam sido acusados pelo governo do Irã de intervir nos seus negócios internos por mais de um quarto de século, influenciando ilegalmente a política local. Daí, ao ensejo da colheita de provas, sustentou o Irã que, para provar suas alegações, era necessária a invasão da embaixada norte-americana visando a apreensão de documentos, o que, todavia, não se limitou à apreensão de registros sigilosos, culminando com o sequestro de embaixadores. Segundo alegado pelas autoridades iranianas, o princípio da inviolabilidade diplomática, se tomado por absoluto, permitiria que os EUA destruíssem documentos dentro da embaixada, o que tornaria impossível a prova de suas alegações num processo internacional.

Para os autores Reisman e Freedman, acima citados, o fundamento de ambos os casos é a figura do *estado de necessidade processual*, pois, se a prova não fosse colhida de imediato, frustraria o subsequente processo. É o que bem caracterizaria o chamado “*Plaintiff’s Dilemma*” – o dilema do autor, entre utilizar provas vedadas ou ficar impossibilitado de provar os fatos que embasariam sua pretensão.

É viável considerar-se, em nome da imperiosidade do direito à prova do fato e da inexistência de outros meios de prova hábeis (o denominado *estado de necessidade processual*), a excepcional utilização de um meio de prova potencialmente vedado, desde que a sua obtenção não tenha implicado em violação a normas de ordem pública de superior magnitude.

Sob esse aspecto, todavia, os dois últimos precedentes não chegaram a enfrentar a questão.

Concluída, assim, essa ligeira abordagem da matéria, pela justificação em torno dos valores contrastantes, com auxílio da regra do balanceamento, ou da aplicação da regra da proporcionalidade, cumpre, finalmente, enfatizar a construção do resultado probatório, que embasará as conclusões jurídicas da decisão arbitral.

VII. RESULTADO PROBATÓRIO NA DECISÃO ARBITRAL

1. Resultado probatório e a importância do juízo dos fatos

No momento da decisão, o árbitro procederá à análise do direito e dos fatos, com base no acervo probatório, e assim, apresentando os elementos de prova, sob a forma de um resultado probatório, revelará o que entende por provado.

O enfoque inovador sobre as provas, trazido pela epistemologia jurídica, centra-se no chamado *juízo de fato*, que, sob a concepção legalista do Direito, sempre viveu à sombra da atividade hermenêutica. Há uma crença, segundo Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, de que valorar provas no processo é uma atividade meramente intuitiva, “não sendo necessário para tanto adquirir conhecimentos específicos ou dominar técnicas epistemológicas mais sofisticadas”.⁵⁵³ Mas, ainda que a valoração da prova possa ser realizada intuitivamente, importa, para o doutrinador, que o juiz possa realizar essa atividade de forma lógica e racional.

Para tanto, costuma-se fazer alusão aos *standards probatórios*, como uma referência “vaga e geral ao senso comum, à experiência comum, à razoabilidade ou à racionalidade, sem que se definam critérios mais precisos ou mais específicos” - o que, para Michele Taruffo, não é muito, pois a discricionariedade do juiz não se controla por tais referências indeterminadas. Na verdade, entende este autor que a valoração da prova consiste em determinar o valor probatório de cada elemento de prova em relação a um fato específico. O primeiro passo seria averiguar a *credibilidade* de cada elemento de prova, pois o julgador precisa determinar, por exemplo, se as pessoas interrogadas como testemunhas têm credibilidade, bem como se uma prova documental é autêntica. Assim, conclui o emérito jurista, estabelecer a credibilidade de um elemento de prova pode ensejar verificações complementares, como, v.g., quanto ao comportamento da testemunha durante seu interrogatório, ou sobre a sua peculiar relação com a causa.⁵⁵⁴

⁵⁵³BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 84 e ss.

⁵⁵⁴TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 137.

Nessa apreciação, acrescentamos, cumprirá ao juiz, sob o cânone do processo justo e igualitário, concomitantemente averiguar de que forma a testemunha tomou conhecimento dos fatos, ou por qual meio foi obtido determinado documento.

No mesmo sentido é a doutrina arbitralista, ao entender que a decisão dos árbitros envolve, mais do que uma questão de mera higidez da pena aplicada, não só a demonstração de que a hipótese de incidência da lei encontra-se presente nos fatos narrados pelas partes, mas também a questão de sobre em que acreditar e o que concluir diante desses mesmos fatos. Devem os árbitros, por exemplo, decidir sobre a credibilidade das testemunhas que depuseram ao longo do processo, e, em consequência disso, decidir se os argumentos ou fatos contestados procedem.”⁵⁵⁵

A seguir, procederá o julgador à verificação do *peso das provas*, inclusive para, eventualmente, apreciar se foram produzidas em desconformidade com a norma processual aplicável (provas ilegítimas), e, também, quanto à sua obtenção, de forma lícita ou ilícita, com ou sem violação de normas cogentes ou de direitos fundamentais das partes por elas atingidas.

De todo modo, essa verificação depende da natureza das provas, sendo mais fácil em se tratando de provas diretas, “relacionadas a um fato principal ou material em litígio”, situação que se afigura mais complexa em se tratando de provas indiretas ou circunstanciais. A complexidade dessa tarefa aumenta, no caso das “provas em cascata” ou “em cadeia”, onde o valor probatório final depende de toda a cadeia de inferências. Ou, ainda, quando houver diversos elementos de prova, diretos e indiretos, sobre o mesmo fato.⁵⁵⁶

A esse enfoque racional, dito “atomista” ou “analítico”, que pressupõe o desenvolvimento de um raciocínio utilizado pelo juiz, que leve a uma decisão precisa e lógica sobre o juízo dos fatos, contrapõe-se o enfoque “holístico”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros: uma leitura do processo decisório arbitral*, cit., p. 194.

⁵⁵⁶TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 138. “(...) Nesse caso, o resultado imediato da atividade probatória é a determinação da veracidade de um fato circunstancial com base nos meios de prova disponíveis; todavia, esse fato é um *factum probans* e não o *factum probandum*. Por conseguinte, uma inferência deverá ser traçada a partir do fato probatório, efetivamente demonstrado, ao fato principal a ser provado, com o objetivo de estabelecer se o primeiro embasa uma conclusão acerca do último. Tal inferência é obtida a partir dos standards de julgamento aptos a estabelecer uma conexão entre os dois fatos em questão. Em alguns casos, esses standards são fornecidos pela ciência (...) e pela estatística (...); todavia, na maior parte dos casos, são produto da cultura média, da experiência e do senso comum”.

⁵⁵⁷expressão holístico bem da palavra holismo, expresso pela máxima aristotélica “O todo é maior que a soma de suas partes” Sob o ponto de vista do advogado, entende Diogo Malan que “(...) a abordagem holística é importante por destacar a necessidade de avaliação pelo defensor de todas as potenciais consequências

Sob essa vertente holística, a decisão não deveria se ocupar de cada fato ou elemento de prova, mas de “histórias” ou “relatos”, “que incluem narrações globais dos fatos em litígio, considerados como um todo homogêneo”. O julgador poderá escolher a história que lhe pareça mais convincente, mas deve preferir histórias verdadeiras, “analiticamente sustentadas por provas”, podendo essa coerência narrativa ser obtida através de *standards*, “apoiadas por graus suficientes de probabilidade”.⁵⁵⁸

Contudo, o método estatístico da *probabilidade quantitativa* (do denominado “*Trial by mathematics*”), como refere Gomes Filho, no passado não foi bem acolhido pelos tribunais.⁵⁵⁹ Considera, assim, mais seguro o critério da *probabilidade lógica*, conceito cunhado por Jonathan Cohen:

“(…) se para determinar o grau de solidez de uma afirmação é necessário especificar a validade do suporte indutivo que fundamenta a generalização, deve-se então submeter essa generalização a uma série de procedimentos de indução eliminativa, pelos quais seja possível constatar a capacidade de resistência da afirmação à interferência de fatores que poderiam conduzir a outras conclusões.”⁵⁶⁰

(jurídicas e extrajurídicas) desfavoráveis da persecução penal (v.g. demissão do emprego, expulsão do país, incapacidade para o exercício do pátrio poder, inabilitação para dirigir veículo, inelegibilidade, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, perda de habilitação profissional etc.). Essas consequências, principalmente quando são desproporcionais, injustas ou transcendentais da pessoa do acusado, podem ser cuidadosamente talhadas como argumentos aptos a sensibilizar o acusador ou julgador, com vistas a resultado processual penal mais favorável ao acusado”. No campo da arbitragem, pode, igualmente, o árbitro ser conclamado a avaliar as consequências de sua decisão nos termos do disposto no artigo 20 da LINDB ao preceituar que não se decidirá com base em “*valores jurídicos abstratos* sem que sejam consideradas as *consequências práticas da decisão*”. In MALAN, Diogo. *Advocacia criminal holística e intervenção ampla para solução de problemas sociais. Consultor Jurídico*, 04 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/diogo-malan-advocacia-criminal-holistica>.

⁵⁵⁸TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 139-140.

⁵⁵⁹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 47-57. A probabilidade quantitativa já foi utilizada no século passado, no famoso julgamento do capitão Dreyfus, do Exército francês, acusado de haver passado informações secretas ao estado-maior alemão. Do cotejo entre o documento que baseou a sua condenação com cartas apreendidas na casa do acusado, diante da considerável frequência com que se verificaram coincidências entre o tamanho e certas palavras e letras, concluiu-se pela alta probabilidade de se tratar da forma utilizada para passar informações codificadas. Na revisão do processo, por erro judiciário, apurou-se que tais coincidências não eram estatisticamente significativas. Mas, no caso paradigma, *People v. Collins*, uma moça loira e homem negro de barba, foram acusados de assaltar uma senhora, com base nas características físicas dos acusados e do veículo amarelo por eles utilizado, que fundadas em estatísticas extraiu-se a conclusão de que existia uma possibilidade em doze milhões que um casal preenchesse todos aqueles requisitos, tendo com base nisso o júri condenado o casal. A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão, porque não havia base probatória suficiente, e também, ainda que houvesse, porque as possibilidades individuais alegadas pela acusação somente seriam prováveis se cada um dos fatores fosse absolutamente independente.

⁵⁶⁰GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 52-53. “Um exemplo dado por Cohen, relacionado ao processo penal, clarifica esses procedimentos: um policial declara que o acusado foi encontrado no jardim de uma casa da qual, pouco tempo antes, joias haviam sido subtraídas, essas mesmas joias estavam em seu poder; a acusação certamente pretenderá demonstrar que o acusado é autor do furto, através da generalização segundo a qual é normal que o agente da remoção de um objeto seja encontrado, em seguida, na posse do mesmo. Mas, para que tal generalização possa servir de fundamento a uma condenação,

Ressaltada a importância da realização desse adequado *juízo dos fatos*, de forma precisa e racional, reconhece-se que essa atividade do julgador pode conduzir a um resultado probatório diferente se considerados ou desconsiderados outros elementos de prova.

Pode ocorrer, nessa hipótese, que um elemento de prova relevante para provocar a alteração do resultado probatório, afigurando-se prova ilícita, seja *ignorado* ou *indevidamente considerado* pelo árbitro.

No primeiro caso, de uma prova ilícita relevante para o acerto final dos fatos vir a ser indeferida ou mesmo, se existente, ignorada, sem proceder-se à necessária fundamentação ou ao adequado cotejo com os demais valores jurídicos em jogo, a decisão resultante só ser considerada omissa, podendo a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que “se pronuncie sobre ponto omitido” (art. 30, II, da LA).

Até aqui, nenhuma inovação, pois a omissão de qualquer argumento relevante pode ensejar a declaração de se integrar a decisão, o que, como já referido, é impositivo ao julgador, segundo o entendimento do STJ.⁵⁶¹

No segundo caso, se essa prova ilícita porventura constituir a *única* na qual se baseou o julgador, é de reputar-se a decisão desprovida de qualquer consideração válida sobre o juízo de fato, pois a consequência da prova ilícita, segundo adrede concluído, é a de sua inexistência jurídica. Peca a decisão arbitral, pois, pela ausência de fundamentação, por não apoiada em provas válidas, dotadas de eficácia e existência jurídica.

Assim como a CF não conceitua a prova ilícita, limitando-se a vedar sua entrada no processo, também não estabelece as consequências dessa admissão, fazendo-o, extensamente, a doutrina, à qual nos reportamos, que demonstra a sua inexistência jurídica enquanto prova, ressalvada a prova ilícita “pro reo” e outras aplicações da teoria da proporcionalidade: a depender de justa causa (confronto de valores relevantes).

Já, no tocante à prova ilegítima, decorrente de uma violação da lei processual, que ocorre dentro do processo, a sanção é aquela prevista em lei ou eventualmente em

é necessário que possa resistir à interferência de uma série de fatores: a possível existência de outras pessoas no jardim, a intenção do acusado em devolver os objetos subtraídos por outras pessoas, etc. Enfim, para que se possa afirmar ter sido obtida uma prova consistente, fora de dúvidas, será necessário verificar se cada característica relevante da situação examinada é coerente com a generalização pretendida.”

⁵⁶¹EDcl nos EDcl no REsp 89637 / SP, Relator Ministro GILSON DIPP, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 24/11/1998.

regulamento, que pode ser a de nulidade ou refazimento do ato processual ou da sentença arbitral, se por tal motivo assim declarada.

No processo arbitral, diversamente, a nulidade não se verifica no ato de produção da prova em si, e sim na própria decisão, como se deduz do disposto no art. 21, parágrafo 2º. da LA (pela patente violação dos deveres do árbitro, dentre os quais o de garantir a observância de princípios processuais fundamentais). Outrossim, a fundamentação é requisito obrigatório da sentença arbitral (art. 26, inciso II da LA) e causa de sua nulidade (art. 32, inciso III da LA).

Em síntese, o livre convencimento do árbitro não afasta a incidência desses princípios gerais ou fundamentais do direito processual, de matriz constitucional, e, portanto, de ordem pública.

2. Formas de controle da decisão arbitral

Entre nós, a Lei de Arbitragem apenas prevê a possibilidade de invalidação do laudo arbitral por vícios do procedimento (*error in procedendo*), nas hipóteses taxativas do seu artigo 32, por via da ação anulatória, regulada no artigo 33, a ser promovida perante o juízo de primeiro grau.

Contudo, o exame do instituto da *inexistência jurídica* pode acarretar consequências que transcendem o rito impugnatório do processo arbitral, ensejando o manejo da ação declaratória como meio de invalidação excepcional da decisão arbitral.

Diversamente, na Itália, por força de imperativo do direito de defesa, consignado na Constituição Federal⁵⁶², a sentença arbitral é passível de recurso à Corte di Cassazione, e, ainda, à Corte d'Apello, que poderá, eventualmente, anulá-la ou mesmo rever o mérito da decisão (também por *error in iudicando*).⁵⁶³

Essa peculiaridade do sistema arbitral italiano, no entanto, não afeta o prestígio da arbitragem como meio de solução de conflitos naquele país, visto que, segundo estatísticas

⁵⁶²Art. 24, 2º comma – *Lla difesa é diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*

⁵⁶³“A impugnação por nulidade é de âmbito restrito cabimento, em outras palavras, é a fundamentação vinculada, porque prevê alguns casos taxativos de nulidade, contidos no artigo 829 do CPC. (...) A razão da escolha de atribuir a competência à Corte de Apelação é singela: o legislador italiano considerou o procedimento arbitral como um primeiro grau de jurisdição. (...) Diferentemente, na Itália, o procedimento de anulação da sentença é cindido em duas fases distintas: a rescindente, da anulação da sentença; e a rescisória, do reexame do mérito da causa. (...)” Cf. CORAPI, Diego, *A arbitragem no direito italiano*, cit., p. 110-111.

mencionadas por Roberto Poli, das cerca de 500 impugnações anuais, apenas de 6 a 8% destas vieram a ser acolhidas.⁵⁶⁴

Por outro lado, o prazo recursal previsto na lei italiana é de 30 (trinta) dias, começando a fluir a partir da descoberta do fato que legitime a propositura da ação, enquanto no Brasil a LA prevê o prazo decadencial de 90 (noventa) dias, a contar da notificação da decisão arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos.⁵⁶⁵

Característica marcante da sentença arbitral, em nosso país, é o fato de que não comporta recurso, para não comprometer a autonomia do processo arbitral e a sua inerente celeridade na solução do conflito. A LA previu, no entanto, a possibilidade de sua rescisão, para evitar-se a permanência de sentenças que violem garantias constitucionais do processo (devido processo legal, ampla defesa e contraditório).

