

# PANORÂMICA SOBRE AS PROVAS NA ARBITRAGEM

Pedro A. Batista Martins<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1. Prova. Regra Geral – 2. Os Fatos e as Provas; 2.1. Provas Diretas e Indiretas; 2.2. Indícios e Presunção – 3. Admissibilidade da Prova – 4. É do Árbitro o Exame da Admissibilidade da Prova – 5. Documento Confidencial Obtido por uma das Partes – 6. A Valoração da Prova; 6.1. Sistema da Prova Legal; 6.2. A Valoração da Prova na Arbitragem Internacional – 7. Conclusão.

1. **INTRODUÇÃO.** O campo das provas, na arbitragem, é bastante amplo e não se sujeita a um catálogo legal. Nesse particular, a produção probatória em sede de arbitragem se alinha com o sistema das provas do processo civil. *Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa* (art. 332, CPC).

Registre-se que todos os meios idôneos e capazes de comprovar o fato controverso (v.g. fotografia; video; gravação), mesmo que não listados em lei, são passíveis de exame pelo julgador com vistas à reconstituição ou a definição da verdade sobre determinado fato.

Segundo a Lei n. 9.307/96, *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* (art. 22, caput).<sup>2</sup>

Vê-se que é ampla a liberdade probatória no processo arbitral, à vista do elemento essencial, para o árbitro, que é a busca e a conquista da verdade material. A própria

equiparação dos poderes do árbitro ao do juiz togado assegura plena autoridade ao julgador privado, enquanto no exercício da função jurisdicional, função essa que tem por finalidade a aplicação do direito ao caso concreto e que, por suposto, há de transitar, preliminarmente, pela fase relevante da confirmação da veracidade ou da falsidade do *fato à provar*.

Destarte, é amplo o meio de prova utilizado tradicionalmente na arbitragem, notadamente nas de caráter internacional. No entanto, mesmo nas nacionais pode o árbitro requisitar informação de autoridades públicas, municipais, estaduais e federais (v.g. agências regulatórias; registros públicos), determinar a apresentação de fitas sonoras, *video tapes*, livros contábeis, fotografias e disco rígido, determinar a oitiva de testemunhas não indicadas pelas partes, ou ainda, sua reapresentação para esclarecimento de pontos controversos ou para, frente à frente com outra testemunha, aclarar informações incoerentes ou conflitantes. Aplica-se à arbitragem a regra de que *ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário* [no caso, com os árbitros] *para o descobrimento da verdade* (art. 339, CPC).

A mesma liberdade se dá no caso de perícias, onde o árbitro não se sujeita ao que foi solicitado pelas partes, podendo, inclusive, realizar, de ofício, vistoria em estabelecimento ou armazém para confirmar ou não, por exemplo, as alegações quanto ao estado de armazenamento de produtos sensíveis.

Não há, em arbitragem, procedimento cerrado quanto à produção das provas<sup>3</sup>: quero dizer que o depoimento pessoal pode se dar em reunião isolada para tal fim; pode ser deslocado para momento subsequente à oitiva das testemunhas; o depoimento pessoal, se conveniente for, pode ser realizado após terem sido ouvidas as testemunhas e os experts. A oitiva das testemunhas pode se dar *fatiadamente*, dependendo das circunstâncias (v.g. testemunhas com domicílio no exterior) e, mesmo, repita-se, anteriormente à realização da perícia.

Não tem o árbitro, portanto, como ocorre no processo judicial, o dever de determinar, de antemão, as provas a serem produzidas (art. 331, par. 2º, CPC) e, tampouco, o momento ou a ordem em que tais provas serão realizadas.

Entretanto, essa liberdade e a possibilidade de se *fatiar* a fase probatória não pode implicar em prejuízo *juridicamente relevante* para quaisquer das partes.

1.1. **PROVA. REGRA GERAL.** O que se busca no processo é a comprovação, pelos meios de prova admitidos, dos fatos alegados e postos como verdadeiros ou falsos pelas partes. A luta travada visa provar o quanto sustentado pelas partes. Seja a veracidade dos fatos ou sua falsidade ou inexistência. A valoração da prova determinará o sucesso do demandante ou do demandado.

