



PROVAS NO PROCESSO ARBITRAL

Flaviano Adolfo de Olivera Santos*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o sistema de instrução no processo arbitral. O artigo aborda essencialmente questões que são objeto de grandes controvérsias no sistema arbitral. Trata-se de tema polêmico, pois não existe um regramento geral na arbitragem caseira, o que significa que, conforme o caso, a regência do procedimento ficará a critério do árbitro. Quando previsto em regulamento da Câmara Arbitral eleita, as partes deverão observar o disposto no regimento eleito.

Palavras-chave: arbitragem; produção de provas; espécies de provas.

1 Introdução

Com o objetivo de analisar o sistema de instrução no processo arbitral, este artigo aborda essencialmente questões que são objeto de grandes controvérsias no sistema arbitral. Trata-se de tema polêmico, pois não existe um regramento geral na arbitragem caseira. Dessa forma, conforme o caso, a regência do procedimento ficará a critério do árbitro. Quando previsto em regulamento da Câmara Arbitral eleita, as partes deverão observar o disposto no regimento eleito.

A situação é mais cômoda quando tratamos de procedimento arbitral em que as partes elegeram instituição com previsão regimental quanto ao desenvolvimento do processo e do procedimento arbitral. Feito dessa maneira, via de regra, todos os atos processuais encontram-se previstos no regramento eleito, inclusive, no tocante à fase instrutória da demanda, muitas vezes prevendo a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

* Mestrando em Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp). Professor assistente da PUC-SP e advogado.

No entanto, em se tratando de arbitragem *ad hoc*, ou seja, de arbitragem em que as partes elegem diretamente o árbitro, costumeiramente se desenvolve alguma problemática, porquanto ausente previsão específica quanto à regência processual adotada. Nesse tipo de processo arbitral, o árbitro deverá funcionar como um verdadeiro maestro, pois a regência dos atos processuais ficará sob sua responsabilidade, devendo sempre adotar com prudência o procedimento de desenvoltura processual, assegurando às partes o exercício da ampla defesa e do contraditório processual, sob pena de viciar o pronunciamento final em nulidade insanável.

Assim, o objetivo do vertente artigo é apresentar o procedimento instrutório no processo arbitral, de acordo com as perceptivas expostas, relatando os mecanismos usuais da fase de instrução no processo arbitral.

1.1 A prova

Naturalmente, a instrução processual tem como finalidade o real conhecimento dos fatos, por meio da análise de um conjunto de provas, para que, ao final, o processo tenha um resultado efetivo: o alcance da “verdade” contida no conflito que envolve as partes litigantes.

A relação entre a prova e a verdade, no plano do direito, muitas vezes se desenvolve de forma fictícia, diante da complexa dimensão existente entre a busca da verdade real e da verdade formal.

Na realidade, assente na doutrina nacional, a produção de provas no processo situa o julgador de maneira a conhecer de forma próxima à verdade da questão apreciada, sendo quase uma utopia a revelação da verdade absoluta no litígio.

A prova somente é válida quando esclarecedora e útil; esse é o alcance que a fase de instrução ganhou na perspectiva atual do processo.

A utilidade da prova é fundamental para sua aceitação no processo. Nos paradigmas atuais, inclusive, pelos quais emergiu a necessidade da presença mais ostensiva de uma justiça alternativa, como é o caso da arbitragem, é necessária a dinamização dos atos processuais, em garantia de uma resposta eficaz aos problemas contemporâneos.

No entanto, o referido clamor não pode jamais significar ganho de eficácia por meio da perda da qualidade do processo. Muito pelo contrário, a condução de um processo na justiça privada deverá ocorrer revestida de princípios constitucionais indissociáveis, como é o caso da ampla defesa e do contraditório. Eis, portanto, a perspectiva que não se pode perder de vista, quando o árbitro iniciar a fase instrutória do processo.

Considerando que a finalidade da prova não é a necessária descoberta da verdade, já que as provas no processo funcionam como instrumentos que refletem o uso de argumentação retórica, utilizada para formação da convicção do julgador, por meio de evidências trazidas pelas partes, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, passemos então à análise do tema proposto.

2 Provas na arbitragem

Embora muitas vezes tratada de forma idêntica, a produção de provas no processo arbitral diferencia-se significativamente quanto à produção realizada nos processos judiciais. Isso ocorre porque, pela própria essência da arbitragem (privada), as partes compromissadas deverão obedecer ao procedimento da Câmara Arbitral escolhida ou, quando não houver previsão expressa, ao procedimento que o árbitro/Tribunal Arbitral entender conveniente para esclarecimento da controvérsia.