Esse controle *a posteriori* pelo Poder Judiciário não equivale, como vimos, a um segundo grau de jurisdição, constitui tão somente, como entende Julia Schledorn de Camargo, uma forma de controlar as garantias das partes e do Estado, não interferindo nas características da arbitragem e no mérito da decisão.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴POLI, Roberto. *L'impugnazione per nullità del lodo*. Aula ministrada no Ciclo de Palestras “Arbitragem na Europa e no Brasil - Exame Comparativo” no âmbito da Disciplina “Arbitragem e Poder Público: Estudo dos Sistemas Argentino, Português, Francês e Italiano”, no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em agosto de 2018.

⁵⁶⁵O pedido de esclarecimentos, como entende Selma Ferreira Lemes, consiste na possibilidade, após proferida a sentença arbitral, de corrigir-se algum erro material e esclarecer sobre alguma obscuridade, contradição ou omissão, nos moldes dos embargos de declaração do processo civil. É possível também o manejo desse meio de impugnação endógeno (que não se trata de recurso, posto inexistentes no processo arbitral), em situações especiais, com efeitos infringentes, o que atende aos princípios da efetividade e celeridade processuais. LEMES, Selma Maria Ferreira. Pedido de esclarecimentos: entendimento e abrangência. In: MOREIRA, Ana Luiza B. M. Pinto; BERGER, Renato (Coords.). *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emílio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 542-543.

⁵⁶⁶CAMARGO, Julia Schledorn de. A ação anulatória com base na violação da ordem pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. (Coords.) *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 313-328.

Com efeito, o número de decisões arbitrais anuladas em nosso país é bastante reduzido⁵⁶⁷, muito embora tenha se verificado um sensível aumento desses casos nos últimos anos⁵⁶⁸.

São três as formas de controle previstas na própria lei: (i) ação anulatória, para a sentença doméstica; (ii) a homologação de sentença estrangeira, para a sentença arbitral internacional e (iii) a impugnação ao cumprimento de sentença.

A ação anulatória é cabível nos casos taxativamente arrolados nos incisos I a VIII do artigo 32, segundo os pressupostos do art. 33 e seus parágrafos da LA, alterada pela Lei nº 13.129, de 2015⁵⁶⁹.

Necessário, pois, analisar que aconteceria, no procedimento arbitral brasileiro, se eventualmente, após o decurso do prazo decadencial, se descobrisse um fato grave, como a corrupção do árbitro, ou que a decisão foi lastreada em prova ilícita.

⁵⁶⁷Conforme matéria publicada no sítio eletrônico JOTA, OYAMA, Érico. Qual é a possibilidade de anulação na Justiça de uma sentença arbitral? *Jota*, 17 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/qual-e-a-possibilidade-de-anulacao-na-justica-de-uma-sentenca-arbitral-17022021>) “Uma pesquisa feita em 2016 pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) em parceria com a Associação Brasileira de Estudantes de Arbitragem (ABEARb) analisou 11 casos envolvendo pedidos de anulação de arbitragem no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Somente dois casos tiveram a anulação mantida. De acordo com o estudo, em ambos os casos não foram admitidos os recursos excepcionais “por falta de preenchimento dos requisitos constitucionais, não analisando, por consequência, o mérito dos recursos”. O estudo destaca também que, em nenhum caso, STJ e o STF reverteram decisões de cortes ordinárias para o fim de anular a sentença arbitral.”

⁵⁶⁸Pesquisa recente, mencionada no artigo intitulado CRESCE o número de sentenças arbitrais anuladas pela Justiça. *Consultor Jurídico*, 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/cresce-numero-sentencas-arbitrais-anuladas-justica>, registra que “De 2019 para 2020, o volume de pedidos de anulatórias de sentenças arbitrais, por menções feitas ao assunto, cresceu 11% (de 1.519 para 1.707). De 2020 para 2021, no trimestre, cresceu 14% (321 para 377). Mas a novidade é o aumento das anulatórias deferidas pelo Judiciário: 27% (de 62 para 85)*

⁵⁶⁹Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. § 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

No presente estudo, diante do enfoque proposto, vamos nos concentrar, para efeito de argumentação, nessas duas hipóteses, posto que ambas, em tese, podem ser analisadas sob o enfoque da *inexistência jurídica*, quais sejam:

- (i) a do inciso VI do artigo 32 – decisão proferida por corrupção do árbitro -, que desafia a questão de saber-se a natureza jurídica da decisão proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro, vale dizer, se se trata de hipótese de anulabilidade, nulidade ou de inexistência jurídica: e,
- (ii) a do inciso VIII do mesmo artigo – decisão embasada em prova ilícita -, que remonta aos deveres do árbitro previstos no do artigo 21, § 2º competindo-lhe, sempre, fazer que sejam respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Nessas hipóteses, que, ademais, ressentem-se da dificuldade inerente à pronta obtenção da prova da corrupção ou da origem ilícita da prova, poderá ocorrer, todavia, o esgotamento do prazo decadencial da ação anulatória, ensejando, assim, o manejo da ação declaratória com vistas a reconhecer-se, como admite a doutrina, a “ineficácia do procedimento arbitral” ou a “ineficácia da jurisdição arbitral”⁵⁷⁰.

Admite-se, pois, a qualquer tempo, o exercício da *ação querela nulitatis*, como também o conhecimento de ofício pelo juiz.

Afigura-se, assim, a ação declaratória, mais uma forma hábil de impugnação da decisão arbitral, restrita, todavia, a situações excepcionais. Como advertiu o saudoso Professor Donald Armelin, “o seu manejo deve ser reservado àquelas situações que, efetivamente, comportam o reconhecimento da inexistência da sentença arbitral, reduzindo-se ao mínimo as hipóteses em que sua nulidade seja convolada em figuras de inexistência”.⁵⁷¹

Sobre o efeito da ação anulatória, dependerá da natureza da sentença: para o futuro (tutela constitutiva), declaratória (também para o passado) ou condenatória (tanto para o futuro como para o passado).⁵⁷²

⁵⁷⁰CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 403.

⁵⁷¹Apud CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 407.

⁵⁷²GUERRERO, Luís Fernando, Ensaio sobre a lógica do art. 33 da Lei de Arbitragem. A ação anulatória e a efetivação das sentenças arbitrais. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. (Coords.) *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 337.

Trataremos, a seguir, da doutrina sobre a inexistência da sentença arbitral, e, após, de cada uma das aventadas hipóteses, para, a final, estabelecer as suas consequências jurídicas.

3. Posições doutrinárias sobre a nulidade e inexistência da sentença arbitral

A partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, não mais se utiliza, nas palavras de José Frederico Marques, “da linguagem imprópria e inadequada da legislação que o precedeu, onde se falava em sentença nula, como objeto da rescisória”. A terminologia acertada, em se tratando de ação rescisória, seria a do artigo 485 “a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida”, ou seja, “anulada” ou “desconstituída”. Daí que, como arremata o insigne processualista, “a sentença passível de ser atacada pela ação rescisória é, portanto, decisão *anulável*, e nunca, decisão ou julgamento nulo.”⁵⁷³

Com efeito, o Código do Processo Civil do Brasil, de 1939, ao tratar da ação rescisória de sentença, no artigo 798, dispunha que “*será nula a sentença*”. Da mesma forma, ao dispor sobre o juízo arbitral, dizia no artigo 1.045 que “*será nula a decisão arbitral*”. Não obstante a bem apontada impropriedade terminológica, a vigente Lei de Arbitragem conservou, no artigo 32, a superada expressão: “*É nula a sentença arbitral*”.

Variam, no entanto, as consequências da atipicidade processual em função da gravidade do vício, pelas quais se classificam os atos viciados em duas categorias: (a) atos irregulares, propriamente ditos, para os quais o ordenamento não estabelece sanção, porque o descompasso entre o modelo legal e o ato praticado é de pouca relevância; e (b) atos nulos, para cuja irregularidade existe uma sanção, que é a sanção de nulidade (relativa ou absoluta).⁵⁷⁴

Calmon de Passos acrescenta uma terceira categoria, qual seja, a dos atos inexistentes, que assim define: “Não é ato típico nem atípico. É um não ato, porque desprovido dos pressupostos que informam a existência do ato processual”. E, procurando diferenciar as consequências de cada categoria de atos viciados, reconhece ser nada pacífico

⁵⁷³MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3, p. 245-246.

⁵⁷⁴PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A nulidade no processo civil*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959. p. 79, assim distingue as categorias enunciadas: “O ato nulo é ato atípico, imperfeito, ineficaz. Ato, porque revestido das condições de existência do ato processual. Imperfeito, porque atípico. Ineficaz, porque judicialmente sancionado. O ato irregular é ato atípico, imperfeito, eficaz. É ato e é imperfeito pelas mesmas razões do ato nulo. Mas é eficaz, porque não judicialmente sancionado”.

o entendimento a respeito dos conceitos de invalidade, eficácia e nulidade, entendendo, afinal, que a melhor doutrina está com Carnelutti, que considera as referidas expressões como sinônimas.

Aconselha, pois, que as noções restrinjam-se a três, todas elas formas de ineficácia, que é o gênero, no qual se contêm: (i) *inexistência*, quando o ato é ineficaz desde a sua origem, carecendo dos elementos que o caracterizariam como ato processual; (ii) *nullidade*, pela qual o ato se torna ineficaz com o pronunciamento judicial sancionatório, pela falta ou defeito de um de seus requisitos e que o fizeram impotente para a obtenção dos fins que lhe foram postos na lei; e (iii) *pendência*, hipótese em que o ato regular deixa de produzir efeitos em consequência de “defeito em um de seus requisitos de atuação”.

J. J. Gomes Canotilho, partindo da teoria clássica das nulidades, igualmente, acaba por reconhecer a categoria da inexistência jurídica, aduzindo que um certo setor da doutrina a admite para reforçar a ideia de *impensabilidade*, *irrecognoscibilidade* e, portanto, a questão da própria *ocorrência* do ato. Essa concepção se justificaria pelo fato de ser necessário considerar *nulo* um ato a que faltam os elementos essenciais, mas não podendo existir nulidade que não esteja prevista na lei (*pas de nullité sans texte*), “a figura da inexistência conduzirá às mesmas consequências sem ser exigível a sua previsão legal.”⁵⁷⁵

Essa posição é adotada pela doutrina italiana, nesta síntese do pensamento de Roberto Poli⁵⁷⁶, que aponta a relevância prática da distinção entre nulidade e inexistência:

“Una *querelle* mai definitivamente risolta é quella dei **rapporti tra nullità ed inesistenza**, ciò che si riassume nel problema dela configurabilità di un'imperfezione degli atti processuali – l'inesistenza, appunto – più grave, distinta e autônoma, anche concettualmente, dela nullità. La rilevanza pratica della questione risiede nel fatto che la giurisprudenza utilizza tale qualificazione per negare qualunque forma di sanatoria rispetto a vizi che ritiene particolarmente gravi, in contrasto con i principi generali che abbiamo visto caratterizzare la nullità.”

⁵⁷⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 951.

⁵⁷⁶POLI, Roberto. La invalidità degli atti processual. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 136. Nossa tradução: Uma polêmica que nunca foi definitivamente resolvida é a da relação entre nulidade e inexistência, que se resume no problema da configurabilidade de uma imperfeição dos atos processuais - a inexistência, de fato - mais grave, distinta e autônoma, mesmo conceitualmente, do que a nulidade. A relevância prática da questão reside no fato de que a jurisprudência utiliza esta qualificação para negar qualquer tipo de sanatória com relação aos vícios que considera particularmente graves, em contraste com os princípios gerais que vimos caracterizar a nulidade.”

Também Humberto Theodoro Junior conceitua e fornece exemplos de atos inexistentes, aludindo à classificação de Couture (atos inexistentes, atos absolutamente nulos e atos relativamente nulos), a que se acrescentam os atos irregulares. Com relação ao ato juridicamente inexistente, não se poderia sequer falar de ato jurídico viciado, pois o que há é um simples *fato*, de todo irrelevante para a ordem jurídica. Falta-lhe um elemento *material* necessário à sua configuração jurídica. Assim, por exemplo, é inexistente o ato falsamente assinado em nome de outrem. O dado fático – declaração de vontade do signatário – nunca existiu, nem mesmo defeituosamente.⁵⁷⁷

Por isso, o ato inexistente jamais se poderá convalidar. A questão que remanesce é se, tampouco, precisaria ser invalidado.

Nem de fato se pode considerar ato processual, por exemplo, a sentença proferida por quem não é juiz, ou qualquer petição assinada por quem não é advogado. É intuitivo que somente cabe praticar ato inerente à função de juiz a quem dela seja titular, situação que remete à *inexistência* do ato. Já, com relação ao advogado, o Estatuto da Advocacia considera *nulos* os atos praticados por quem não é advogado.⁵⁷⁸

Verifica-se, portanto, das posturas doutrinárias no campo do direito constitucional e processual, que não existe um conceito uniforme da inexistência e suas consequências processuais.

Ou bem se toma o ato inexistente como uma forma de nulidade absoluta, conquanto sem previsão legal, mas que enseja declaração de sua invalidade pelo juiz (posição de Canotilho); ou se considera o ato inexistente um não-ato, ou mero *fato*, incapaz de surtir efeitos jurídicos, dispensando o processo judicial de invalidação (posição de Humberto Theodoro Junior).

⁵⁷⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, cit.*, p. 256. “Ato inexistente é o que não reúne os mínimos requisitos de fato para sua existência como ato jurídico, do qual não apresenta nem mesmo a aparência exterior. O problema da inexistência, dessa forma, não se situa no plano da eficácia, mas sim no plano anterior do ser ou não ser, isto é, da própria vida do ato”. Aponta, ainda, o doutrinador, outro caso que o CPC considera, de forma expressa, como ato inexistente: é aquele praticado nos autos, em nome da parte, por de inexistência do ato, praticado por advogado que não seja procurador (art. 37, parágrafo único do CPC de 1973). Assim tem entendido a jurisprudência em casos, de extinção do processo pela não juntada aos autos de procuração do autor ao advogado que subscreve a inicial, e de considerarem-se *inexistentes* os embargos à ação monitória, por não atendida a determinação de regularizar a representação processual. Julgados citados por NEGRÃO Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163, nota 10 ao Art. 37.

⁵⁷⁸Nos termos do art.1º da Lei 8.906, de 1994, constitui atividade privativa da advocacia, dentre outras, a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais, considerando o art. 4º nulos os atos praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Uma interpretação construída a partir dessas duas posições doutrinárias, conquanto divergentes, pode, no entanto, ser extraída, com vistas ao processo arbitral, se consideramos a possibilidade, em tese, de um ato, por sua desconformidade com o modelo legal, ser reputado inexistente (qual seja, uma nulidade não catalogada em lei), mas que, como todo ato processual, dotado de eficácia até que desconstituído por decisão judicial superveniente, necessita ser formalmente desconstituído.

Razão assiste, pois, a Carlos Alberto Carmona, quando invoca a crítica de Barbosa Moreira, de que a dicção legal é inexata ao afirmar que todas as hipóteses relacionadas no artigo 32 são de sentença nula⁵⁷⁹. Pois, enquanto não manejada e bem-sucedida a demanda anulatória, permanece íntegra a decisão arbitral⁵⁸⁰, não mais se podendo impugná-la após o decurso do prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no artigo 33 da LA. Até então, portanto, a lei se referiria, mais propriamente, a *anulabilidades*, pressupondo declaração judicial de sua invalidade.