Contudo, a prova há de ser admitida para que, após sua produção, venha a ser objeto de valoração pelos árbitros, com base no livre convencimento. Livre, sem dúvida; mas, por certo, fundamentado.

Porém, antes de tratarmos da admissibilidade e da valoração, é conveniente algumas palavras sobre os fatos e a conceituação das provas.

2. **OS FATOS E AS PROVAS.** Inicialmente, cumpre notar que os fatos que importam para o julgador são os chamados fatos controvertidos. São estes aqueles que, nas palavras de **Carnelutti**, se encontram na **zona neutra** *de los hechos afirmados tan sólo por una o alguna de las partes, es decir, hechos afirmados pero no admitidos, que pueden existir o no...El juez se encuentra aquí frente a la afirmación de una parte y a la negación de la otra, es decir, ante la discusión de un hecho...*<sup>4</sup>

Os fatos podem ser divididos em principais ou secundários. Os fatos principais também são denominados de jurídicos ou constitutivos (extintivos, impeditivos ou modificativos). Já os fatos secundários são tratados, meramente, como fatos simples.

Esclarece **Michele Taruffo** que a distinção identifica os fatos principais para o efeito de sublinhar *la función jurídica de las circunstancias que se indican en la prótasis de la norma aplicable y que, por tanto, representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma. Como se ha visto ya, el supuesto de hecho abstracto definido por la norma opera como criterio de selección, dentro de un conjunto indiferenciado e indefinido de circunstancias, de los hechos relevantes para la aplicación de la norma.*<sup>5</sup> El otro cuerno de la distinción está constituido por los hechos que habitualmente se denominam “secundarios” o “simples”, que se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Estos hechos adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal. Esta distinción es un lugar común muy difundido que resulta útil a propósito de diversos problemas, como, por ejemplo, los que se refieren a la relevancia de los medios de prueba. Sin embargo, aunque no carece de fundamento, es una distinción que implica una simplificación importante de los problemas que afectan a la identificación del hecho.<sup>6</sup>

2.1.. **PROVAS DIRETAS E INDIRETAS.** As provas, costumeiramente, são divididas em direta e indireta. Conquanto suas definições não sejam uniformes no mundo jurídico, essa distinção tem sido difundida com frequência.

No rastro de Carnelutti, explica **João Penido Burnier Júnior**:

*“As provas diretas, a que Carnelutti (1956, v. 1, p. 157) denomina históricas, referem-se ao próprio fato probando ou consistem nele mesmo. No processo de indenização por acidente de trânsito, a testemunha descreve o fato que presenciou, ou*

*que reproduz o que lhe narrou testemunha ocular, produz prova direta; da mesma forma, num processo de cobrança, o documento de confissão da dívida é prova direta, porque se refere imediatamente ao fato probando, reproduzindo-o; o instrumento do contrato de locação, cuja existência se discute no processo, é a reprodução do próprio fato probando e assim por diante. Se a prova não se referir ao próprio fato probando, mas a outro, do qual, por trabalho de raciocínio, se chega àquele, a prova é indireta, também denominada crítica por Francesco Carnelutti, na passagem já citada. Assim, no processo de indenização por acidente de trânsito, a descrição feita pela testemunha (ou pelo perito, se for o caso), que não presenciou os fatos, da posição em que foram encontrados os veículos sinistrados, serve, em certos casos, para auxiliar o raciocínio e chegar à conclusão de como se deu o acidente. Na prova direta a conclusão é objetiva, conseqüência da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade de raciocínio. Na prova indireta, o raciocínio reclama a formulação de hipóteses, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim, trabalhos mentais para atingir-se a verdade do fato probando. São provas indiretas, por excelência, as que têm por objeto os indícios que, como vimos, (item 4, letra d, número 2, Capítulo I), permitem ao juiz chegar ao fato probando, por dedução.<sup>7</sup>*