Como linhas gerais, o art. 22 da Lei de Arbitragem informa o seguinte:

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

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

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

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

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

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

Na realidade, esse artigo revela como resumo os conhecidos arts. 125 e 130 do Código de Processo Civil¹, devendo, no entanto, restar assinalado que, no processo arbitral, o árbitro revestido da jurisdição de juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei de Arbitragem) possui poderes instrutórios semelhantes aos conferidos ao juiz de direito, podendo requisitar, se for o caso, documentos e informações diretamente aos órgãos públicos, determinar a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes, determinar vistorias e exames, utilizando-se, inclusive, da cooperação do Poder Judiciário, e ainda aplicar regras típicas da *common law*, colhendo depoimentos técnicos (*expert witnesses*) ou determinar que as partes forneçam todos os

¹ "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – velar pela rápida solução do litígio;

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

documentos que entender necessários para esclarecimento da controvérsia, ainda que preservado pelo sigilo (*discovery*), conforme adiante veremos.

É perceptível, portanto, que a jurisdição dada ao árbitro é refletida por consequência nos poderes de instrução do processo arbitral, comportando a produção de provas de uma forma muito mais flexível e dinâmica do que ocorre no processo judicial.

Entretantes, não podemos perder de vista que a Lei de Arbitragem nada mais é que um microssistema, que deve conviver em harmonia com diversos outros microssistemas, inseridos no sistema jurídico pátrio, que, por sua vez, por força de assinatura de tratados e convenções, deve ainda estar em consonância com as regulamentações gerais subscritas, para interagir de forma harmônica no cenário internacional.

Nesse contexto, a aceitação de procedimento instrutório não previsto na lei nacional, porém comum em países adeptos a *common law*, não revela nenhuma afronta à ordem jurídica pátria, diante do caráter privado da arbitragem, envolvendo, assim, conflitos em que as partes podem dispor de direitos de acordo com a vontade convencional.

Ademais, ressaltamos que inexistente previsão na Lei de Arbitragem vinculando as partes ao Código de Processo Civil, na ausência de fixação de procedimento próprio. Ao contrário, a referida legislação autoriza as partes a criar as regras procedimentais que serão aplicadas ao processo arbitral (arts. 2º, § 1º, 11, IV, 19, § único, e 21, *caput* e §§ 1º e 2º).

2.1 Ônus da prova

Significante discussão quando se trata do tema provas na arbitragem, em que se analisa o dever de suportar o ônus da prova no processo arbitral.

No Código de Processo Civil, a distribuição do ônus da prova é claramente regrada pelo art. 333: “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” (inciso I) e “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (inciso II).

No procedimento arbitral, não existe previsão legal que verse sobre a distribuição do ônus da prova. Isso significa dizer que quem tiver interesse pelo esclarecimento do fato deve produzir ou requerer a produção da prova que entender conveniente.

Além disso, o árbitro tem livre disposição para requerer a produção das provas que entender necessário, podendo determinar que as partes esclareçam os fatos ou tragam documentos necessários para formação de sua convicção e consequente solução do litígio.

De acordo com Carmona (2009, p. 314-315):

Em princípio, a parte que solicitou a prova arcará com os ônus iniciais para sua produção (em outros termos: fará os adiantamentos necessários para custear tal prova); mas a regra poder ser alterada a critério das partes, que poderão estabelecer nos procedimentos que quiserem ver aplicados pelo árbitro outros critérios (por exemplo,

podem determinar que todas as despesas serão divididas pela metade, ou que antecipará as despesas a parte que instaurar o procedimento arbitral).

Cumpra, no entanto, informar a existência de posicionamento no sentido de que, nas demandas sobre questões abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor, aplica-se a regra de inversão do ônus da prova, conforme orienta o destacado instrumento normativo.

Nesse sentido, Paula (1999, p. 140) destaca os seguintes posicionamentos:

Mesmo no juízo arbitral, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC (LGL\1990\40)), assim como se permite a possibilidade da inversão do *onus probandi* em caso de hipossuficiência técnica (art. 6.º, VIII, do CDC (LGL\1990\40)), onde as regras ordinárias da experiência poderão ser dimensionadas mais facilmente. Assim como se permitirá ao árbitro ou tribunal arbitral desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, em qualquer das hipóteses do art. 28 do CDC (LGL\1990\40), ainda que esta desestimativa para se efetivar busque subsídio no Judiciário. Os mesmos princípios procedimentais aplicam-se na questão das práticas comerciais da oferta, da publicidade, dos bancos de dados e da cobrança de dívidas.

Segundo Filomeno (1997, p. 38):

E notícia que a Diretiva da Comunidade Européia sobre cláusulas abusivas identificou como abusivas ambas as espécies de cláusulas que influenciem ou dificultem o acesso à justiça pública, afirmando, em seu Anexo 1, letra “q”, ser abusiva a que objetive ou tenha por efeito “suprimir ou obstaculizar o exercício de ações judiciais ou de recursos por parte do consumidor, em particular obrigando-o a dirigir-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não coberta pelas disposições jurídicas, limitando-lhe um ônus da prova que, conforme a legislação aplicável, deveria corresponder a outra parte contratante”.