Cita o ilustrado arbitralista, porém, casos excepcionais, em que seria necessário reconhecer a possibilidade do manejo de ação declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo, exemplificando com a hipótese de sentença que decidiu litígio não arbitrável (questão de estado), justificando-se o tratamento preconizado para situações excepcionais “para manter a validade do sistema imaginado pela Lei de Arbitragem, não para quebrá-lo”.⁵⁸¹

Refere, com efeito, Francisco José Cahali que há subsídios para retirar do cenário a sentença arbitral quando totalmente comprometida, sob fundamento de sua “*nulidade absoluta, ineficácia ou inexistência* da convenção (cláusula ou compromisso), ou da própria instauração do procedimento arbitral (p. ex., imposto contra a vontade e sem a participação da parte)”. Adverte o autor, todavia que a “inexistência” no plano jurídico não se confunde

⁵⁷⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 5, p. 111-112, forneceu o conceito de rescindibilidade: “Sentença rescindível não se confunde com sentença nula nem, *a fortiori*, com sentença inexistente. No particular, a redação do dispositivo sob exame assinala sensível progresso técnico em relação à do art. 798 do Código anterior, onde era manifestamente impróprio o uso do adjetivo “nula” aplicado a decisão já trãnsita em julgado”. (...) “Não se deve supor que a sentença portadora de qualquer dos vícios enumerados no art. 485, porque rescindível, deixe de revestir-se da autoridade de coisa julgada. Bem ao contrário: é até *pressuposto* da rescisão o fato de ter-se ela revestido de tal autoridade. Enquanto não rescindida, apesar de defeituosa, a sentença tem a força que normalmente teria, e produz os efeitos que normalmente produziria se nenhum vício contivesse.”

⁵⁸⁰Como ensina Candido Rangel Dinamarco, *apud* GUERRERO, Luís Fernando, Ensaio sobre a lógica do art. 33 da Lei de Arbitragem. A ação anulatória e a efetivação das sentenças arbitrais, *cit.*, p. 337 e ss. “o contrato anulado não dependerá de nenhuma providência adicional para que deixe de produzir os seus efeitos, o que não ocorrerá necessariamente com as tutelas declaratórias, que solucionam crises de certeza, e condenatórias, que solucionam crises de adimplemento, e, por definição, depende de uma demanda de efetivação na hipótese de não haver cumprimento voluntário por parte do devedor”.

⁵⁸¹CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96*, *cit.*, p. 398 e ss.

com a repercussão prática do ato viciado, daí a necessidade de sua declaração por ação específica. Trata-se, enfim, de uma inexistência jurídica, não de inexistência fática. Em sendo inadmissível subtrair-se do Judiciário controvérsia relativa a direitos indisponíveis, de ordem pública, uma vez submetida à arbitragem questão dessa natureza “todo o procedimento será tido por ineficaz, tal como a própria sentença.”⁵⁸²

4. Ausência de imparcialidade do árbitro, prova ilícita e suas consequências jurídicas: nulidade e anulação da decisão arbitral

A arbitragem constitui método jurisdicional de solução de conflitos, caracterizado pela presença de um particular que atua como terceiro imparcial (árbitro ou painel arbitral). No desempenho dessa atividade, que lhe foi confiada por vontade das partes (e que tem o caráter de jurisdição estatal), espera-se do árbitro um elevado nível de comprometimento moral e ético, de modo a preservar a sua independência e imparcialidade.

No arcabouço jurídico no qual estará inserida a decisão arbitral – não sujeita a recurso quanto ao mérito - acentua-se a necessidade de observância da ordem jurídica como um todo, que compreende os princípios processuais e as regras de direito material aplicáveis, consoante estiver previsto na convenção arbitral, assim como das normas de ordem pública e pertinentes a direitos fundamentais.

No caso, emblemático, da decisão proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro, desaparece a figura do árbitro imparcial, comprometendo a base do sistema, o que tem sido equiparado a uma situação de inexistência da decisão, conquanto a LA a qualifique, no inciso VI do artigo 32, assim como as demais hipóteses, de nulidade.

Excepcionalmente, nessa hipótese, malgrado o escoamento do prazo decadencial, seja por constituir hipótese de nulidade, seja de inexistência, enquanto ato, se poderia cogitar do manejo da ação declaratória dessa nulidade, que permanece no mundo no jurídico e dele precisa ser extirpada, para confirmação dos princípios que regem a arbitragem.

A questão da corrupção do árbitro também se colocou em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, que até então

⁵⁸²CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem, cit.*, p.404 e ss.

vinha adotando uma postura “cartorial, com mero chancelamento da sentença estrangeira”, entendeu, no Caso Abengoa, onde foi suscitado o recebimento de dinheiro pelo árbitro, que o Judiciário brasileiro deve apreciar se houve violação do princípio de ordem pública no Brasil⁵⁸³.

Da mesma forma, na hipótese de o árbitro ter tido conhecimento de prova ilícita, coloca-se em xeque a questão da sua imparcialidade, por constituir matéria atinente à ordem pública.

Nossa lei arbitral, além da hipótese de denegação da homologação de sentença estrangeira, quando constatada pelo Superior Tribunal de Justiça ofensa à ordem pública nacional, não prevê a possibilidade de nulidade da sentença por violação a esse título.

Mas o enfrentamento da questão caminhou noutro sentido. Como refere Carlos Alberto Carmona, o direito italiano também não inclui a ordem pública como causa de anulação do laudo, o que levou a doutrina a adotar uma analogia com o regime de acolhimento de sentenças estrangeiras. Pois, se estas são submetidas ao controle deliberatório de eventual ofensa à ordem pública, o mesmo controle deve aplicar-se às sentenças arbitrais, de modo a serem judicialmente reconhecidas na Itália. Conclui, assim, o autor que a falta de referência expressa à ordem pública, dentre as hipóteses de invalidação da sentença arbitral não impede a exclusão de decisão que ofenda valores importantes para a sociedade.⁵⁸⁴

Dada essa possibilidade, também a decisão que contemple prova ilícita, que atenta contra a ordem pública, não há de prevalecer.

⁵⁸³Trata-se do julgamento, pelo STJ, da SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - US (2013/0278872-5). Conforme afirmação do advogado Leandro Augusto Ramozzi Chiarottino, que representou a parte vencedora. Segundo matéria publicada em 19.04.2017 (mesma data do julgamento), no sítio eletrônico da revista Consultor Jurídico, “A causa envolvia a multinacional Abengoa e a usina brasileira Adriano Ometto Agrícola. Ao mesmo tempo em que ocorria a arbitragem, em Nova York, o escritório do advogado que presidiu a disputa recebeu cerca de US\$ 6 milhões da Abengoa. Nos Estados Unidos, a Justiça entendeu que não ficou demonstrada a ligação direta entre o dinheiro recebido pelo escritório e a decisão arbitral. Para os ministros do STJ, não é preciso provar o nexo. O recebimento do dinheiro por si só caracteriza vício que viola o princípio da ordem pública”. in CANÁRIO, Pedro. Ofensa a ordem pública justifica não homologação de sentença estrangeira. *Consultor Jurídico*, 19 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-19/stj-ve-corrupcao-arbitragem-estrangeira-nao-homologa-sentenca>. Trata-se do julgamento da Sentença Estrangeira Contestada – SEC 9412, Relator Ministro Felix Fisher, tendo a ementa destacado, a propósito, que: (...) 3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996). 4. Dada a natureza contratual da arbitragem, que põe em relevo a confiança fiducial entre as partes e a figura do árbitro, a violação por este do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência, obsta a homologação da sentença arbitral (...).

⁵⁸⁴CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96, cit.*, p. 416.

Para evitar-se tal situação, se a prova foi juntada ao processo, não podendo o árbitro de antemão cogitar de sua origem ilícita, caberia, no momento da decisão, valorá-la e excluir os seus efeitos. Nenhuma tese jurídica que dependa dessa prova poderá, assim, ser acolhida pelo árbitro.

Por outro lado, se a prova supostamente ilícita foi totalmente desconsiderada, mas da apreciação da ilegalidade do modo de obtenção depender a tomada de uma posição pelo árbitro, a parte que pretendia utilizá-la em sua defesa, quiçá até mesmo invocando o cânone da proporcionalidade para sua legitimação, restou preterida em sua expectativa de um processo justo e imparcial, pois ao árbitro caberia desincumbir-se de todos os juízos de fato e de direito que acarretassem conclusão decisiva para qualquer das partes.

Não o fazendo, compromete, tal qual, a sua imparcialidade. Mesmo à luz do princípio da aquisição da prova, se uma prova ilícita vier a ser valorada em desfavor da parte que teve seu direito fundamental à intimidade ou ao sigilo violados, deveria ser considerada subjetivamente ilícita em relação a quem a produziu.

Omitindo-se nessa apreciação sobre a licitude probatória, deixa o árbitro de atuar segundo a ordem pública e o respeito aos direitos fundamentais. Salvo, quando cabível, se promover o devido balanceamento de valores. Sendo omissos o árbitro, resta também comprometida a sua imparcialidade.

Antes disso, quando o árbitro deixa de apreciar qualquer prova relevante, ainda que eventualmente lícita ou ilícita, não estaria em falta com sua obrigação de decidir “todo o litígio submetido à arbitragem” (art. 32, V da LA, revogado pela Lei 13.129/2015⁵⁸⁵), no sentido de haver proferido sentença parcial, mas estaria em falta por não haver decidido adequadamente, e, portanto, não haver se desincumbido da sua missão de julgador, por violação do dever de fundamentação.

Seria, na busca de uma causa mais precisa, aquela expressamente prevista dentre as hipóteses de nulidade do laudo arbitral previstas no Código General del Proceso uruguaio, qual seja, de “[Por] haberse negado a los árbitros a recibir alguna prueba esencial y determinante.”⁵⁸⁶

⁵⁸⁵Segundo MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*, cit., p. 274, “A reforma da Lei de Arbitragem corrigiu esse ponto e previu expressamente que não se trata de ação anulatória, mas de ação judicial específica, para o árbitro proferir sentença arbitral complementar”.

⁵⁸⁶*Ley N° 15.982 Código General del Proceso. Artículo 499. Recursos contra el laudo* *Contra el laudo arbitral no habrá más recurso que el de nulidad, que corresponder en los casos siguientes: 1) Por haberse expedido*

Faltar com esse dever, de consideração do conjunto probatório, constitui, outrossim, desatendimento ao *requisito* da fundamentação da decisão, previsto no inciso II do art. 26 da LA, que impõe a análise das questões *de fato* e de *direito*. Suprimir ou manietar esse juízo dos fatos relevantes representa, portanto, causa de anulabilidade da decisão, prevista no art. 32, inciso III da LA.

Poderia, ainda, ensejar violação do art. 32, inciso VIII c;c; art. 21, § 2º da LA, afetando, por arrasto, os princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do árbitro.

Excepcionalmente, nos casos em que se possa afirmar até mesmo a inexistência da decisão, pela fundamentação exclusiva em prova ilícita, entendemos que seria possível, por analogia à situação da decisão proferida por corrupção do árbitro, o manejo de ação declaratória de nulidade, embora ultrapassado o decurso do prazo decadencial. É o que procuraremos demonstrar nos derradeiros Capítulos.

fuera de término. 2) Por haberse expedido sobre puntos no comprometidos. 3) Por no haberse expedido sobre puntos comprometidos. 4) Por haberse negado a los árbitros a recibir alguna prueba esencial y determinante (Tradução: Tendo os árbitros se recusado a apreciar qualquer prova essencial e determinante)

VIII. CONCLUSÕES GERAIS

As provas ilícitas na arbitragem, dadas as peculiaridades desse meio jurisdicional de resolução de conflitos, fundado em base contratual, propiciam, sem dúvida, novas perspectivas de análise. E o tema, constitui, para nós, um grande desafio, qual seja, o de fundamentar as conclusões alcançadas, com vistas à sua aplicação na atividade instrutória do árbitro e das partes.

Partindo da própria concepção de prova e dos meios de prova, em face do ordenamento pertinente, de direito material e processual, situamo-nos num universo praticamente livre da imposição de regras próprias ou subsidiariamente aplicáveis.

A arbitragem, com efeito, é um terreno fértil e plano, quase desprovido de vegetação legal nativa sobre provas, e dos intrincados cipós interpretativos vinculantes. Aqui, as partes, jungidas pela convenção arbitral, podem moldar o procedimento (*tailored*), de modo a refletir maior agilidade e eficiência.

Nesse sentido, podem convencionar sobre a vedação de determinados meios de prova, cujo resultado a doutrina denomina *prova ilícita negocial*, num exercício de negociação jurídico processual, tão afeito à arbitragem que dela se entende haver sido transportado pelo processo civil. O limite estaria no ajuste entre as partes visando a imposição ao árbitro da aceitação de provas de origem ilícita, o que, a par da ofensa à ordem pública, poderia eventualmente, vir a caracterizar simulação ou fraude.

Podem, ainda, as partes, buscar Câmaras Arbitrais dotadas de regulamentos mais adequados à matéria objeto da disputa, sem prejuízo da adoção de *guidelines* específicos sobre obtenção de provas (como as Regras da IBA sobre *Taking of Evidence*, ou as Regras de Praga, de inspiração na *civil law*, que privilegiam a atuação do árbitro).

Quanto à prova ilícita, abandonamos, nesta abordagem, o enfoque legalista e jurisprudencial que lhe é conferido nos processos estatais, em constante debate com a doutrina processual penal e civil, cultuado antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a regra geral da sua inadmissibilidade.

Tema de inúmeros estudos, na esteira da obra *Liberdades Públicas e Processo Penal*, publicada em 1976, da emérita Professora Ada Pellegrini Grinover, de quem tivemos o

privilégio de receber orientação sobre nossa Dissertação de Mestrado, sob o título Provas Ilícitas.

Concentramo-nos, ora, no elo normativo mais evidente, qual seja, entre a previsão constitucional de inadmissibilidade do art. 5º, inciso LVI, e o dever legal do árbitro de fundamentação da decisão, lastreada na análise das questões de fato de direito, como preceitua o art. 26, inciso II da LA, com ênfase no juízo dos fatos.

É, justamente, sobre o juízo dos fatos, que se voltam os modernos reflexos da epistemologia judiciária, que procuramos, na medida do possível, adaptar ao processo arbitral.

Preza muito, a esse enfoque, a questão da justificação da racionalidade da decisão, sendo o processo informado por princípios garantidores, como o da vedação ao conhecimento pessoal do árbitro, o do contraditório e da ampla defesa, com desdobramento no direito à prova, e a própria justificação que se faz em nome do balanceamento de valores suscitado pela aplicação da regra da proporcionalidade, na ocorrência de colisão entre direitos fundamentais.

Não basta, todavia, que a decisão se afigure formalmente racional, como na aplicação de um mero silogismo entre a norma e o fato. O problema, como já preceituou a doutrina, é que o silogismo judiciário decorreria da *lógica dedutiva*, limitada a fornecer critérios formais de correção dos argumentos, deixando de lado as questões materiais ou de conteúdo ⁵⁸⁷.

Exige-se, sobretudo, a demonstração particularizada do caminho percorrido pelo convencimento do árbitro sobre todos os fatos relevantes trazidos para o processo, seja pelas argumentações das partes e respectivas provas, seja pelos elementos fáticos resultantes dos poderes instrutórios do árbitro, ou, geralmente, por ambos.