Conquanto essas definições têm sido bastante utilizadas na doutrina, **Michele Taruffo** diferencia a prova direta da indireta levando em consideração a forma como a relação *fato-prova* se coloca no processo e no contexto da decisão. Assim, é necessária, na visão desse autor, que se distinga o *fato à provar*, ou seja, o fato juridicamente relevante de que dependa diretamente a decisão, do *objeto da prova*, ou seja, o fato que oferece a demonstração ou a confirmação da prova. Segundo o jurista italiano, “*La prueba podrá definirse como directa cuando las dos enunciaciones tienen por objeto el mismo hecho, es decir, cuando la prueba versa sobre el hecho principal. La terminología angloamericana dispone de un término específico al respecto: se denomina material la prueba que tiene por objeto el hecho jurídicamente relevante. Por tanto, es prueba directa aquella que versa directamente sobre el hecho a probar. En cambio, se estará ante una prueba indirecta cuando esta*

*situación no se produzca, es decir, cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión... Como es fácil observar, esta distinción entre prueba directa e indirecta es funcional y relacional, no ontológica. Es decir, esa distinción no hace referencia a la “naturaleza” o a la “estructura” intrínseca de las pruebas o de los medios de prueba, de modo que las pruebas no son de forma general, a priori y, en cualquier caso, directas o indirectas. Al contrario, casi todas las pruebas pueden ser directas o indirectas, en función de si tienen por objeto el hecho a probar u otro hecho del que puedan extraerse inferencias sobre el hecho a probar. Así, una declaración testifical será directa o indirecta en función de su propio objeto específico y podrá ser también prueba directa o indirecta la inspección ocular, en función de que el juez perciba circunstancias o situaciones de hecho que coincidan o no con el “hecho a probar”. A esta variedad de funciones escapan pocos casos de pruebas que pueden considerarse típicamente directas o indirectas: por un lado, está el juramento decisorio que, dado que sólo puede tener por objeto hechos principales, únicamente puede operar como prueba directa; por el otro, se podría decir que es típicamente indirecta la prueba por presunciones, dado que consiste en la formulación de inferencias que parten del “hecho conocido” para extraer conclusiones inferenciales sobre el “hecho ignorado”.*<sup>8</sup>

**2.2.. INDÍCIOS E PRESUNÇÃO.** No tema das provas, não se pode olvidar as chamadas provas indiciárias.<sup>9</sup> Segundo a lição de **Moacyr Amaral Santos**, *o indício é um fato ou sinal devidamente provado que serve para, por meio dele, chegar, por dedução, à presunção.*<sup>10</sup> Ou, ainda, na linha de **Alsina e Dellepiane**, *Chama-se indício todo rasto, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou seja, devidamente provado, suscetível de conduzir, por inferência, ao conhecimento do fato desconhecido.*<sup>11</sup>

O indício, por si só, não é capaz de se afirmar como prova do fato controverso, pois, para tal, será necessária uma rede interligada de indícios, linear e coerente, de modo a se consubstanciar numa autêntica presunção.

Como afirma **Carnelutti**, *[un] hecho ne es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no existencia de éste.*<sup>12</sup>

Conquanto a prova por indícios seja mais amplamente utilizada na seara penal, também no direito civil é aproveitada.

Partindo-se da regra contida no art. 2.727 do Código Civil italiano, a tradição doutrinária define a presunção simples (a presunção legal é pré-estabelecida) como as implicações que o julgador extrai de um fato conhecido para chegar a um fato ignorado.

A presunção, portanto, se qualifica como tal, quando uma série de indícios se forma a ponto de criar uma percepção lógica capaz de autorizar ou ajudar, eficazmente, o julgador a determinar a falsidade ou a veracidade do fato controverso.

Nesse particular, pode-se dizer que a presunção simples se qualifica como prova indireta.<sup>13</sup>

A presunção resulta, pois, de uma inferência ou dedução lógica por parte do árbitro que extrai dos diversos indícios – que formam a presunção - certa coerência e plausibilidade capazes de convencer o julgador sobre o fato relevante em discussão. Parte de um fato conhecido para chegar ao fato à provar (“fato desconhecido”).