Cahali (2011, p. 208) ainda lembra que

[...] o próprio árbitro tem alargada, de direito e de fato, a sua autoridade na condução do procedimento, cabendo-lhe interferir ativamente na instrução da causa, para consolidar o seu livre convencimento sobre os fatos, necessários à adequada solução do conflito. Por sua iniciativa, podem ser investigados fatos para descoberta da verdade.

É notório, portanto, que, muito embora inexista uma previsão legal quanto à forma de desenvolvimento da produção de provas na arbitragem, é certo que a conduta pró-ativa do árbitro é fundamental para a desenvoltura do processo, para que ocorra um resultado satisfatório com a decisão que será proferida, não estando o árbitro vinculado ao rigor do ônus de produção da prova conhecido no processo civil.

Um efeito importante que essa ausência de rigor transmite ao processo arbitral é a inexistência dos efeitos da preclusão quanto ao momento da produção da prova, pois, se ausente o ônus específico de produção da prova, pode o árbitro determinar

a produção independentemente se a parte deixou de requerer por esquecimento ou por interesse.

2.2 Custeio da prova

Em regra, as despesas para o custeio da prova a ser produzida são suportadas pela parte solicitante. Diz-se em regra porque as partes sempre estarão sujeitas aos regramentos específicos da Câmara Arbitral ou do Árbitro, conforme o caso.

Nesse particular, Scavone Junior (2008, p. 136) lembra o seguinte: “De qualquer forma, às partes ou ao órgão arbitral caberá regular o adiantamento de despesas e, na ausência, o próprio árbitro pode solicitar o numerário nos termos do § 7º do art. 13 da Lei de Arbitragem”.

No entanto, situações excepcionais poderão surgir, como o fato de que, na época em que firmou a convenção arbitral, a parte encontrava-se sadia financeiramente, só que, com o decorrer do tempo, essa condição modificou-se, estando a parte que necessita de resposta para um conflito passando por sérias dificuldades financeiras. O que fazer em tal situação? Não nos parece correto que a parte em dificuldades fique sem uma resposta ao conflito surgido, uma vez que a circunstância de ter firmado compromisso arbitral impede seu ingresso perante o Poder Judiciário.

Cada situação em particular deverá ser analisada para que a Justiça Arbitral não se torne uma porta de injustiças.

Nessa situação, seria prudente que o árbitro ou a Câmara arbitral determinasse o processamento da demanda sem o recolhimento das custas iniciais, diferindo para que, ao final, a parte sucumbente recolha as tarifas e os honorários dos árbitros que estiverem em aberto.

É claro que, se a parte sucumbente for a que inicialmente se encontrava em dificuldades financeiras, restará, se for o caso, em aberto o ônus sucumbencial, que autorizará o ingresso de demanda própria para o ressarcimento das despesas.

Como dito, o que não se pode esperar é que árbitros e Câmaras sérias declinem da competência de analisar o conflito unicamente em razão do estado de hipossuficiência financeira da parte. Isso seria a mercantilização da justiça. Não importa se a justiça é declarada por uma órgão público ou privado, o fato é que justiça sempre será justiça quando assim a jurisdição lhe for conferida.

Sem contar que, nos padrões atuais, a própria autonomia privada é permeada de valores sociais e éticos, como é o caso da boa-fé e da função social do contrato, dialogando dessa forma com princípios e valores constitucionais. Assim, se a opção pela arbitragem é fruto de disposições volitivas que essencialmente emanam de direitos disponíveis com caráter patrimonial, é evidente que esse tipo de relação deverá estar permeado de valores constitucionais, sob pena de se desarmonizar com o sistema, esvaziando sua principal função: a estabilização/pacificação das relações privadas.

2.3 Prova ilícita

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A referida redação é matéria de ordem pública da qual nenhum juiz tocado ou árbitro poderá se esquivar.

Independentemente de ser formal ou material, a ilicitude da prova contamina sua apreciação no processo, situação que a invalida, ainda que seja o único elemento para formação da convicção do julgador.

A proibição da utilização da prova ilícita tem respaldo no clamor popular, dado o contexto histórico brasileiro, em que, não raras vezes, essa modalidade de produção de provas foi utilizada sem qualquer escrúpulo, na tentativa de justificar a vontade imperativa dos dirigentes estatais de abafar movimentos contrários às suas bases políticas.

Assim, para evitar abusos justificados por meio de condutas supostamente revestidas de legalidade ou de falso discurso de interesse coletivo, necessária é a manutenção da firme posição em repelir a prática de tentativa de atribuir legalidade para espécie de prova que nada tem de legal na maneira como foi obtida.

Nessa linha, é importante a lembrança das lições de Coelho (2007, p. 22) que, ao dissertar sobre a imoralidade da prova ilícita, faz o seguinte alerta:

Cumprir lembrar que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita é uma poderosa afirmação da cidadania, um instrumento de defesa do cidadão, em nome da dignidade da pessoa humana, contra os abusos próprios dos sistemas autoritários, mas que permanecem nos sistemas democráticos, como herança institucional ou vício mesmo.