Figure-se, nesse passo, que a parte reputada devedora numa contratação apresente, como prova de quitação da dívida, um recibo firmado pela parte credora. Sob a perspectiva do silogismo norma-fato, o árbitro deveria aplicar o art. 320 do CC, pelo qual se reputa provado o pagamento da dívida mediante a exibição de recibo por parte do devedor. Todavia, nesse exemplo, que poderia se desdobrar em diversos encadeamentos lógicos sobre fatos e provas, o recibo teria sido obtido à custa de uma chantagem exercida sobre o credor,

⁵⁸⁷CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos em sentido estrito. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 73.

documentada por uma prova supostamente ilícita, qual seja, uma conversa obtida pelo próprio credor ou terceiros por captação ilegal.

Ao desconsiderar essa prova, apresentada pelo credor, por ilícita, o árbitro suprimiu etapas do juízo de fato, por excluir da formação do seu raciocínio a hipótese de o débito não se encontrar efetivamente quitado, em que pese à apresentação do recibo de pagamento, obtido mediante a alegada coação exercida em face do credor.

Nesse caso, cumpriria ainda analisar-se se a prova, por favorecer o credor, vítima de extorsão, deveria ser considerada subjetivamente ilícita apenas em relação ao devedor desonesto, mantendo-se subjetivamente lícita em relação ao credor, que, em decorrência dessa apreciação, teria sua pretensão creditória aceita e convertida em título executivo por força da sentença arbitral.

Sob essa imposição lógica, de consideração de todas as provas relevantes existentes no processo, em decorrência do direito à prova das partes e do dever de bem fundamentar do árbitro, a prova no processo arbitral se afigura, em sua essência, da mesma natureza da prova obtida numa pesquisa científica, onde uma alteração significativa no tratamento dos dados colhidos poderia conduzir a resultado estatisticamente inaceitável.

Nessa linha, o direito à prova subordina-se ao princípio da vedação da prova ilícita, presente em nosso sistema jurídico, pela presença de norma de ordem pública nesse sentido, mas não seria aplicado da mesma forma nos ordenamentos anglo-saxões, onde vigora a regra do *male captum, bene retentum*, utilizado nas arbitragens interestatais.

Por outro lado, se a prova, conquanto lícitamente obtida na origem, advier de uma mediação, realizada sob o manto da confidencialidade, segundo a regra do *Without Prejudice*, em parte contemplada na Lei de Mediação brasileira, não poderia ser utilizada na arbitragem por se afigurar prova ilegítima, por contrariar vedação processual.

Daí a relevância da distinção ilícita-ilegítima em termos de provas proibidas, que terá como consequência prática a possibilidade de a mesma prova ilegítima vir a ser obtida de outra forma pelo interessado, seja porque se encontra disponível em banco de dados público, seja porque este poderia se valer de medida antiarbitragem, antecipatória de prova, independentemente da urgência, cujo cabimento defendemos acima ao tratar dos meios de obtenção de prova.

Questão que vem despertando questionamentos, em face de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, é a da validade, no processo penal, de provas obtidas por

hackeamento ou vazamento de dados *hakeados* por organizações jornalísticas, como a Wikileaks ou a Intercept, que publica informações secretas, vazamentos de notícias e mídia classificada de fontes anônimas. Por reputar tais informações de interesse público, pretendia-se a admissão de provas ilícitas, com a finalidade, por exemplo, de reconhecer-se a suspeição ou parcialidade do juiz que teve vazadas as conversas mantidas com promotores referentes ao processo, com suposta intenção de prejudicar o réu⁵⁸⁸.

No âmbito da arbitragem, todavia, onde não figuram interesses indisponíveis, nem tampouco aqueles de maior magnitude, como a liberdade do réu, e o correlato exercício do direito de ampla defesa, tem a doutrina entendido pela invalidade desse meio atípico de prova, reconhecidamente ilegal, mas eventualmente acolhido pela regra de balanceamento em confronto com o direito à informação, que o legitimaria. É que a difusão da prova ilícita, ao ensejo da divulgação de fatos relevantes, acabaria por legitimar qualquer prova ilicitamente obtida, em desrespeito a garantias fundamentais, constituindo-se, por vezes, em expediente malicioso para prejudicar a parte adversa.

Tratam-se tais questões, na arbitragem, à luz da ética, segundo *guidelines* internacionalmente aceitos, que prevêm tanto a vedação de provas obtidas por meios desleais, como também a extração de inferências negativas contra a parte que as produziu, além da aplicação de punições aos advogados das partes. Dessa forma, a arbitragem, que não é amoral, faz as suas próprias regras, privilegiando o processo justo.

Contudo, em determinados setores, como o da arbitragem esportiva, que oferece exemplos de aplicação da regra da proporcionalidade, sempre visando o combate à corrupção nos esportes ou o uso de drogas proibidas pelos atletas, tem por vezes admitido provas que se afiguram ilícitas, como gravações ambientais ou vazamento de dados por *hackers*, na afirmação de que o *fair play*, que deveria ser baseado em provas lícitas, poderia, por vezes, ser sacrificado em prol da repressão ao *foul play* nos esportes.

⁵⁸⁸No julgamento do HC 164.493 PR, Rel. Min. Edson Fachin, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou em sessão de 23.6.2021, por 7 votos a 4, a decisão da 2ª Turma que declarou o ex-juiz Sergio Moro suspeito para julgar o ex-presidente Lula no caso do triplex do Guarujá (SP). Contudo, o reconhecimento da suspeição não se deveu à utilização das provas ilicitamente obtidas na Operação Spoofing, mas na existência de outros fatos que denotariam a perda da imparcialidade do magistrado. O presidente do STF, ministro Luiz Fux, votou contra manter a decisão da Turma e criticou a utilização de gravações entre o ex-juiz Moro e os procuradores de Curitiba que atuaram na chamada operação "lava jato". "A suspeição, na verdade, pelo ministro Edson Fachin, foi afastada. Municou [o julgamento na Segunda Turma] uma prova absolutamente ilícita, roubada que foi depois lavada. É como lavagem de dinheiro. Não é um juízo precipitado. Essa prova foi obtida por meio ilícito. Sete anos de processo foram alijados do mundo jurídico", disse.

Já, nas arbitragens de investimento, onde são comuns as alegações de corrupção, por parte do Estado nacional, em relação ao investidor estrangeiro, a doutrina tem delineado, com base na jurisprudência do ICSID, três padrões de comportamento dos árbitros em relação a essas alegações e provas, que podem ser entendidos como *standards* probatórios de maior ou menor rigor para o reconhecimento de atos de corrupção, inclusive valendo-se de provas surgidas em vazamentos de dados.

Feita a comparação com os padrões norte-americanos, de suficiência da prova para embasar condenações, chegamos à conclusão de que, descartada a régua máxima, utilizada para condenações criminais, da prova acima de qualquer dúvida razoável, e afigurando-se insuficiente o critério da preponderância da prova, normalmente utilizado no processo civil patrimonial, poderia ser adotado o critério intermediário, da prova clara e evidente, semelhante ao que vem sendo preconizado pela doutrina no Brasil nas ações de improbidade administrativa. Isso se justificaria pelo caráter público dos investimentos contraídos por via de tratados bilaterais entre Estados e investidores estrangeiros.

Ainda, nas arbitragens internacionais, em que pese à inexistência de decisões voltadas especificamente à validade das provas unilateral e ilegalmente obtidas, tem-se entendido que podem ser aceitas como subsídio em situações em que se verifica a total impossibilidade de provar o fato por outro meio.

Trata-se do denominado *plaintiff's dilemma*, a justificar a apresentação de prova ilícita sob respaldo de um verdadeiro estado de necessidade processual. Na teoria, seria emanção do sistema anglo-saxão do *male captum, bene retentum*, a admitir a prova ilícita, reservando-se eventual punição ao transgressor da norma.

Assim, quanto aos *standards* probatórios na arbitragem, podem ser tomados como parâmetros epistêmicos para uma melhor formação do convencimento do julgador em face do contexto fático, possuindo, assim, uma vinculação ao tipo de arbitragem (comercial, de investimentos, esportiva ou transnacional), o que não afeta diretamente a questão da admissibilidade da prova ilícita, pois o árbitro deve decidir com base no conjunto probatório, e nele havendo provas dessa natureza, será impositiva a sua valoração.

Sob outro enfoque, seria possível na arbitragem que as partes convencionassem sobre a adoção de um determinado *standard* probatório, à guisa de negócio jurídico processual, com previsão, por exemplo da aceitação tão somente de provas documentais. Essa, aliás, a

regra no procedimento sumário, contida no regulamento da CCBC, sem prejuízo, todavia, da determinação de provas de ofício pelo árbitro.

Tais poderes instrutórios do árbitro, na verdade, devem constituir o fiel da balança na apreciação do conjunto probatório, facultando-se, ou mesmo, por vezes, impondo-se logicamente ao árbitro, para a formação racional do seu convencimento, a determinação de produção de outras provas, visando completar a cadeia probatória ou dissipar dúvidas e contradições. Mas não se concebe que o árbitro venha a partir desde logo em busca de elementos de prova, sob pena de comprometer a sua imparcialidade. Nem que, ao contrário, diante de uma lacuna no encadeamento dos fatos, se precipite a interromper a linha de raciocínio probatório, com uma decisão surpresa, antecipatória do mérito, sem antes proporcionar às partes o direito de manifestação e eventual requerimento de produção de outros meios de prova.

Analizamos, por fim, no Capítulo anterior, as consequências da existência de provas ilícitas no processo arbitral, sabendo-se que a eventual ilicitude não se refletirá na validade da prova, *de per si*, já que não poderia ser excluída de antemão, mas tão somente na sua valoração, no momento da sentença.

A princípio, diante de alegação das partes nesse sentido, cumpriria ao árbitro valorar as provas e estabelecer a justificativa dos elementos de fato que serão considerados na decisão, aceitando ou refutando cada prova relevante. Não procedendo dessa forma, caberá à parte prejudicada solicitar esclarecimentos, no prazo legal, possibilitando-se, dessa forma, que o árbitro se pronuncie sobre o ponto omitido, a respeito do qual devia manifestar-se a decisão (art. 30, inciso II da LA). Se tal pronunciamento interferir na conclusão lógica racional, poderá importar no aditamento da decisão (semelhante aos efeitos infringentes dos embargos de declaração).

Caso o árbitro ou tribunal arbitral deixe de se pronunciar sobre o ponto omissivo, haverá ensejo para a propositura de ação de nulidade, com fundamento no artigo 32, inciso III, da LA, por não contar a decisão com a adequada fundamentação, revestida da análise das questões de fato e de direito, seja sobre a pertinência dos fatos que estariam embasados por prova supostamente ilícita, seja sobre a própria licitude da prova, o que constitui matéria de direito processual, inclusive quanto ao balanceamento de valores eventualmente empregado.

Por fim, em se verificando a hipótese de inexistência da decisão, seja porque encontrada prova sobre a corrupção do árbitro ou de outros casos de violação da ordem pública já reconhecidos pela doutrina (ausência de arbitralidade), seja porque a decisão foi baseada exclusivamente em prova ilícita, ou de provas desta derivadas, cuja demonstração só pôde ocorrer após decorrido o prazo legal para propositura da demanda de nulidade, entendemos cabível a impugnação da decisão por via de ação declaratória de nulidade. Isso porque a inexistência, representando o grau máximo de desconformidade do ato com o modelo legal e com a ordem pública, equivaleria a uma nulidade sem previsão legal, podendo ser alegada, a qualquer tempo, por ação própria.

Sobre essa questão, e outras relacionadas, dedicamos, em remate, o capítulo final deste estudo.

IX. CONCLUSÃO FINAL: SOBRE O CABIMENTO DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DAS DECISÕES ARBITRAIS QUE ADMITEM PROVA ILÍCITA APÓS O DECURSO PRAZO NONAGESIMAL

Todo o raciocínio até aqui desenvolvido sobre a prova jurídica, parte das considerações iniciais sobre a sua finalidade, poder de convencimento sobre o julgador e da destinação incondicional da prova, que seria, em última análise, vocacionada ao processo, e não, exclusivamente, aos árbitros.

O grande desafio que o problema da prova ilícita suscita não reside tanto na sua concepção jurídica ou nas consequências de sua admissão, ainda revestida de controvérsias, mas no seu sentido prático, de evitar que a decisão final seja coroada por um elemento fático trazido ao processo com violação de direitos fundamentais.

O devido processo legal pressupõe a observância das garantias das partes, dentre elas o pleno exercício do direito à prova, de caráter constitucional, que, contudo, pode sofrer limitações em confronto com a necessidade de garantia de outros direitos fundamentais.

Acima de tudo, visa a arbitragem assegurar o desenvolvimento de um processo justo, de acordo com os padrões sociais vigentes, cuja decisão deve se fundar em critérios de racionalidade, que permitam, num primeiro momento, a aceitação do seu acerto pelas partes, ou a reação, por via de ação anulatória, diante de eventuais desvios por erros *in procedendo* (posto ser o mérito exclusivamente afeto à decisão dos árbitros), sempre tendo em vista a correta apreciação da existência das proposições fáticas e da aplicação das normas jurídicas.

Para ilustrar esse enfoque, no âmbito da arbitragem, recuamos alguns passos e traçamos algumas analogias com outros tipos de processos, recorrendo à Teoria Geral do Processo, cujos princípios básicos lhes são indistintamente aplicáveis. Em especial, ao processo penal, cenário onde a força da jurisdição atinge os valores mais sensíveis do indivíduo, nos confrontos entre a liberdade e a segurança social, implicando, ainda, atualmente, em reflexos patrimoniais de alta expressão. Nessa seara, tomamos de empréstimo as sensatas considerações verbais de Jordi Nieva Fenoll, veiculadas em palestra

proferida na Corte Superior de Justiça de Lima, Peru, com relação à inadmissibilidade, em grau máximo, da prova ilícita.⁵⁸⁹

Parte o processualista espanhol do questionamento sobre as vulnerações de direitos fundamentais perpetradas por um policial. O que ocorre, nessa situação, é, para o autor, deveras preocupante, pois quando o agente estatal, para adquirir uma prova, vulnera um direito fundamental, ele acaba por se instalar num espaço de total clandestinidade, onde poderá manipular provas ou pressionar o acusado, sem nenhum tipo de controle. Age por conta de seu exclusivo arbítrio.

E isso é perigosíssimo, por dois motivos: primeiro, porque a polícia, para investigar, não necessita violar direitos fundamentais, podendo um policial honesto dispor de outros meios lícitos; e, segundo, é alarmante, porque a partir do momento em que a polícia se instala num espaço de clandestinidade, pode fazer o que quiser, e com certeza, provocar a distorção da realidade.

Alterando-se a demonstração da realidade, está-se desviando totalmente de uma das finalidades principais do processo, que é a averiguação dessa realidade fática. Por essa manipulação irremediável, chega-se a um resultado probatório fictício. Daí que a vulneração de um direito fundamental se configura como um indício evidente de manipulação de provas.

Quando ocorre a violação de um direito fundamental, arremata o autor, algo se passou, ou poderia ter se passado. O indício de violação, de todo modo, existe. Por consequência, a prova vulneradora de direitos fundamentais deve ser excluída radicalmente, porque não podemos permitir essa deturpação da realidade dos fatos⁵⁹⁰.

É bem verdade, como também observou, em artigo jurídico, Jordi Nieva-Fenoll, que, nos Estados Unidos da América, o efeito dissuasório da exclusão da prova ilícita sobre a má conduta policial não teve grande protagonismo. Na Europa, esse tão propalado efeito teve pouca expressão, sendo comum encontrar na jurisprudência declarações de nulidade em consequência da violação, *de per se*, de direitos fundamentais “como se a única razão da observância destes fosse a sua mera existência no ordenamento”.⁵⁹¹

⁵⁸⁹NIEVA-FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Conferencia na Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. 12 nov. 2014. <https://aulavirtual.pj.gob.pe/cursosinternos/la-valoracion-de-la-prueba-dr-jordi-nieva-fenoll-espana/>.