Como bem ressalta **Cândido Dinamarco**, *Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa. A experiência pessoal do*

*homem e a cultura dos povos mostram que existem relações razoavelmente constantes entre a ocorrência de certos fatos e a de outros, o que permite formular juízos probabilísticos sempre que se tenha conhecimento daqueles. Daí por que o homem presume, apoiado na observação daquilo que ordinariamente acontece. O momento inicial desse processo psicológico é o conhecimento de um fato-base, ou indício revelador da presença de outro fato. Seu momento final, ou seu resultado, é a aceitação de um outro fato, sem dele ter um conhecimento direto.*<sup>14</sup>

A utilização de presunção como prova é, geralmente, admitida nos casos em que há dificuldades em se comprovar o fato controverso por meio da prova direta. Visa, pois, facilitar a prova e tem sido útil nos casos de fraude e simulação. Sem embargo destas hipóteses, serve, também, para reforçar ou mesmo, comprovar, o fato relevante em outras situações jurídicas sensíveis.

**3. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA.** A produção da prova se sujeita a uma condição de admissibilidade, segundo os critérios de relevância e legalidade.<sup>15</sup>

A legalidade se baseia no critério da licitude da prova. Esta deve ser idônea sob a ótica do direito. Será, portanto, inadmissível a prova obtida por meios ilícitos.

A relevância diz com a pertinência, a necessariedade e a utilidade da prova que a parte pretenda seja admitida no contexto do processo legal. Desse modo, o fato à provar deve ser relevante para o deslinde da controvérsia e, ademais, a prova há de se mostrar útil ao árbitro para os fins da solução do caso concreto.<sup>16</sup> A prova tem que resultar em um dado positivo suficiente a agregar valor ao conhecimento do árbitro sobre o fato controverso.

No dizer de **Michele Taruffo**, *En términos de lo dicho anteriormente, se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico. Esta operación antecipa en*

*cierto sentido el juicio sobre el resultado de la prueba respecto de la determinación del hecho, pero no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener ex post en el juicio final del hechos.*<sup>17</sup>

Pelo visto, pode-se afirmar que, na análise da relevância, estará o árbitro frente a um critério lógico de definição, enquanto que a apreciação da licitude da prova se funda em exame eminentemente jurídico.

**4. É DO ÁRBITRO O EXAME DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA.** Registre-se que é do árbitro o poder de admitir ou não as provas requeridas pelas partes. E não serão admitidas, necessariamente, todas as provas solicitadas. Tal não acarreta, como pensam e sugerem alguns advogados em arbitragem, violação ao devido processo legal e, conseqüentemente, a anulação da futura decisão arbitral.

Aliás, o hábito de se peticionar nesse sentido, como meio de intimidação, não há de produzir qualquer efeito na pessoa de árbitro experiente. Ao contrário, soará como certa imaturidade e deselegância do advogado, visto que este sempre tem, e terá, à sua disposição, o caminho da ação de nulidade em sede judicial. E, para tal, não precisa se valer de técnicas de *guerrilha processual* na busca, não raro infantil, de atemorizar o árbitro.

E este, por seu turno, se defrontado com essa ignominiosa tentativa, não deve, de forma alguma, responder à parte, pois se encontra em patamar distinto e soberano, pois em pleno exercício de função jurisdicional.

Vejam os que diz a doutrina quanto a autoridade do árbitro (ou juiz) para decidir sobre a admissibilidade das provas:

– “A admissão das provas é ato exclusivo do árbitro, facultando-lhe a lei indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC)”<sup>18</sup>

*“É oportuno deixar claro que o árbitro tem poderes para determinar a realização das provas que considerar necessárias, a requerimento das partes ou de ofício (art. 22, caput, parte final). Significa dizer que, a exemplo do processo estatal, o árbitro pode indeferir as provas inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC)”*.<sup>19</sup>

*“Nell’espressione del proprio apprezzamento sulla rilevanza delle prove chieste dalle parti e sulla loro ammissibilità il giudice può contare su un potere discrezionale abbastanza ampio”*.<sup>20</sup>

Em linha com a doutrina, vejamos como os Tribunais judiciais tratam a questão da admissibilidade das provas pelo juiz togado, *mutatis mutandis*, pelo árbitro.