Na arbitragem, a postura não pode ser diferente. É inconcebível que um árbitro possa admitir, no processo arbitral, a utilização de prova obtida de forma ilícita para formação de sua convicção sobre a demanda.

A sentença arbitral que estiver fundamentada em prova obtida de forma ilícita encontra-se sujeita a invalidação, nos termos do inciso VIII, do art. 32 da Lei de Arbitragem, uma vez que é patente a violação de deveres gerais do árbitro, na garantia de buscar o desenvolvimento de um processo arbitral sadio.

Lembre-se ainda de que, embora o art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem fale expressamente sobre o livre convencimento do Juiz, é certo que a referida legislação não descartou a necessidade de que sejam observados os princípios gerais do processo, ou seja, os árbitros não podem fundamentar suas decisões em circunstâncias que contrariam a ordem pública, tampouco utilizá-las atribuindo peso às decisões proferidas.

Nessa trilha, lembremos as lições de Marinoni (2011, p. 507) que, ao tratar do tema, leciona:

De outra parte, o princípio do livre convencimento do juiz, apesar de também referido no art. 21, § 2º, da Lei 9.307/1996 constitui apenas um princípio fundamental do processo, e não um princípio constitucional. Quer ele dizer que o juiz tem o poder de

formar o seu convencimento a partir de todas as provas lícitas produzidas e das situações processuais capazes de evidenciar, ainda que fictamente, os fatos, não podendo ficar limitado a fórmulas matemáticas destinadas a definir o conteúdo e o grau do seu convencimento.

E ao arremate do tema, Silva (2005, p. 332-333), com sua peculiar clareza, nos ensina:

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. A distinção fundamental entre este sistema e o denominado sistema de livre convencimento está em que, naquele, o juiz tem o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara a decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos. Esta exigência naturalmente limita a completa liberdade que o sistema de livre convencimento lhe daria. [...] Uma decorrência do sistema de persuasão racional é a faculdade de iniciativa probatória que se reconhece, com bastante largueza, ao julgador e, sistemas modernos. Se o juiz deve formar sua convicção livremente, cabendo-lhe porém motivar, segundo critérios lógicos adequados, o resultado a que chegou através da análise da prova constante dos autos, é natural que se lhe dêem condições de trazer para o processo os elementos de prova de que ele necessite, mesmo que as partes não os tenham proposto.

3 Fase e meios para produção das provas

Não existe uma ordem para a produção das provas no processo arbitral, devendo a produção das provas ocorrer de acordo com a conveniência do árbitro.

Inexiste, igualmente, o formalismo que vincula a fase de produção de provas no Código de Processo Civil, inclusive, conforme referido anteriormente, poderá o árbitro adotar procedimento estranho ao Código de Processo Civil, porém comum em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Ademais, o árbitro é livre na escolha quanto às provas que entender conveniente para dirimir o conflito que envolve as partes. Isso significa dizer que, na regência da fase instrutória, o árbitro poderá indeferir pedidos das partes, quanto à produção de provas não úteis à sua formação de convicção quanto ao litígio.

Os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e igualdade das partes, são vigas mestras na formação da essência da prova, ou seja, devem permear sempre todas as fases do processo arbitral, e não apenas a fase de instrução da demanda.

A inobservância dos princípios destacados fere a busca da verdade material, maculando a decisão proferida no Juízo Arbitral. Como visto anteriormente, essa é uma das razões que poderão ensejar a anulação da sentença arbitral quando prolatada nessas circunstâncias.

Nesse particular, ao analisar demanda com escopo de anular sentença arbitral, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já se pronunciou:

AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE: OMISSÃO NO JULGADO. RECURSO PRÓPRIO PREVISTO NO ART. 30 DA LEI DE ARBITRAGEM. AUSÊNCIA DAS SITUAÇÕES ELENCADAS NO ART. 32 DA LEI N. 9.307/96.

O indeferimento de produção de prova pericial, não viola direito de defesa, pois do mesmo modo que na Jurisdição Estatal, os Árbitros que atuam perante o Tribunal Arbitral têm a faculdade de decidir sobre a produção das provas necessárias ao deslinde da lide, nos termos do art. 22 da Lei de Arbitragem. Não havendo recurso, uma vez proferida, a sentença arbitral haverá trânsito em julgado, nos limites do que for da competência do árbitro. Feito o compromisso arbitral, as partes a ele se submetem, só podendo a sentença arbitral ser anulada nos casos previstos no art. 32 da Lei n 9.307/96 (processo n. 1.0701.05.108975-6/002-1, Rel. Valdez Leite Machado, j. Em 19-03-2009).