⁵⁹⁰NIEVA-FENOLL, Jordi. *A essência: a violação policial de um direito fundamental é um indício muito forte de manipulação de provas*. <https://www.facebook.com/100009613814346/videos/2765393760457724/>.

⁵⁹¹NIEVA-FENOLL, Jordi. Policia judicial y prueba ilícita. regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, p. 465-494, abr. 2018.

Evidentemente, não é esse efeito de *policy* que persistiria para desestimular o uso de provas ilícitas no âmbito do processo civil, nem muito menos no processo arbitral, pois árbitros são julgadores apenas nas causas em que atuam, e não agentes públicos responsáveis por executar uma política legal ou judicial. A vedação ao uso das provas ilícitas se coloca na arbitragem, pois, com o objetivo de proteção dos próprios litigantes e dos seus direitos fundamentais expostos à violação.⁵⁹²

Transposta, porém, a tônica desse raciocínio para o processo arbitral, é possível, grosso modo, substituir-se a figura do mau policial pela da parte que litiga de má fé, apresentando provas de origem suspeita e não esclarecida, o que inviabiliza a verificação da sua autenticidade, integridade, e da cadeia de custódia na sua obtenção e preservação, propiciando que se instale na jurisdição arbitral o mesmo ambiente de clandestinidade, sujeito a todo tipo de manipulações, a inspirar desconfiança entre os jurisdicionados. E, aqui, o resultado probatório é de ser considerado igualmente fictício, no plano da realidade. O que corresponde, no plano jurídico, ao conceito de inexistência do ato, enquanto prova.

Nesse exato sentido, Rodrigo Garcia da Fonseca, para quem a prova ilicitamente obtida é, muitas vezes, considerada suspeita e insegura, por não submetida aos procedimentos que a sociedade, por seus legisladores, reputou indispensáveis à aceitação do seu conteúdo.⁵⁹³

A diferença, fundamental, é que nossa Lei de Arbitragem – LA não considera eventuais nulidades ocorridas no curso do processo, visto que estas somente irão se manifestar no momento de elaboração da sentença arbitral, quando esta, no caso, não contiver os requisitos previstos no artigo 26, notadamente no inciso II, que trata dos fundamentos da decisão, “onde serão analisadas as questões de fato de direito”.

Analisaremos, assim, a subsistência ou não de uma decisão fundada em prova ilícita, em face das pertinentes hipóteses legais de nulidade, e, para além delas, por via de outros fundamentos, ou da possibilidade de promover-se, além do prazo decadencial, a ação declaratória da nulidade.

Seguem, em premissas, os seguintes questionamentos.

⁵⁹²FONSECA. Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira, *cit.*, p. 515.

⁵⁹³*Id. Ibid.*, p. 513.

1. O enquadramento da decisão fundada em prova ilícita nas hipóteses do art. 32 da LA, ou para além desse dispositivo, seria um rol taxativo?

Dentre as hipóteses de nulidade previstas no art. 32 da LA da decisão arbitral, enfocaremos aquelas que, diretamente, envolveriam a questão probatória. Já abordamos a questão de não se tratar propriamente de nulidade, mas de *anulabilidade*, pois a sentença arbitral, ainda que reputada inexistente pela presença de grave vício, continuará a produzir efeitos até ser anulada judicialmente.

Tomemos, de início, o inciso III do art. 32, que prevê a nulidade da decisão por falta de um dos requisitos obrigatórios da sentença arbitral, elencados no art. 26 da LA. Desses requisitos, importa considerar, com relação à prova ilícita, o do inciso II (fundamentos da decisão, com análise das questões de fato e de direito). Quais sejam, as questões relevantes para a formação do raciocínio e convencimento do árbitro. Pois, se a decisão foi fundada em prova ilícita, ou em elementos de prova dela derivados, como tais podem ser considerados inexistentes perante o Direito, não se afigurando, à falta de embasamento probatório válido, parcial ou totalmente fundamentada a decisão.

Mas esta não seria a única hipótese do artigo 32 em que se enquadraria tal situação.

Incluiremos, ainda, o inciso VIII, que trata da decisão em que forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º da LA, quais sejam, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, contidos na regra maior do *devido processo legal*.

O contraditório deve ser observado em todo o arco do procedimento arbitral, inclusive na produção das provas dentro do processo. O problema reside nas provas obtidas fora do processo, sob vasto espectro, mormente levando-se em conta as constantes evoluções tecnológicas. Nesse tipo de provas, chamadas pré-constituídas, o contraditório somente pode ser deferido, seja por impossibilidade fática, seja por razões de economia processual. Mas deve ser efetivo, possibilitando-se às partes, em nome do pleno exercício do *direito à prova*, total ciência e oportunidade de contradizer essas provas, seja quanto à sua autenticidade e integridade (veja-se a propósito o que acima foi dito sobre a prova eletrônica), seja quanto à própria validade.

Portanto, se houver questionamento quanto a esses aspectos, em especial quanto à origem ou modo de obtenção da prova, deverá o árbitro instaurar o contraditório e decidir a respeito, nada impedindo que o faça desde logo, mas ainda que somente o faça, como é curial, no momento da sentença, deverá resolver essa questão. Que, ressalte-se, não é apenas jurídica, de validade, mas que tem reflexos no estabelecimento do juízo dos fatos, na medida em que a exclusão de uma prova pode inviabilizar a demonstração da existência de um fato. Não o fazendo o árbitro, estará configurada a possibilidade de impugnação da decisão por via do inciso VIII do art. 32, c.c. o § 2º do art. 21 das LA,

A igualdade das partes precede o contraditório, assegurando que os contendores possam ter igual oportunidade de influir no convencimento do árbitro. Mas a igualdade, no processo arbitral, que nasce de um ajuste contratual, versando direitos patrimoniais disponíveis, firmado sob o signo da autonomia da vontade e da boa-fé, não poderia aqui ser tutelada com a mesma amplitude com que ocorre noutros tipos de processo, que versam sobre direitos indisponíveis, onde é vocacionada a garantir uma paridade de armas, de caráter substancial⁵⁹⁴. Daí que, prevaleceria, na arbitragem, ao tratar igualmente partes iguais, o enfoque da **igualdade formal**, não se cuidando, em regra, de tratar desigualmente partes desiguais sob o enfoque da **igualdade substancial**.

Desse modo, apenas no caso de se verificar eventual coação na fase pré-contratual ou má-fé quanto à estipulação de deveres relacionados à prova do cumprimento das obrigações, é que seria cabível questionar a violação desse princípio *de per si*. Nos demais casos, a isonomia estará sempre presente em qualquer situação processual, de modo a garantir o desenvolvimento de um processo justo e igualitário. Figure-se, no tocante à alegação de prova ilícita, uma quebra do equilíbrio suscitada por cláusula que faculte a apenas a uma das partes a injustificada quebra do sigilo bancário ou comercial da parte contrária.

Da supressão do tratamento igualitário às partes, pode despontar a ausência de imparcialidade do árbitro. Há decisões, em sede de homologação de sentença estrangeira no Brasil, onde foi reconhecida a vinculação do árbitro ao escritório de advocacia de uma das partes, de quem teria recebido vantagem pecuniária. Hipótese, em última análise, de

⁵⁹⁴Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 25.06.2019, do Recurso Especial 1.598.220-RN, Rel. Min. Paulo de Tarsoi Sanseverino, entendeu que “[A] hipossuficiência reconhecida na origem não é causa suficiente para a caracterização das hipóteses de exceção à cláusula Kompetenz-Kompetenz.”

corrupção do árbitro, que já é objeto de previsão específica no inciso VI da LA, além de ferir frontalmente a ordem pública.

Por fim, e não menos importante, o livre convencimento do árbitro não pode ser tolhido por convenção entre as partes, que venha a limitar, desarrazoadamente, os seus poderes instrutórios, comprometendo a racionalidade e valor epistêmico do resultado probatório. Seria, assim, o negócio jurídico processual que restringisse os meios de prova exclusivamente à categoria da prova documental, *stricto sensu* (visto que todos os meios de prova podem ser digital ou originariamente convertidos em documentos escritos ou formados por imagens e sons). Vedar ao árbitro a oitiva de uma testemunha, a fim de esclarecer a origem ou forma de obtenção desses documentos, constituiria, eventualmente, porta aberta ao ingresso de provas ilícitas, com supressão do livre convencimento. Ou, quando não, limitação injustificável à ampla defesa.

Emerge, pois, do contexto do artigo 32, como dotada de maior generalidade a hipótese do inciso III, quanto ao não preenchimento do requisito dos *fundamentos da decisão*, previsto no inciso II do art. 26 da LA, pois é da análise das questões principais de fato e de direito, em especial da clara formação do juízo dos fatos, que se poderá esperar uma decisão justa e imparcial, sempre com observância dos direitos fundamentais das partes.

Reconhecendo tal hipótese de nulidade, a sentença judicial que julgar procedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo.⁵⁹⁵

As demais hipóteses do inciso VIII, por se tratar da aplicação de princípios, notadamente do *direito à prova*, expressão do contraditório, também poderiam servir de fundamento para anulação de decisão fundada em prova ilícita.

Ressalte-se que o desrespeito aos princípios de que trata o art. 21, § 2º, da LA nunca se manifesta isoladamente, uma vez que se encontram esses postulados enfeixados no *devido processo legal*, com recíprocas interações.

Daí ser possível concluir que o rol de causas de nulidade do art. 32 da LA não se afigura taxativo, comportando, assim, outras hipóteses, dentre elas a violação direta à ordem pública. Pois, como já referido por Carlos Alberto Carmona, a falta de referência expressa à ordem pública, dentre as hipóteses de invalidação da sentença arbitral, não impede a exclusão de decisão que ofenda valores importantes para a sociedade. Dentre estes valores

⁵⁹⁵WLADECK, Felipe Scripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 366.

se insere, enquanto garantia constitucional, a própria regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, nas demais premissas que se descortinarão.

2. Segue: análise da proposição de que “toda prova ilícita” aceita pelo árbitro produziria esse efeito de anulação da decisão

As provas ilícitas, consoante o conceito doutrinário dominante e a definição legal, extraída do CPP, decorrem de violação de preceitos constitucionais ou de direito material.

São limitados os casos de previsão da ilegitimidade processual de provas, mas inúmeras e inimagináveis as situações, atuais e futuras, em que uma prova poderia ser inquinada de ilicitude. Contudo, a aplicação cega e incondicional da regra da inadmissibilidade em nada contribuiria para a consecução do escopo de um processo arbitral justo, que atenda, mais do que o comando de determinados preceitos legais, ao caráter social da decisão, proporcionando a sua aceitação pelas partes e efetivo cumprimento.

Vislumbrar uma ilicitude probatória não é tarefa para perscrutadores de nulidades, nem tampouco para teóricos do dogmatismo acadêmico, pois representa, sobretudo, uma questão de bom senso. Valendo-nos da feliz analogia com o pensamento de Jordi Nieva Fenoll, o que se deve combater não é a malformação da prova, propriamente dita, mas o ambiente de clandestinidade em que esta se formou, a propiciar uma deturpação intencional da realidade. A parte desleal, agindo como o mau policial, pode criar um sério contexto de desconfiança aos olhos do árbitro e da parte contrária.

Dessa forma, a violação isolada do sigilo bancário ou da privacidade de um cidadão, constituem, sem dúvida, prova ilícita. Importa verificar, porém, em cada caso, se a supressão desse elemento probatório comprometeria o direito à prova e próprio acesso à ordem jurídica. São ilustrativas, a propósito, as questões sobre o uso de captações de som e imagem não autorizadas, clandestinamente obtidas, para demonstrar a *compra* de uma partida de futebol. Ou a exibição de elementos de origem ilícita que comprovem o *dopping* em atletas. Nesses casos, perante a Corte Internacional de Esportes, tem se optado por preservar os ideais do *fair play* da disputa esportiva, sobre o *foul play* verificado na obtenção da prova.

Por outro lado, a quebra indiscriminada do sigilo de autoridades e de empresas, por via da ação de *hackers*, ao mesmo tempo em que atende ao interesse público no combate à corrupção nos casos denunciados nas arbitragens de investimento, se utilizado como meio de prova, de evidente ilicitude na sua obtenção, viria a se constituir em pretexto de garantia do exercício da liberdade de imprensa, em condenável expediente para contornar a proibição do uso de provas ilícitas no processo arbitral. Não se poderia, a final, sancionar qualquer ilicitude probatória, e o processo arbitral se tornaria palco de violações aos direitos fundamentais, ensejando a desconfiança dos jurisdicionados.

3. Segue: nem toda violação de direitos fundamentais pelos árbitros produziria o efeito de tornar ilícita a prova

Como vimos, a prova ilícita pode decorrer da inobservância de normas cogentes sobre provas (como a legislação que regula a quebra do sigilo de dados), ou de normas de ordem pública (como as garantias processuais), e, principalmente, de uma violação de direitos fundamentais (tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana).

A ordem pública, na visão de Pedro Paulo Cristófar, “não é uma característica inata das leis, mas um princípio a elas externo”. Não há, na verdade, nenhuma lei de ordem pública, mas um *princípio geral de direito*, uma ideia geral, que comanda vários aspectos do sistema jurídico.⁵⁹⁶

A regra da inadmissibilidade das provas ilícitas é de ordem pública, por traduzir uma concepção que se aplica a todos os tipos de processo.

Já os direitos fundamentais, sendo aqueles positivados na Constituição Federal, nem todos acarretarão o efeito de tornar ilícita a prova. Isso porque, muito embora a dignidade da pessoa venha associada à defesa dos direitos fundamentais, se faz necessário, como preceitua Jorge Reis Novais, o apuramento do seu *conteúdo normativo autônomo*.

Ao navegarmos, na Constituição Federal, desde o preâmbulo, divisamos direitos fundamentais, que se concentram no rol do artigo 5º, mas perpassam outros dispositivos. Ultrapassam, na verdade, os limites da Lei Maior, diante da previsão expressa do dispõe o §

⁵⁹⁶CRISTOFARO, Pedro Paulo. A escolha da lei na arbitragem e a ordem pública. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Orgs.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 567.

2º do artigo 5º, acerca do caráter exemplificativo dessa enunciação, na expressão de que os direitos e garantias expressos na CF não excluem outros, decorrentes dos princípios constitucionais ou de tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Para citar o mais emblemático meio ilícito de obtenção de prova, pelo emprego da tortura, cuja vedação ostenta previsão constitucional (art. 5º, III) e, também, legal, tipificada como crime inafiançável e imprescritível (Lei 9.455, de 1997). Mas ainda encontramos outros direitos fundamentais com conexão direta ao instituto da prova ilícita.

Assim, o clássico exemplo da prova ilícita, obtida por subtração de um documento, pode guardar relação com a violação do direito fundamental de propriedade. E este, muitas vezes, se confunde com a garantia da inviolabilidade do domicílio, tipificada como crime no artigo 150 do Código Penal, tendo por núcleo a invasão de *casa* alheia - expressão essa equiparada a “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.” Nesse mesmo núcleo do tipo, que abrange o ingresso desautorizado em compartimento habitado ou utilizado para o exercício de uma atividade, ou, mais frequentemente fora dele, no espaço virtual, podem se alojar outros tantos direitos fundamentais, tais os direitos à intimidade e à vida privada, a liberdade de exercício profissional, o direito de reunião e associação, a inviolabilidade da correspondência (que tem por destinatário o domicílio), assim como a intromissão nas comunicações telefônicas ou de dados.