Nesse sentido, é sempre importante lembrar a necessidade de que as partes tenham em mente que a individualidade da prova não é elemento suficiente para formação da convicção do julgador, porque o convencimento do julgador é formado pela composição e pela valoração de diversos elementos contidos no processo. Assim, deve ser ponderada a situação em particular, para que simples indeferimento de prova entendida como impertinente pelo árbitro não seja utilizado como supedâneo pela parte que pugnou pela produção da prova indeferida, para querer anular sentença arbitral com fundamento de que houve cerceamento de defesa ou de que houve tratamento desigual entre as partes.

Como sabemos, o princípio da igualdade é uma das estruturas do sistema processual que serve de garantia às partes de que recebam tratamento imparcial pelo julgador, bem como que este possa exercer suas atividades com plenitude, notadamente quanto à formação de seu livre convencimento.

Lembremos ainda a oportuna definição traçada por Plácido e Silva (2005, p. 105) quanto ao livre convencimento do julgador, fazendo alusão à valoração da prova no processo, de forma que tratou o tema nos seguintes termos:

[...] o livre convencimento, assim bem exprime a liberdade atribuída ao juiz para a apreciação do valor ou da força da prova, para que, por sua inteligência, por sua ponderação, por seu bom-senso, pela sua acuidade, pela sua prudência, consultando mesmo sua própria consciência, diante das próprias circunstâncias trazidas ou anotadas no correr do procedimento, interprete as mesmas provas, para, sem ofensa ao direito expresso, prolatar seu decisório.

Eis a perspectiva, portanto, que deve ser sopesada tanto no processo judicial quanto no processo arbitral, em se tratando de produção de provas, livre convencimento e valoração da provas produzidas, para formação da convicção do árbitro.

3.1 Da prova escrita

Normalmente, a produção de prova documental é fundamental para que o árbitro possa dirimir o conflito, havendo grande flexibilização na apresentação dessa modalidade de prova, ao longo do procedimento arbitral.

É comum, no procedimento arbitral, a utilização da técnica denominada *discovery*, própria do sistema processual da *common law*. A técnica de *discovery* consiste singelamente na modalidade de produção de prova em que uma parte requer que a outra apresente todos os documentos que considere necessários para solucionar o conflito.

No sistema da *common law*, a parte que se recusar a apresentar o documento sofrerá as consequências da inferência negativa, ou seja, o árbitro interpretará que a recusa na apresentação dos documentos fundamenta-se no fato de esses documentos serem contrários ao interesse da parte que recusa apresentá-los.

Há situações, no entanto, em que as partes podem deixar de anexar às alegações documento contrário ao interesse da parte manifestante, que terá expressiva valoração para que o árbitro possa dirimir a controvérsia suscitada pelas partes, exclusivamente por conter conteúdo que não interessa naquela ocasião em específico ou pelo fato de parte do documento estar acobertada pela confidencialidade. É de costume que as partes justifiquem esse tipo de postura afirmando que, com a divulgação, ficariam expostos segredos comerciais, com notórios prejuízos, ou então a divulgação poderia afetar o interesse de terceiros não participantes da lide arbitral, situação que implicaria a responsabilização da parte que os revelou.

Nessas situações, caso o árbitro tenha convicção da necessidade de verificação de um documento não revelado pela parte, em que as partes aleguem algumas das circunstâncias já referidas aqui, o árbitro não pode prescindir de tal informação, uma vez que certamente a decisão que será proferida no processo arbitral estaria fatalmente desalinhada com a realidade fática do caso.

Em casos dessa natureza, os árbitros devem determinar à parte que se encontra em poder do documento que este seja exibido, na sua integralidade, unicamente aos árbitros, os quais, no exercício de seu juízo de valor e atentos aos contornos da controvérsia, determinarão que se divulgue à parte contrária, apenas e tão somente, aqueles trechos que interessem diretamente à solução da controvérsia, para que se dê à parte contrária a oportunidade de comentar e produzir a contraprova, se cabível e, sobretudo, possível.

Ademais, como garantia de preservação do sigilo que possa o caso requerer, apenas uma cópia deverá ser encaminhada ao presidente do Tribunal Arbitral, deliberando os demais árbitros com base em um único exemplar.

Ainda assim, se a parte resistir na apresentação do documento, essa negativa será interpretada em desfavor dela, sendo essa valoração circunstancial apontada na doutrina como “inferência negativa”, ou seja, o árbitro interpretará a postura como circunstância desfavorável à parte na oportunidade de julgamento da lide.

3.2 Depoimento das partes – interrogatório/confissão

Trata-se a oitiva das partes de procedimento altamente proveitoso, na medida em que o árbitro poderá interrogá-las pessoalmente, conhecendo, dessa forma, contornos que escapam muitas vezes em documentos escritos.

O procedimento de oitiva das partes, via de regra, costuma ser desprovido das formalidades conhecidas no processo judicial, podendo o advogado direcionar perguntas diretamente para as partes, sem antes consultarem ao árbitro, o que não significa dizer que posteriormente o árbitro não poderá interferir, coibindo dessa forma eventuais excessos.