São, enfim, manifestações do mesmo direito ao sigilo. Calha aqui um paralelo com as considerações sobre o princípio da publicidade, do qual José Miguel Judice evoca as raízes católicas, que tendem a valorizar mais o segredo do que as concepções de raiz luterana ou calvinista, pela forma como encaram a culpa e a relação com a divindade. Daí o risco maior de a alteração normativa levar a um exagero oposto aos dos *arcana* das sociedades mais antigas. Preconiza, pois, o doutrinador, a otimização do equilíbrio confidencialidade-transparência, a fim de que a divulgação do segredo guarde estrita correspondência com o interesse público.⁵⁹⁷

Esse conteúdo serve à questão da prova, no tocante ao segredo, instalado no núcleo hermético da psique, que uma pessoa não se dispõe a revelar, sob pena de grave violação à sua esfera íntima, em contraposição ao interesse público, presente em eventual ação estatal

⁵⁹⁷JUDICE, José Miguel. Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015). In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coords.) *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 311-312.

ou de particulares, ou mesmo à liberdade de expressão ou de imprensa, que podem, intencionalmente, expor tais segredos pessoais.

O embate chega ao clímax quando se defrontam tais direitos fundamentais com o direito fundamental à prova, posto que não se excluem, mas são limitáveis e harmonizáveis como todas as liberdades públicas e demais valores de ordem pública.

Nesse ponto, seria razoável considerar que apenas as violações de maior impacto em relação à dignidade da pessoa humana comportariam a limitação do direito à prova, com a consequente inadmissibilidade dos meios de prova delas decorrentes, ensejando, eventualmente, a rescisão da decisão que nelas se baseou.

O instrumento para se concretizar essa limitação há de ser racional e epistêmico, podendo o intérprete valer-se da regra da proporcionalidade, ou da razoabilidade, ou simplesmente proceder, nos casos mais evidentes, a um balanceamento de valores.

4. Por analogia, o mesmo ocorreria no processo judicial, no âmbito da rescisória, se o juiz aceitasse prova ilícita?

Partindo-se da questão sobre a suposta taxatividade do elenco de nulidades do artigo 32 da LA, entende a doutrina, ao contrário, que existem outras hipóteses de rescisão da sentença judicial, estabelecidas no Código de Processo Civil, que não estão contempladas nessa norma arbitral.

Assim, para Julia Schledorn de Camargo, as hipóteses que implicam na nulidade da sentença arbitral em muito se assemelham com as hipóteses de cabimento da ação rescisória, previstas no CPC, exceto no tocante ao *error in iudicando*.⁵⁹⁸

Não obstante a sentença arbitral produza os mesmos efeitos da sentença judicial, é patente na doutrina que sua desconstituição não pode ser feita por via da ação rescisória. E as razões partem da previsão contida no art. 33 da LA, de postular perante o Poder Judiciário a “decretação da nulidade” da sentença arbitral, remetida ao procedimento comum, e não às regras de cabimento da ação rescisória. Além disso, o prazo estabelecido pela LA esgota-se em noventa dias, contados da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, § 1º). E, ainda, por uma interpretação sistemática da lei arbitral, que descarta “recurso”

⁵⁹⁸CAMARGO, Julia Schledorn de. A ação anulatória com base na violação da ordem pública, *cit.*, p. 314-315.

para o Judiciário, além do princípio hermenêutico de que a regra especial prevalece sobre a regra geral.⁵⁹⁹

Nessa linha, a doutrina portuguesa assinala que, num passado mais distante, algumas decisões judiciais em matéria de nulidade tendiam a aplicar o CPC na apreciação da validade de sentenças arbitrais. Porém, na verdade, os casos de nulidade da sentença arbitral somente se encontram regulados no artigo 46, nº 3, da LAV.⁶⁰⁰

Diversamente, o sistema processual espanhol, ao estabelecer no art. 43 da LA o recurso de revisão, prevê uma remissão completa ao recurso homônimo regulado nos art. 509 e seguintes da LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil). A finalidade da previsão, em que pese ao caráter excepcional desse recurso, com feição de ação rescisória, não é outro senão evitar a manutenção de uma decisão *contra legem*, ainda que revestida da força de coisa julgada, fazendo com que as controvérsias cessem para gerar segurança jurídica não apenas entre as partes, mas perante terceiros.⁶⁰¹

Da mesma forma, os fundamentos que autorizam a desconstituição da sentença judicial no Brasil são mais amplos do que as situações previstas para a anulação da sentença arbitral. As previsões do revogado artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973, reproduzidas no artigo 966 do estatuto vigente, refletem a preocupação do legislador com o respeito à ordem pública e à segurança jurídica, tais como as hipóteses de ação rescisória em virtude de ofensa à coisa julgada (art. 966, IV, do CPC) e de decisão fundada em prova falsa (art. 966, VI).⁶⁰²

Tratam-se, evidentemente, de hipóteses graves, socialmente reprováveis, que denotam a preocupação com o respeito à ordem pública e com o devido processo legal. Muito embora a doutrina arbitralista preconize que as hipóteses de violação da ordem pública possam ser reconduzidas a um dos incisos do art. 32 da LA, admite que nem sempre tal será possível⁶⁰³, conclusão que também adotamos acima.

⁵⁹⁹Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 204-205.

⁶⁰⁰BARROCAS, Manuel Pereira. *Estudos de direito e prática arbitral*, cit., p. 32.

⁶⁰¹GONZÁLES-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. *El control judicial de la arbitraje*, cit., p. 183.

⁶⁰²LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Ação anulatória de sentença arbitral: hipóteses taxativas?* Disponível em: https://www.academia.edu/8788728/Ação_Anulatória_de_Sentença_Arbitral_Hipóteses_Taxativas?auto=download.

⁶⁰³CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96*, cit., p. 412.

Se a sentença proferida com base em prova ilícita viola, igualmente, a ordem pública e compromete o devido processo legal, no tocante à arbitragem, cabível enquadrar essa situação em dois incisos do art. 32 da LA, conforme já concluímos.⁶⁰⁴

Veremos, agora, se tal situação, em tese, se reproduziria no âmbito judicial, à luz das hipóteses de cabimento da ação rescisória, previstas no art. 966 do CPC, notadamente dos incisos VI (prova falsa) e VIII (erro de fato).

Com relação à *prova falsa*, não há confundir-se com a prova ilícita. Falsa é a prova decorrente de um crime, de falsidade material ou ideológica, pressupondo a lei processual que o fato demonstrado pela prova falsa haja sido causa da conclusão da decisão rescindenda. Diferentemente, a prova ilícita refere-se a fato, mas o modo de sua obtenção contraria normas constitucionais ou legais, sendo considerada pela doutrina *inexistente* enquanto ato processual. A primeira traduziria uma inexistência fática; esta última, uma inexistência jurídica.

Segundo o disposto no inciso VI do art. 966 do CPC, para que a falsidade da prova dê lugar à rescisão da coisa julgada, deve esse vício ser aferido, em processo criminal ou no próprio processo da ação rescisória. Apura-se materialmente essa falsidade. Já, a prova ilícita é uma questão de valoração jurídica da prova, concernente ao modo de sua obtenção.

Por sua vez, o *erro de fato*, segundo a definição legal (art. 966, § 1º do CPC), ocorrerá quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

A par disso, tem a doutrina admitido o cabimento da ação rescisória nos casos de equivocada valoração da prova ou das alegações de fato, desde que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato. Em ocorrendo, porém, valoração inadequada da prova, a rescisória é cabível, “se a equivocada valoração da prova repercutiu na compreensão distorcida da existência ou da inexistência do fato, e isso serviu como etapa do raciocínio que o juiz empregou para formar o seu juízo”.⁶⁰⁵

De toda forma, tanto a decisão que se baseou em prova falsa, quanto a que considerou a prova inexistente, por ilícita, vai implicar na quebra da coerência lógica do raciocínio do árbitro. Será aberta uma lacuna, pois ao julgador será vedado fundamentar sua conclusão em um elemento fático inexistente fisicamente ou, se existente, não demonstrável juridicamente.

⁶⁰⁴Repise-se a ampla concepção de ordem pública, a abranger, tal como no sistema espanhol, a preservação dos direitos e liberdades fundamentais, conforme demonstrado por GONZÁLES-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. *El control judicial de la arbitraje*, cit., p. 110.

⁶⁰⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, 2016, cit., p.1.025.

Em última análise, a doutrina, ao tratar dos vícios de natureza processual que podem comprometer a sentença a ponto de torná-la rescindível, aponta como exemplo de vício intrínseco, o defeito quanto à fundamentação, ou mesmo a ausência de fundamentação, em ofensa ao art. 458 do CPC revogado. Qual seja, a falta de um elemento essencial da sentença, que são “os fundamentos, em que o juiz analisará questões de fato e de direito” (art. 489, inciso II do CPC vigente).⁶⁰⁶

Essa disposição legal já se encontrava no art. 26, inciso II da LA, ao enumerar os requisitos obrigatórios da sentença arbitral (“os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade”).

Assim, se a ofensa à lei, na sentença judicial, ensejará a sua rescisão, outra não poderia ser a conclusão com relação à sentença arbitral proferida com violação da lei processual (posto não ser o mérito da decisão arbitral objeto de controle judicial). É o que ocorrerá com a sentença arbitral fundada em prova ilícita, na hipótese de deficiência ou ausência de fundamentação, por se basear total ou parcialmente em prova dessa natureza.

O que também não pode ocorrer, como bem arremata Marcelo José Magalhães Bonicio, é que as sentenças transitadas em julgado que eventualmente produzam efeitos *insuportáveis* na vida das pessoas, por desproporcionais, não possam ser desconsideradas, mediante a propositura de ação declaratória, ou mesmo incidentalmente, no curso de um processo qualquer.⁶⁰⁷

5. Da não sobrevivência da decisão arbitral fundada em prova ilícita após o decurso do prazo nonagesimal

Não é comum a anulação de uma decisão arbitral⁶⁰⁸, mormente após decorrido o prazo para propositura da ação de nulidade.

⁶⁰⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 276.

⁶⁰⁷BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, *cit.*, p. 214.

⁶⁰⁸Uma pesquisa feita em 2016 pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) em parceria com a Associação Brasileira de Estudantes de Arbitragem (ABEARb) analisou 11 casos envolvendo pedido de anulação de arbitragem no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Somente dois casos tiveram a anulação mantida. De acordo com o estudo, em ambos os casos não foram admitidos os recursos excepcionais “por falta de preenchimento dos requisitos constitucionais, não analisando, por consequência,

A chamada ação de nulidade da sentença arbitral poderá ser proposta, pela parte interessada, no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento (artigo 33, § 1º da LA).

Decorrido referido prazo, que é de natureza decadencial, a sentença arbitral estaria fadada a se consolidar, sob o manto da coisa julgada, pois se reveste de natureza jurisdicional.

A coisa julgada, conforme a prestigiada concepção de Enrico Tulio Liebman, não é um efeito da sentença, nem se confunde com sua eficácia declaratória, é algo mais que se acresce à decisão para aumentar a sua estabilidade.⁶⁰⁹

Contudo, em casos extremos, a ordem jurídica, que alberga os direitos fundamentais, não poderia restar violada, daí a necessidade de que a sentença que contém essa violação seja extirpada, a qualquer tempo, por via de ação declaratória.

Como entende Lucas Brito Mejias, há vícios no processo arbitral que levam à *inexistência jurídica* ou *ineficácia de sentença arbitral*, impedindo que o ato adquira a qualidade de sentença arbitral, ou irradie eficácia parcial, sobre partes determinadas. Nesses casos, o transcurso do prazo decadencial não acarretará consequências sobre o controle externo primário da atividade do árbitro. E o vício poderá ser reconhecido *a qualquer momento, inclusive de ofício pelo juiz estatal*.⁶¹⁰

Dentre esses vícios na atividade do árbitro, passíveis de controle externo primário, encontram-se aqueles que incidem sobre o devido processo legal, quais sejam, o respeito ao contraditório, à igualdade das partes, à imparcialidade e ao livre convencimento do julgador, não se podendo excluir a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

A prova vulneradora de direitos fundamentais, assim considerada ilícita, enseja essa forma de controle da sentença arbitral, pois o efetivo exercício do direito à prova,

o mérito dos recursos. O estudo destaca também que, em nenhum caso, STJ e o STF reverteram decisões de cortes ordinárias para o fim de anular a sentença arbitral. In OYAMA, Érico. Qual é a possibilidade de anulação na Justiça de uma sentença arbitral?, *cit.* Todavia, de 2019 para 2020, o volume de pedidos de anulatórias de sentenças arbitrais, por menções feitas ao assunto, cresceu 11% (de 1.519 para 1.707). De 2020 para 2021, no trimestre, cresceu 14% (321 para 377). Mas a novidade é o aumento das anulatórias deferidas pelo Judiciário: 27% (de 62 para 85) in CRESCE o número de sentenças arbitrais anuladas pela Justiça, *cit.*

⁶⁰⁹Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1962, p. 14, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. p. 2.

⁶¹⁰MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 232 e ss.

independentemente do conteúdo dos fatos, insere-se na matéria processual, única faceta sobre a qual detém o Poder Judiciário o poder de anular uma decisão advinda da arbitragem.

De duas formas seria possível entender-se que ocorreu essa violação, com base na apreciação do juízo dos fatos: (i) pela existência de apenas uma prova relevante no processo, que se afigure *de per se* ilícita; ou, (ii) pela existência de outras provas, derivadas de uma prova ilícita, que sejam por esta contaminadas, segundo a doutrina dos *fruit of the poisonous tree*.

A primeira hipótese não ensejaria maior dificuldade de demonstração, pois o vício de uma sentença arbitral fundamentada exclusivamente numa prova ilícita equivaleria a uma sentença desprovida de fundamentação, propiciando a declaração de sua nulidade, a qualquer tempo. Tal decisão não poderia permanecer no mundo jurídico, por violar, ao mesmo tempo, o devido processo legal, princípio de ordem pública e uma norma de direito fundamental.⁶¹¹

Já, na segunda hipótese, a questão se afigura mais complexa, em face da inexistência de critérios legais, no campo processual civil, para se aferir o nexo de causalidade do vício, nem tampouco seria aplicável, subsidiariamente, a disciplina processual penal. A solução do problema implicaria na análise lógica do nexo causal, como vem fazendo a doutrina processual civil, consoante tivemos oportunidade de desenvolver no tópico sobre as provas ilícitas por derivação. Ou seja, em última análise, quando a eliminação da prova derivada trazer maior efetividade à tutela dos direitos fundamentais. E, para tanto, há que se cogitar da *ratio* da violação ao direito fundamental e de sua apreciação em face de outros direitos fundamentais envolvidos, dentre estes o direito à prova.

Ressalte-se que o vício de fundamentação com base em prova ilícita, nessas hipóteses, implicaria na inexistência da decisão arbitral, por falta de fundamentação, não constituindo, distintamente do entendido em outras situações analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça, “error in iudicando”, mas de típico “error in procedendo”, posto violar disposições de natureza eminentemente processual contidas no art. 32, III, c.c. art. 26, II da LA e no art. 5º, inciso LVI da CF.⁶¹²

Como a sentença arbitral não pode ser revista no mérito pelo Poder Judiciário, é mais relevante, juridicamente, que o Tribunal Arbitral profira uma sentença válida do que uma

⁶¹¹Como entende Felipe Sripes Wladeck, *Impugnação da sentença arbitral*, cit., p. 195, a ausência de motivação constitui vício intrínseco da sentença arbitral.