Demonstra-se eficiente que o registro dos depoimentos das partes seja realizado por gravação eletrônica ou por estenotipia, evitando, dessa forma, a repetição de provas ou mesmo eventual arguição de nulidade destas.

Quanto à confissão, apontamos que, no campo do processo civil, a sua eficácia opera contra o confidente, repropdo, assim, outro problema central da teoria da prova contemporânea: aquele respeitante à oportunidade de manter a prova legal no processo civil, desde que os resultados da prova, regra geral, sejam livremente valorados pelo juiz (art. 131), sem nenhum vínculo imposto pela lei.

Nessa linha de raciocínio, a confissão não significa procedência do pedido (na realidade, nada mais é que a simples admissão de um fato), devendo ser ainda salientado que a ausência da parte intimada não significa confissão ficta ou presumida, como apontam os arts. 342 e 348 do Código de Processo Civil. Ocorrendo a ausência injustificada da parte, o árbitro, simplesmente, levará em conta o comportamento da parte faltosa.

É importante ainda o registro de que a revelia da parte não impedirá o árbitro de proferir sentença sobre o conflito (§ 3º do art. 22).

3.3 Prova testemunhal e *expert witnesses*

O árbitro, ao decidir pela necessidade da produção de prova testemunhal, deverá intimar as partes para que apresentem rol de testemunhas, fixando posteriormente local e o horário em que acontecerá a inquirição, devendo a testemunha ser intimada com antecedência, para que não se configure nenhuma nulidade na oitiva.

Na arbitragem, ainda que ausente a preclusão, não se admitirão surpresas. A audiência não pode servir de palco para exibições cinematográficas. As testemunhas são conhecidas de antemão, a não ser que as partes concordem em ouvir testemunhas que não tenham sido adrede arroladas.

Na oitiva de testemunha em local diverso de onde se encontra em curso o procedimento arbitral, é prudente que o árbitro se desloque para que possa viabilizar a oitiva ou mesmo um auxiliar do árbitro, que deverá realizar o registro do depoimento por meios eletrônicos ou estenotípicos. Não se desconhece, no entanto, a existência de Câmara Arbitral onde os árbitros utilizam da cooperação do Poder Judiciário para viabilizar a colheita de depoimento, expedido-se, para tanto, carta precatória com a referida finalidade.

Salienta-se ainda, ocorrendo ausência injustificada da testemunha, caberá ao árbitro decidir pela aplicação do parágrafo segundo do art. 22 da Lei de Arbitragem, utilizando a cooperação do Poder Judiciário para que ocorra a condução coercitiva da testemunha.

Se ocorrer a condução coercitiva, o juiz de direito não poderá entrar no mérito se a ausência da testemunha que provocou o pedido do árbitro ocorreu de forma justificada ou não, devendo apenas cumprir a providência solicitada pelo árbitro.

No procedimento arbitral, o árbitro poderá se valer de testemunhas de direito (ou seja, não poderá esse tipo de testemunha pronunciar-se quanto às questões de fato da causa), conhecidas internacionalmente como *expert witnesses*, que têm como função transmitir aos integrantes do Tribunal Arbitral informações quanto à aplicação do direito e sua interpretação à luz da doutrina e da jurisprudência de uma determinada jurisdição.

O testemunho de *expert witnesses* poderá ainda ser útil quando necessário o esclarecimento ao árbitro de questão quanto ao conhecimento prático de assuntos que exigem grau de especialização complexo, como é o caso de mercado de capitais, engenharia, prática contábil etc.

Esse tipo de procedimento é estranho ao Código de Processo Civil. Apenas para ilustrar, segue a reprodução parcial de decisão afastando a tentativa de utilização de *expert witnesses*.

O árbitro poderá ainda aceitar que o depoimento das testemunhas seja prestado por escrito. Essa modalidade, na arbitragem internacional, é conhecida como *witness statements*.

É nosso entendimento que a utilização do depoimento escrito em nada viola a legislação vigente. O testemunho escrito deve ser dado sob as penas da lei e sob compromisso de expressar a verdade, tal qual no depoimento oral.

Essa modalidade de depoimento normalmente tende a ser repelida na instrução arbitral, sob o argumento de que os declarantes poderiam estar sob a orientação de advogados, circunstância que poderia invalidar a declaração firmada, caso a verdade dos fatos tenha sido manipulada de acordo com a vontade de alguma das partes com interesse econômico na causa.

De outra face, é certo que, caso perceba alguma inveracidade ou manipulação quanto ao depoimento prestado por escrito, pode o árbitro convocar a testemunha para ser interrogada na forma tradicional, para que sejam esclarecidos os pontos que suscitaram a insatisfação do árbitro no depoimento prestado por escrito.