⁶¹²Nesse sentido, o AgInt no AgInt no AREsp 1143608/GO, pois o árbitro, de maneira sucinta, trouxe argumentos suficientes para embasar o resultado do julgamento. Este, na verdade, não envolveu discussão sobre a inexistência de prova, mas tão só analisou a alegação de cerceamento de defesa por indeferimento de perícia técnica.

sentença acertada no mérito, evitando-se, assim, como entende Rodrigo Garcia da Fonseca, o pesadelo da arbitragem, que é a prolação de uma sentença nula, ou, mais propriamente, anulável.⁶¹³

Nesse sentido, há precedentes dos tribunais superiores brasileiros que consideram como matéria de ordem pública a fundamentação da sentença judicial estrangeira, justificando o indeferimento de sua homologação. Porque sentenças não fundamentadas supostamente incrementariam a probabilidade de decisões arbitrárias, dificultando a apreciação sobre a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, “já que não se poderia inferir como os julgadores enfrentaram os argumentos e provas”.⁶¹⁴

Dada, outrossim, a presença de matéria constitucional, qual seja, a alegação de prova ilícita e de violação de outras garantias fundamentais, a questão ainda poderia ser alçada ao STF. Com efeito, discorrendo sobre as garantias processuais elencadas no art. 21, § 2º, da LA, Antonio María Lorca Navarrete invoca a lição de Fernández Otero, pois o que “*se garantiza no es la protección de un interes rituario, sino la de ciertos derechos subjetivos constitucionales, cuyo contenido mínimo e esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico*”.⁶¹⁵

Anulada a decisão arbitral, sob uma dessas hipóteses, cumprirá aos árbitros proferir nova decisão, desconsiderando a prova reputada ilícita. Ou, ao contrário, e muito embora a regra seja a inadmissibilidade da prova ilícita e a admissibilidade sua exceção, se o painel arbitral já havia desconsiderado uma prova por reputá-la ilícita, e esta, à luz da decisão rescisória, que levou em conta um mais adequado balanceamento de valores, for reputada lícita, dar-se-á, em novo julgamento, a inversão de seu resultado probatório.

Insiste-se, pois, não se tratar de reexame de fatos ou de invasão ao núcleo do mérito da sentença arbitral, pois a violação de uma garantia processual e de um direito fundamental ofendem, por si só, a ordem pública. E nessa ofensa reside a necessidade de se extirpar a decisão violadora do mundo jurídico. Ou, como sustenta a doutrina europeia, a própria

⁶¹³FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira, *cit.*, p. 503.

⁶¹⁴MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática, cit.*, p. 308-309. Nesse sentido: STJ, Corte Especial, SEC 2.410. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18.12.2013; STF, SE 2.424 – Rel. Min. Antonio Nader, j. em 14.12.1979 e SE 2.476 Ag. Reg. – Rel. Min. Antonio Nader, j. 19.12.1979. Contudo, o STJ homologou a sentença proferida na arbitragem Newedge USA LLC vs. *Manoel Fernando Garcia*, com sede em Nova Iorque, mesmo com fundamentação concisa, considerando que seguiu os padrões aceitos no local da sede.

⁶¹⁵Tradução: É garantida não a proteção de um interesse ritual, mas a de certos direitos subjetivos constitucionais, cujo conteúdo mínimo e essencial é inviolável em qualquer campo jurídico. *Apud* LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. La garantía del debido proceso de ley o proceso justo arbitral em la ley brasileña de arbitraje desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral española. *In*: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coords.). *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 30.

violação de um direito fundamental já se faz suficiente para proscrever a prova dela resultante. Sob pena de tornar a disputa arbitral um embate desproporcional.

Pois, como adverte Marcelo José Magalhães Bonizzi, o que não pode ocorrer na arbitragem, a constituir enorme decepção para os optantes dessa forma de solução de conflitos, é que o resultado se traduzisse numa decisão *flagrantemente desproporcional*, comprometendo não apenas a legitimidade do processo, como também o fator *justiça* das decisões arbitrais.

Com maior razão, quando esse resultado desproporcional se manifesta à custa de uma grave violação dos direitos fundamentais da parte, o juízo arbitral não estaria contribuindo para lhes emprestar a merecida proteção, enquanto meio jurisdicional de resolução de conflitos.

A jurisdição, como afirma Cândido Rangel Dinamarco, não tem *um escopo*, mas escopos (plural), sendo muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, “pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição”⁶¹⁶.

A arbitragem, enquanto exercício da jurisdição, nasce de um ajuste de vontades, e da disposição das partes de satisfazê-lo. Não lhes bastaria o escopo jurídico de eliminar litígios, com a preconizada celeridade e especialidade aos diversos tipos de disputas comerciais, sem a observância de um processo justo e equitativo, situação que conduziria, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade.”⁶¹⁷

Somente o devido processo arbitral proporcionará decisões fundadas em aceitáveis meios de prova e na racional justificação dos fatos, passíveis de aceitação social e de cumprimento pelas partes. A não ser assim, a má solução processual de conflitos ensejaria, excepcionalmente, a via impugnativa do controle jurisdicional, ainda que ulterior à formação da coisa julgada, para retirar do cenário uma decisão que comprometa valores tutelados pela ordem jurídica.

⁶¹⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 447.

⁶¹⁷Id. *Ibid.*, p. 347.

REFERÊNCIAS

Autores

AGOSTINHO, Patrícia Naré. *Intrusões corporais em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ALBA, Mariano de. Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 321-337, 2015. Disponível em: www.researchgate.net/profile/Mariano_De_Alba.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.

ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A fazenda pública na arbitragem*. São Paulo: Singular, 2019.

ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 234, ago. 2014.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

AMARAL, Guilherme Rizzo. O controle dos precedentes na arbitragem tributária. In: Piscitelli, Tathiane; Mascitto, Andrea; Mendonça, Priscila Faricelli de. *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

AMARAL, Paulo Osternack. Medidas de urgência antes da instituição da arbitragem. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, n. 130, dez. 2017. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman).

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo civil: das provas: disposições gerais*. São Paulo: Saraiva, 2020. t. 8. (Coleção “Comentários ao Código de Processo Civil”).

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 33, n. 119, p. 140-152, abr. 2013.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARISTÓTELES. *Organon*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).

ARMELLA, Sara; UGOLINI, Lorenzo. *Nulli gli accertamenti basati sulla lista Falciani?* Ott. 2012. Disponível em: <https://studioarmella.com/doc/1-%20Lista%20Falciani.pdf>.

AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. In: DIDIER, Fredie (Coord.). *Direito probatório*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. 1994. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos” / Editorial dossier “Criminal evidence: epistemological and juridical foundations”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/download/138/117>.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARBOSA, Rui. *Discursos de Rui Barbosa em Haia*. Tradução da obra, do francês para o português por Esteia Abreu e Artur Bomílcar; revisão, introdução e notas de Marta de Senna. - Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 34, t. 2, 1907).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 5.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. *Temas de processo civil: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Estudos de direito e prática arbitral*. Coimbra: Almedina, 2017.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

BARROCAS, Manuel Pereira. *A prova no processo arbitral*. Separata da Obra. “IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. (Centro de Arbitragem Comercial). Coimbra: Almedina, 2012. Disponível em: https://www.barrocas.pt/publ/A_Prova_no_Process_Arbitral.pdf.

BARROS, Octávio Fragata Martins de. *Como julgam os árbitros*: uma leitura do processo decisório arbitral. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000.

BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R.C. Arbitragem não é um misto de contrato e jurisdição. *Consultor Jurídico*, 22 fev. 2008. https://www.conjur.com.br/2008-fev-22/arbitragem_ao_misto_contrato_jurisdicao.

BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R.C. Notas introdutórias sobre a natureza judicial da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48-51, jul./set. 2007.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BELLINAZZO, Marco. Validi gli accertamenti basati sulla lista Falciani. *24 Ore*, 10 sett. 2015. Disponível em: <https://st.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2012-08-03/validi-accertamenti-basati-lista-114950.shtml>.

BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*, v. 6 (Rationale of evidence, rationale of judicial evidence) [1843]. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6>.

BERCOVICI, Milene Chaves Goffar Majzoub. *Juízos de Deus e Justiça Real no Direito Carolíngio* (Estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Magno (768-814). Prefácio de Samuel Barbosa. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BERNINI, Giorgio. The civil law approach to discovery: a comparative overview of the taking of evidence in the Anglo-American and Continental Arbitrations Systems. In: LEADING Arbitrators' Guide to International Arbitration - 2nd Edition. March, 2008.

BLOCH, Francisco dos Santos Dias. *Direito à prova e cerceamento de defesa*. São Paulo: Lualri Editora, 2016.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BREDA, Juliano A admissibilidade processual das mensagens reveladas pelo The Intercept. *Consultor Jurídico*, 08 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-08/breda-admissibilidade-processual-mensagens-intercept?imprimir=1>.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Edicamp, 2001.

CAHALI, Francisco José. Arbitro de emergência e arbitragem multipartes Considerações gerais e resultado da pesquisa do grupo de pesquisa em arbitragem da PUC-SP - Projeto II, 2ª Semestre de 2015. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, ano 13, n. 51, out./dez. 2016.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Conferências realizadas na Faculdade de Direito das Universidade autônoma do México. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALVILLO ORTIZ, Ricardo. *Admissibility of hacked emails as evidence in arbitration*. Disponível em: <http://villasante-freyman.com/author/noticias/>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CAMARGO, Julia Schledorn de. A ação anulatória com base na violação da ordem pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. (Coords.) *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos em sentido estrito. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CANÁRIO, Pedro. Ofensa a ordem pública justifica não homologação de sentença estrangeira. *Consultor Jurídico*, 19 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-19/stj-ve-corrupcao-arbitragem-estrangeira-nao-homologa-sentenca>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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

CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 69-99, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, p. 21-31, jan./abr. 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 339, p. 127-141, jul./set. 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2001.

CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1970.

CASTRO, Daniel Penteadó de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; SOUZA, André Pagani de; MOLLICA, Rogério. Os critérios de análise do *distinguishing* como fundamento ao cabimento de embargos de declaração. *Migalhas*, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/276834/os-criterios-de-analise-do-distinguishing-como-fundamento-ao-cabimento-de-embargos-de-declaracao>.

CAVALLONE, B. Critica della teoria delle prove atipiche. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 33, n. 4, p. 679-740, 1978.

CHAGNON, Napoleon A. *Nobres selvagens*. São Paulo: Três Estrelas, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CORAPI, Diego. A arbitragem no direito italiano. *In: In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. I Colóquio Brasil Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1953.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CREMADES, Bernardo M. La buena fe em el arbitraje internacional. *In: WALD, Arnold (Coord.)*. *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 5.

CREMADES, Bernardo M. Corrupción y arbitraje de inversión. *In: WALD, Arnold (Coord.)*. *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.

CRISTOFARO, Pedro Paulo. A escolha da lei na arbitragem e a ordem pública. *In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Orgs.)*. *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Descumprimento do dever de revelação e nulidade da sentença arbitral. *Consultor Jurídico*, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/paradoxo-corte-descumprimento-dever-revelacao-nulidade-sentenca-arbitral?imprimir=1> 4/4.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. *In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes; TALAMINI, Eduardo (Coords.)*. *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. A linguagem jurídica exige precisão técnica: processo ou procedimento arbitral? *Consultor Jurídico*, 05 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, p. 506-516, 1973. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5123&context=penn_law_review.

DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. *In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.)*. *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru-SP: Edipro, 2000.

DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/19*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível em: <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20soltas%20fredie.pdf>.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 2.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, tradução Pedro Elói Duarte, 2012.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20022015-073714/publico/TESE_Carlos_Eduardo_Stefen_Elias.pdf.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 3-10, nov./dez. 2004.

FARIA, Marcela Kohlbach de A produção de prova no procedimento arbitral. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.

FAZZALARI, Elio. Contraddittorio e motivazione. *Rivista dell'Arbitrato*, Roma, 2001.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas-SP: Bookseller Editora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER BELTRAN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Tradutor: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luiz. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A arbitragem e os precedentes judiciais*. Observância, respeito ou vinculação? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FLACH, Daisson. Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro. In: JOBIM, Marco Feliz; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira. In: MOREIRA, Ana Luiza B. M. Pinto; BERGER, Renato (Coords.). *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emílio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Impactos das patentes de medicamentos na relação de consumo. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 40, n. 147, set. 2020.

GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMBETTA, Davide. *I poteri dell'arbitro in materia di istruzione probatoria*. Roma, LUISS: Libera Università Internazionale degli studia sociali Guido Carli. Tesi. Anno accademico 2016/2017. Disponível em: https://tesi.luiss.it/18659/1/120033_GAMBETTA_DAVIDE.pdf.

GARCEZ, José Maria Rossane. Aspectos da produção de provas na arbitragem internacional – sistemas da *common law* ou da *civil law*. *Migalhas*, 20 nov. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/97584/aspectos-da-producao-de-provas-na-arbitragem-internacional---sistemas-da-common-law-ou-da-civil-law>.

GIANOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 3rd ed. New York: Barron's Education Series, 1991.

GODINHO, Robson Renault, *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GOJKOVIC, Ema Vidak. An unlikely tandem of criminal investigations and arbitral proceedings: a case study of the INA – MOL Oil & Gas Proceedings. *Kluwer Arbitration Blog*, Jan. 26 2017. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/26/unlikely-tandem-criminal-investigations-arbitral-proceedings-case-study-ina-mol-oil-gas-proceedings>.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coords.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-318.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Eduardo Damião; SILVA, Rafael Bittencourt. A perícia na arbitragem. A produção de provas técnicas no âmbito do procedimento arbitral e novas tendências. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 33, n. 119, p. 35-41, abr. 2013.

GONZÁLES-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. *El control judicial de la arbitraje*. Madrid: La Ley, 2008.

GRAZIOSI, Andrea. *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*. Disponível em: <http://www.studiosicchitano.it/wp-content/uploads/2019/06/Contro-lutilizzabilita-delle-p-rove-illecite-nel-proc.-civ-.pdf>.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA, Valéria Ferioli. Art. 30. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coords.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo*. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020.

GUEDES, Henrique Lenon Farias. Arbitragem e direitos humanos em outro conto da Haia: os impactos das regras da Haia para arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos. *Jota*, 05 dez. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-direitos-humanos-em-outro-conto-da-haia-05122019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GUERRERO, Luís Fernando, Ensaio sobre a lógica do art. 33 da Lei de Arbitragem. A ação anulatória e a efetivação das sentenças arbitrais. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. (Coords.) *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUILHERME, Luiz Fernando do Valle de Almeida. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAACK, Susan. *Evidence and inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New: Prometheus Books, 2009.

IRETONI, Jessica O. *International arbitration disregarded validity of Wikileaks Cables as evidence*. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/WikiLeaks_of_Evidence.

JUDICE, José Miguel. Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015). In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coords.) *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 311-312.

JUDICE, José Miguel; CALADO, Diogo. Independência e imparcialidade do árbitro? Alguns aspectos polêmicos em uma visão luso-brasileira. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 49, jan./mar. 2016.

KISLIAKOVA, Natalia. *Using illegally obtained evidence in the Court of Arbitration for Sport*. Disponível em: <http://www.cisarbitration.com/2018/02/16/using-illegally-obtained-evidence-in-the-court-of-arbitration-for-sport/>.

KNIJNIK, Danilo. *A prova penal nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KORTAVA, David. A neuroscientist's poignant study of how we forget most things in life. *The New Yorker*, Mar. 30, 2021. Disponível em: <https://www.newyorker.com/recommends/read/a-neuroscientists-poignant-study-of-how-we-forget-most-things-in-life>.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Pedido de esclarecimentos: entendimento e abrangência. *In: MOREIRA, Ana Luiza B. M. Pinto; BERGER, Renato (Coords.). Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emílio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. *Gen Jurídico*, 25 dez. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/25/procedimento-de-impugnacao-recusa-arbitro-sistema-de-controle-independencia-imparcialidade-do-julgador/>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários aos Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, João Batista; MORAIS, Paulo Heber de. *Da prova penal*. 2. ed. Campinas: Copola, 1994.

LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. La garantía del debido proceso de ley o proceso justo arbitral em la ley brasileña de arbitraje desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral española. *In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coords.). Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LUCATUORTO, Pier Luigi Maria. *Il giudizio di bilanciamento tra interessi pubblici e privati: un modello formale*. Dottorato di Ricerca in Diritto e Nuove Tecnologie. Università di Bologna: 2011. Disponível em: http://amsdottorato.unibo.it/3996/1/LUCATUORTO_PIERLUIGIMARIA_TESI.pdf.

LUCHETE, Felipe. Prova ilícita e sentença sem fundamento fazem juiz anular arbitragem. *Consultor Jurídico*, 03 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Ação anulatória de sentença arbitral: hipóteses taxativas?* Disponível em: https://www.academia.edu/8788728/Ação_Anulatória_de_Sentença_Arbitral_Hipóteses_Taxativas?auto=download.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal holística e intervenção ampla para solução de problemas sociais. *Consultor Jurídico*, 04 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/diogo-malan-advocacia-criminal-holistica>.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 1 e v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 1. E-book baseado na 3. ed. impressa.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 1 e v. 2

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

MASSENO, Manuel David. Na borda: dados pessoais e não pessoais nos dois regulamentos da União Europeia. *Disciplinarum Scientia*, série: Sociais Aplicadas, Santa Maria, v. 16, n. 1, p. 41-55, 2020.

MASTROBUONO, Cristina Wagner. Pesquisa: regras de imparcialidade e independência na produção de provas nas arbitragens. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 32-77, jul./set. 2020.

MAY, Richard. *Criminal evidence*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENGALI, Andrea. *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*. Roma, LUISS: Libera Università Internazionale degli studia sociali Guido Carli. Tesi di dottorato 2008-2019 (Doctoral Thesis 2008-2019). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/34703406.pdf>.

MINAFRA, Nicoletta. Le prove illecite: il problema della loro utilizzabilità nel processo civile. *Legal Euroconference*, 05 giug. 2018. Disponível em: https://www.eclegal.it/wp-content/uploads/pdf/2018-06-05_le-prove-illecite-problema-della-utilizzabilita-nel-processo-civile.pdf.

MIRANDA, Agostinho Pereira de. *Dever de revelação e direito de recusa de árbitro: considerações a propósito dos arts. 13.º e 14.º da Lei da Arbitragem Voluntária*. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B2dd90b44-649c-4fab-88e1-144d2f26fe75%7D.pdf>.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2018.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MOREIRA, João Ilhão. O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no Fórum de Execução por Violação da Ordem Pública: perspectiva do direito português. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.

MUNHOZ, José Lucio. Testemunha nas arbitragens doméstica e internacional. *Consultor Jurídico*, 20 abr. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/munhoz-testemunha-arbitragens-domestica-internacional>.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2017.

NEGRÃO Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita – novas tendências do direito (CF, Art. 5º, LVI). In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *InDret: revista para el análisis del derecho*, n. 2, p. 406-437, 2020. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1549.pdf>.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *A essência: a violação policial de um direito fundamental é um indício muito forte de manipulação de provas*. <https://www.facebook.com/100009613814346/videos/2765393760457724/>.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Policía judicial y prueba ilícita. regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, p. 465-494, abr. 2018.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Conferencia na Escola de Formação de Auxiliares Jurisdiccionais de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. 12 nov. 2014. <https://aulavirtual.pj.gob.pe/cursosinternos/la-valoracion-de-la-prueba-dr-jordi-nieva-fenoll-espana/>.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Brubo (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Existe juiz contaminado por prova ilícita? Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP*. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/1124266435/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita-analise-do-novo-5-do-art-157-do-cpp>.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 442-475, 1966.

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de. Da autonomia do regime das proibições de prova. In: PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; BELEZA, Teresa Pizarro (Coords.). *Prova criminal e direito de defesa*. Lisboa: Almedina, 2010.

OYAMA, Érico. Qual é a possibilidade de anulação na Justiça de uma sentença arbitral? *Jota*, 17 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/qual-e-a-possibilidade-de-anulacao-na-justica-de-uma-sentenca-arbitral-17022021>.

PARKINSON, Lisa. *Mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PASQUA, Gabriela Celidonio. Estudo sobre a regra do *without prejudice* e suas exceções no *common law* quando tratamos de métodos consensuais de resolução de disputas. Disponível em: <https://www.paschoa.adv.br/post/novo-precedente-da-corte-inglesa-sobre-confidencialidade-e-adr-s>.

PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*. Torino: Giappichelli Editore, 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A nulidade no processo civil*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1.

PEREZ, Marcos A. Invasão de privacidade chancelada por lei. *Revista Piaui*, Folha de S.Paulo, 29 set. 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/invasao-de-privacidade-chancelada-por-lei/#>.

PICÓ I JUNOI, Joan. O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum consientiam* e sua repercussão atual. Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

POLI, Roberto. *L'impugnazione per nullità del lodo*. Aula ministrada no Ciclo de Palestras “Arbitragem na Europa e no Brasil - Exame Comparativo” no âmbito da Disciplina “Arbitragem e Poder Público: Estudo dos Sistemas Argentino, Português, Francês e Italiano”, no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em agosto de 2018.

POLI, Roberto. La invalidità degli atti processual. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 15-21, nov. 2019.

RACINE, Jean Baptiste. *Droit de l'arbitrage*. Paris: Themis Droit, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAOUF, Mohamed Abdel. How should international arbitrators tackle corruption issues. *ICSID: Review Foreign Investment Law Journal*, Washington, v. 24, n. 1, p. 116-136, Mar. 2009.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Regras da IBA sobre ‘Taking of Evidence’: Compatibilidade com as normas processuais brasileiras. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, v. 283, p. 565-606, set. 2018.

REISMAN, W. Michael; FREEDMAN, Eric E. The plaintiffs dilemma: illegally obtained evidence and admissibility in international adjudication. *Am. J. Int'l L.*, v. 76, p. 737-753, 1982. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1722&context=fss_papers.

RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 41, n. 1, p. 34-87, mar. 1987.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Das escutas telefônicas*. Coimbra: Tipografia Guerra, 2008. t. 1.

ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no projeto do novo código de processo civil: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 5-31, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/21566/15568>.

ROSA, Alexandre Morais da. Inteligência artificial e direito: ensinando um robô a julgar. *Consultor Jurídico*, 04 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robo-julgar>.

ROSKIES, Adina L.; SINNOT-ARMSTRONG Walter. *Brain images as evidence in the criminal law*. London: Michael Freeman, F.B.A., 2011.

SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. *Revista Direito Mackenzie*, v. 7, n. 2, p. 22-39, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SEGESSER, George von. Admitting illegally obtained evidence in CAS proceedings – Swiss Federal Supreme Court Shows Match-Fixing the Red Card. *Kluwer Arbitration Blog*, Oct. 17, 2014. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/17/admitting-illegally-obtained-evidence-in-cas-proceedings-swiss-federal-supreme-court-shows-match-fixing-the-red-card/>.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

SILVA, Paula Costa e. A prova do direito em processo arbitral: iura novit cúria. *Academia.edu*. Disponível em: https://www.academia.edu/37744157/Prova_no_processo_arbitral_Revista_Processo_Co_mparado.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. *Efeitos lícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral*. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVESTRI, Caterina L'evoluzione darwiniana dei mezzi di prova: il ruolo della prova atipica nella modernizzazione del sistema delle prove. *Diritto.it*, 20 lugl. 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/levoluzione-darwiniana-dei-mezzi-di-prova-il-ruolo-della-prova-atipica-nella-moderniz-zazione-del-sistema-delle-prove/>.

SOLER, Sebastián. *Fé en el derecho y otros ensayos*. Buenos Aires: TEA – Tipografica Editora Argentina, 1956.

SOLÍS, Menalco José. Adverse inferences in defense of good faith. *Kluwer Arbitration Blog*, Apr. 23, 2018. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/23/adverse-inferences-defense-good-faith/>.

SORIA, Juliana Sirotsky. *O standard de prova e a distribuição do ônus da prova na arbitragem: do cenário internacional ao nacional*. In: XXV CONGRESSO DO CONPEDI, Curitiba, 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/f2931cc7>.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de La Oliva Santos. 2. ed. Bogotá: Temis, 1988.

STRENGER, Irineu Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. In: WALD, Arnold (Coord.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 75-101, out. 2016.

TARUFFO, Michele. Prólogo da edição espanhola. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradutor: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Prove atipiche e convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, 1973.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trola, 2002.

TARUFFO, Michele. Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale. *Rivista dell'Arbitrato*, 1991.

TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: STUDI Parmensi: [l'eguaglianza delle armi nel processo civile, atti del Convegno 10 dicembre 1976]. Milano: Giuffrè, 1977. p. 353-362. (Università degli Studi di Parma Istituti Giuridico, v. 18).

TELLES JÚNIOR, Goffredo. Prefácio. In: ARISTÓTELES. *Arte teórica e arte poética*. São Paulo: Ediouro, [s.d.].

TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. *In*: JOBIM, Marco Feliz; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; PAULA, Marcelo Chiavassa de. Primeiras reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC de 2015. *In*: JOBIM, Marco Feliz; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. eBook.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROCKER, Nicolo. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

UBERTIS, Giulio. *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1999.

VERDE, Giovanni. *Lineamenti de diritto dell'arbitrato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*. Paris: Presses Universitaires de France, 2015.

VESEL, Scott. Evidence obtained through corruption or other illegality: what's a tribunal (or counsel) to do? *Kyiv Arbitration Days*, Kyiv, 5 Nov. 2015. Disponível em: <https://uba.ua/documents/presentation/Vesel.pdf>.

VIAPIANA, Tábata. TJ-SP anula alteração de contrato por falsificação de assinatura de falecido. *Consultor Jurídico*, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/tj-sp-anula-alteracao-contrato-falsificacao-assinatura>.

VIEIRA, Maíra de Melo. A prova escrita na arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 36, 2013.

VIGORITTI, Vincenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação. Tradução e anotação de Carlos Alberto Carmona. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, v. 91, p. 19-20, jul./set. 1998.

WAINCYMER, Jeffrey. IBA Guidelines on party representation in international arbitration. *Kluwer Arbitration Blog*, July 10, 2013. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/10/iba-guidelines-on-party-representation-in-international-arbitration/>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. (Série Cadernos do CEJ, 22). Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

WOLKART, Erik Navarro; NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2021.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, v. 1.

ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Prefácio de Gianpaolo Poggio Smanio. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 8.

ZUFELATO, Camilo. Flexibilidade procedimental e gestão processual no direito brasileiro. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

ZUFFI, Beatrice. In: Encontros Brasil - Itália: Prova Digital no Processo Civil, 9º Encontro. Slides preparados pela Professora Beatrice Zuffi. Participação de professores da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP-USP. *YouTube*, streamed live on Oct. 7, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=U8uT2CyEfcU>.

Legislação. Jurisprudência

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *The AAA's Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*. Disponível em: <https://www.lectlaw.com/files/adr12.htm>.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709compilado.htm.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm.

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça - STJ*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal – STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

CALIFORNIA STATE COURT. *People v. Collins - 68 Cal. 2d 319, 66 Cal. Rptr. 497, 438 P.2d 33 (1968)*. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-people-v-collins>.

CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION (CILC). *Draft version of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. Disponível em: <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/06/Draft-BHR-Rules-Final-version-for-Public-consultation.pdf>.

CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION (CILC). *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ - CAM-CCBC. *RA 40/2020*. Nova organização administrativa e normas para o processamento eletrônico dos procedimentos. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-40-2020/>.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ - CAM-CCBC. *46/2021 – Regulamento de Arbitragem Expedita*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-46-2021-regulamento-de-arbitragem-expedita/>.

COLÔMBIA. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <https://www.conceptosjuridicos.com/ley-enjuiciamiento-civil/>.

COUNCIL OF EUROPE. European Committee on Legal Co-operation (CDCJ). Secretariat of the European Committee on Legal Cooperation (CDCJ), 2016. Disponível em: https://edoc.coe.int/en/module/ec_addformat/download?cle=f9ab16852d455ce9203da64f4fc7f92d&k=3dab8f2de1056c2642e36664a2913a75.

ESPAÑA. *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Jefatura del Estado «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003 Referencia: BOE-A-2003-23646. Texto consolidado. Última modificación: 6 de octubre de 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>.

HIGH COURT OF JUSTICE. Business and Property Courts of England and Wales. Business List (ChD). *Berkeley Square Holdings & Ors v Lancer Property Asset Management Ltd & Ors*. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/1015.html>.

ITALIA. Codice dell'amministrazione digitale. *Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82*. Disponível em: <https://docs.italia.it/italia/piano-triennale-ict/codice-amministrazione-digitale-docs/it/v2018-09-28/index.html>.

ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. *Cassazione civile sez. I, 19/03/2020, (ud. 28/01/2020, dep. 19/03/2020), n. 7466*. Disponível em: <https://sentenze.laleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-7466-del-19-03-2020>.

ITALIA. *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1994-01-05;25!vig=>.

ITALIA. *Legge 9 febbraio 1983, n. 28*. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:::1983;28>.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB/SP - Seção de São Paulo. *Tribunal de Ética e Disciplina*. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina>.

PORTUGAL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.codigopenal.pt/>.

PORTUGAL. Court of Appeal. *Acórdão n.º 8470/15.6T8CBR.C1 de Court of Appeal of Coimbra (Portugal)*, 09 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/728386409>.

PRAGUE Rules. Disponível em: <https://www.praguerules.com/>.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Cour de Cassation. *Chambre civile 1, du 6 janvier 1987, 84-17.274*. Publié au bulletin. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007017771>.

RULE 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. *Notes of Advisory Committee on Proposed Rules*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_403.

SÃO PAULO (Estado). *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>.

TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT. Football - Match Fixing. CAS issues its decision in the case FC Karpaty and FC Metalist (Ukraine). Disponível em: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Media20Release20_English_20Metalist.pdf.

UNIONE EUROPEA. *Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014R0910>.

UNITED KINGDOM - UK. *Judgment*. R (on the application of Bancoult No 3) (Appellant) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent). 8 Feb. 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0022-judgment.pdf>.

UNITED KINGDOM - UK. Public General Acts. *Arbitration Act 1996*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/38>.

UNITED STATES. District Court for the Southern District of New York. *Bergen Shipping Co., Ltd. v. Japan Marine Serv., Ltd., 386 F. Supp. 430 (S.D.N.Y. 1974)*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/386/430/2307585/>.

UNITED STATES. District Court, S.D. Texas, Houston Division. *Ferro Union Corp. v. SS Ionic Coast*, 43 F.R.D. 11 (S.D. Tex. 1967). Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5e799b7b4653d01664c9382b>.

URUGUAY. *Código General del Proceso n° 15982*. Aprobado/a por: Ley n° 15.982 de 18/10/1988. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>.

US COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). Argued March 30, 1993, Decided June 28, 1993. p. 579-601. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.pdf>.

Outras Fontes

ADMISSIBILITY of Hacked Emails as Evidence in Arbitration. *Transnational Notes*, May 14, 2018. Disponível em: <https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2018/05/admissibility-of-hacked-emails-as-evidence-in-arbitration/>.

CRESCER o número de sentenças arbitrais anuladas pela Justiça. *Consultor Jurídico*, 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/cresce-numero-sentencas-arbitrais-anuladas-justica>.

ELECTRONIC Evidence. *Stephen Manson. Expert in Cyber Security*. Disponível em: <http://www.stephenmason.eu/articles/electronic-evidence.html>.

ESCÁNDALOS en todo el mundo. *La Nación*, 16 dic. 2008. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/1081285-escandalos-en-todo-el-mundo>.

INTERNATIONAL Organization on Computer Evidence. *IT Law Wiki*. Disponível em: https://itlaw.wikia.org/wiki/International_Organization_on_Computer_Evidence.

OVERVIEW of the Yukos Arbitration. *International Arbitration*, 19/06/2015. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/overview-of-the-yukos-arbitration>.

PANAMA Papers. *Wikipedia*. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Panama_Papers.

REGRAS do IBA v. As regras de Praga na arbitragem internacional. *Arbitragem Internacional*, 20 jan. 2019. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/the-iba-rules-v-the-prague-rules-in-international-arbitration/>.

SCIENTIFIC WORKING GROUP ON DIGITAL EVIDENCE (SWGDE). Disponível em: <https://www.swgde.org/documents/published>.