Esse procedimento de convocação da testemunha após a apresentação de depoimento escrito é conhecida como *cross examination*. Nessa oportunidade, a testemunha passa a ser inquirida pela parte contrária, sendo oportunizado à parte que indicou a testemunha inquirida realizar perguntas, somente sobre os pontos questionados pela parte contrária.

Ressalta-se, por fim, que as testemunhas têm para com os árbitros, as partes e todo o procedimento o compromisso de dizer a verdade e o de não omitir fatos ou circunstâncias que sejam de seu conhecimento. A violação desse compromisso faz com que incidam na tipificação contida no art. 342 do Código Penal, sujeitando-se às penas ali estabelecidas.

3.4 Prova pericial

A primeira questão que se coloca sobre a produção de prova pericial no processo arbitral diz respeito ao fato de que, embora o Tribunal Arbitral seja possuidor de notório conhecimento técnico quanto ao conflito analisado, nada impede que os árbitros nomeiem perito para que possa produzir trabalho técnico a respeito de questão que necessita de esclarecimento.

É certo que a grande vantagem do processo arbitral é a escolha de um árbitro que tenha conhecimento técnico específico, dentro da matéria em que as partes firmaram o pacto que deu ensejo à controvérsia. No entanto, a referida vantagem não significa dizer que o árbitro eleito pelas partes não possa se valer de perito para elaboração de trabalho técnico e elucidativo sobre a questão analisada na lide arbitral.

Galvão Neto e Carvalho Neto (2012, p. 60), ao dissertarem sobre a possibilidade de haver contratação de perito, mesmo quando a arbitragem estiver sendo conduzida por árbitro especialista, lecionam que

[...] outra consideração favorável à participação do perito na instrução processual é a ampliação dos horizontes do debate, em decorrência da interveniência de assistente técnicos das partes, o que enriquece o pleno exercício do contraditório e, por consequência, traz maiores subsídios aos fundamentos da decisão.

Eis, portanto, interessante posicionamento apontando os benefícios da nomeação de perito judicial mesmo quando a arbitragem estiver sendo conduzida por perito especialista, destacando a possibilidade de as partes poderem nomear assistentes técnicos para acompanhar a perícia e, inclusive de forma ostensiva, todo o trabalho do perito nomeado, oferecendo crítica técnica após a entrega do laudo.

Embora a Lei de Arbitragem não tenha fixado nenhum prazo para entrega do laudo, é certo que o árbitro deverá suprir essa lacuna, fixando ao perito prazo razoável para entrega do trabalho.

No mais, o laudo produzido pelo perito deverá observar todas as normas técnicas exigidas para esse tipo de trabalho. Caso não seja convencionalizada alguma particularidade, o laudo técnico produzido no processo arbitral será idêntico ao tipo

de trabalho conhecido no processo judicial, visto que a finalidade sempre será a mesma: esclarecer e trazer subsídios para que o julgador possa formar sua convicção e proferir pronunciamento de mérito, encerrando o litígio das partes.

3.5 Inspeção

A inspeção judicial, embora seja modalidade de produção de provas no processo civil pouco utilizada, é velha conhecida no nosso sistema jurídico.

No Código de Processo Civil, o regramento da inspeção judicial encontra-se disposto entre os arts. 440 e 443. Esse meio de produção de prova viabiliza que o árbitro tenha acesso diretamente aos fatos narrados pelas partes.

Como ressaltado anteriormente, uma das vantagens da arbitragem é a faculdade das partes em indicar como árbitro profissional com conhecimento técnico específico para analisar o conflito das partes, muito embora esse tipo de procedimento não necessariamente dispense a necessidade de produção de prova pericial.

Quando a demanda indicar a necessidade de vistoria, necessário se faz que o árbitro elabore relatório de vistoria, apontando quem participou da diligência, data e horário da diligência, descrição clara e concisa do constatado, podendo, ainda, ilustrar o relatório com fotografias ou plantas.

Além disso, deve o árbitro comunicar às partes com antecedência a data e o local da inspeção, para que elas, se assim desejarem, possam acompanhar o procedimento.

4 Substituição do árbitro e repetição das provas

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar que, no caso de substituição do árbitro nos termos previstos no art. 16 da Lei de Arbitragem², poderá o novo árbitro requerer a repetição das provas para formação de seu convencimento.

É o que se extrai da redação do parágrafo 5º do art. 22 da Lei de Arbitragem:

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

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

A referida disposição assegura às partes que o novo árbitro tenha contato imediato com as provas produzidas no processo arbitral, formando a plena e livre convicção sobre a matéria a ele submetida para análise e pronunciamento meritório.

² "Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto."

Segundo Carmona (2009, p. 332):

O alvo maior do dispositivo é a prova oral: pode o árbitro querer ouvir novamente uma testemunha, parte ou perito; mas é provável que isto só ocorra se o julgador perceber que houve falha na condução da instrução. Por outro lado, não se exclui repetição de outras provas, como a inspeção, que deve traduzir-se em impressões diretas sobre o julgador.

A situação sempre deverá ser avaliada pelo árbitro, posto que as provas produzidas no processo arbitral se destinam à formação de seu convencimento. Assim, caberá tão somente ao novo árbitro a faculdade de repetir eventuais provas anteriormente realizadas no processo arbitral em curso.

5 Conclusões

1) Trata-se de tema polêmico, pois não existe um regramento geral na arbitragem caseira, o que significa que, conforme o caso, a regência do procedimento ficará a critério do árbitro. Quando previsto em regulamento da Câmara Arbitral eleita, as partes deverão observar o disposto no regimento eleito.

2) Na arbitragem *ad hoc*, o árbitro deverá funcionar como um verdadeiro maestro, pois a regência dos atos processuais ficará sob sua responsabilidade, devendo sempre adotar com prudência o procedimento de desenvoltura processual, assegurando às partes o exercício da ampla defesa e do contraditório processual, sob pena de viciar o pronunciamento final em nulidade insanável.

3) Assente na doutrina nacional, a produção de provas no processo situa o julgador de maneira a conhecer de forma próxima a verdade da questão apreciada, sendo quase uma utopia a revelação da verdade absoluta no litígio.

4) O árbitro revestido da jurisdição de juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei de Arbitragem) possui poderes instrutórios semelhantes aos conferidos ao juiz de direito, podendo requisitar, se for o caso, documentos e informações diretamente aos órgãos públicos, determinar a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes, determinar vistorias e exames, utilizando-se inclusive da cooperação do Poder Judiciário, e ainda aplicar regras típicas da *common law*, colhendo depoimentos técnicos (*expert witnesses*) ou determinar que as partes forneçam todos os documentos que entender necessários para esclarecimento da controvérsia, ainda que preservado pelo sigilo (*discovery*).

5) Inexiste previsão na Lei de Arbitragem vinculando as partes ao Código de Processo Civil, na ausência de fixação de procedimento próprio. Ao contrário, a referida legislação autoriza as partes a criar as regras procedimentais que serão aplicadas ao processo arbitral (arts. 2º, § 1º, 11, IV, 19, § único, e 21, *caput* e §§ 1º e 2º).

6) No procedimento arbitral, não existe previsão legal que verse sobre a distribuição do ônus da prova. Isso significa dizer que quem tiver interesse pelo esclarecimento do fato deve produzir ou requerer a produção da prova que entender conveniente.

7) Em regra, as despesas para o custeio da prova a ser produzida são suportadas pela parte solicitante. Diz-se em regra porque as partes sempre estarão sujeitas aos regramentos específicos da Câmara Arbitral ou do árbitro, conforme o caso.

8) Os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e igualdade das partes são vigas mestras na formação da essência da prova, ou seja, devem permear sempre todas as fases do processo arbitral, e não apenas a fase de instrução da demanda.

9) Ocorrendo a substituição do árbitro nos termos previstos no art. 16 da Lei de Arbitragem, poderá o novo árbitro requerer a repetição das provas para formação de seu convencimento.

10) Neste artigo, elencamos algumas das modalidades tradicionais de produção de prova no curso da instrução realizada em processo arbitral, porém encerramos com destaque às lições de Burnier Júnior que, ao tratar da produção de provas e do livre convencimento do julgador, ensina:

O importante, porém, é não esquecer que não existe superioridade de um meio de prova sobre o outro, nada garantindo que uma testemunha que narra o fato, que afirma ter presenciado, esteja dizendo a verdade, e que outra, que descreve a posição de um objeto, esteja mentindo. Será o exame do conjunto probatório, de todas as provas constantes dos autos, que irá formar a convicção do juiz quanto aos fatos da causa, sem que se possa desprezar um só.

EVIDENCE IN ARBITRATION PROCEEDINGS

Abstract: This paper aims to analyze the education system in the arbitration proceedings, arguing essentially matters under great controversies in arbitration system. This is a contentious issue, as there is no general regramento in arbitration homemade, getting, as appropriate, at the discretion of the referee, the regency of the procedure, or as provided by regulation of the Board of Arbitration elected, the parties shall observe the provisions as the regiment elected.

Keywords: arbitration; production of evidence; evidence of species.

Referências

- CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- COELHO, L. F. Dogmática e crítica da prova no processo. *Revista de Processo*, v. 154, p. 22, dez. 2007.
- FILOMENO, J. G. B. Conflitos de consumo e juízo arbitral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, p. 38-51, jan. 1997.

GALVÃO NETO, O.; CARVALHO NETO, R. T. de. Conduta do árbitro especialista. In: MAIA NETO, F.; FIGUEIREDO, F. F. de (Coord.). *Perícias em arbitragem*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2012. p. 55-79.

MARINONI, L. G. Ação de nulidade de sentença arbitral. In: MARINONI, L. G. *Soluções práticas de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 499-511.

PLÁCIDO E SILVA, O. J. de. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCAVONE JUNIOR, L. A. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.