*“EMENTA – PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. AVERIGUAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECEDENTES MÚLTIPLOS.*

- 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.*
- 2. O acórdão a quo manteve decisão singular que indeferiu a realização de prova pericial.*
- 3. Para a verificação dos valores devidos, os quais são efetivados por simples cálculo do contador, pela Delegacia da Receita Federal ou pela parte interessada, à vista dos comprovantes constantes dos autos e sendo dispensável a utilização de conhecimento técnico-especial para a apuração de tais valores, é desnecessária a realização de prova pericial.*

4. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, “a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide” e que “o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento” (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99)

5. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, REsp nº 67024/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL; REsp nº 132039/PE, Rel. Min. VICENTE LEAL; AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; EDcl nos EDcl no REsp nº 4329/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA; AgReg no AG nº 14952/DF, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

6. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pericial pleiteada.

7. Agravo regimental não provido.

(...)

VOTO – No que se refere à apontada ofensa aos dispositivos indicados, relativa ao julgamento antecipado da lide, o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. Nessa mesma linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujas ementas se transcrevem, infra:

*“CIVIL. LOCAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ERRO SUBSTANCIAL. SÚMULA 07/STJ.*

*- Não se conhece de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial quando o recorrente não demonstra as circunstâncias fáticas que identifiquem ou assemelhem as hipóteses confrontadas, a teor do artigo 541 do CPC, e do disposto no art. 255, do RISTJ.*

*- O magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.*

*(...)*

*PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.*

*- A tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes da decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.*

*- O magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.*

*(...)*

*- Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 102303/PE, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 17/05/1999)*

*Verifica-se, portanto, que não procede a alegação de cerceamento de defesa o indeferimento da prova pericial postulada. A liquidação dos valores devidos é efetivada por simples cálculo do contador, pela Delegacia da Receita Federal ou pela parte interessada, à vista dos comprovantes constantes dos autos, sendo desnecessária a utilização de conhecimento técnico-especial para a apuração dos valores executados. Assim, não há falar em ofensa à lei pelo indeferimento da prova pericial pleiteada.”<sup>21</sup>.*

*“EMENTA – II. Não se reconhece o apontado constrangimento ilegal por cerceamento de defesa, devido ao indeferimento de realização de perícia contábil e técnica em todos os contratos e empreitadas realizados pelo Município, se o Magistrado fundamenta suficientemente a sua desnecessidade para a elucidação dos fatos, com base nos elementos do processo.*

*III. Caráter meramente protelatório da diligência requerida que resta evidenciado, pois a defesa não logrou demonstrar a real necessidade da perícia, permanecendo inerte ao longo da instrução, ainda mais em se tratando de feito em que o próprio Tribunal de Contas Municipal realizou perícia técnica, a qual foi corroborada pelas demais provas dos autos.*

*IV. O Julgador pode indeferir, motivadamente, diligências que considere protelatórias ou desnecessárias. Precedente.*

*V. Recurso desprovido.*

*(...)*

*VOTO – O Julgador pode indeferir, de maneira fundamentada, diligências que considere protelatórias ou desnecessárias, tendo em vista um juízo de conveniência quanto à necessidade de sua realização, que é próprio e exclusivo do Juiz, por ser ele o destinatário da prova.*

*(...)*

*O Tribunal a quo, por sua vez, ressaltou o acerto da decisão monocrática, atentando para a impertinência da diligência requerida, in verbis :*

(...)

*Sabemos, vale repetir, é perfeitamente possível ao Juiz, ao seu critério e de acordo com a sua convicção, indeferir o pedido de prova pericial, uma vez que esta se fizer desnecessária em vista de outras provas produzidas, como aliás afirmou a MMª Juíza, no próprio depoimento do réu. (vide as informações da MMª Juíza). Assim é que, a meu entendimento, o indeferimento da prova pericial, flagrantemente desnecessária, não se constituiu em cerceio de defesa. Sabemos todos, fato já comprovado nos autos e que independe de conhecimentos técnicos, prescinde de ser demonstrado mediante perícia, esta, já efetuada e analisada pelo Tribunal de Contas dos Municípios. (ART. 130 e 420 do C.P.C)*

(...)

*De mais a mais, a jurisprudência orienta-se no sentido de que 'sendo o juiz destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização.' (TFR, 5ª T, Ag. 51.774-MG, REL. Min Geraldo Sobral, J. 27/2/1989, negaram provimento ao agravo. v.u. DJU 15.05.1989, p. 7.935).” (fls. 123/125).”*

*Dessa forma, não merece reforma o decisum atacado, tendo em vista o caráter meramente protelatório da diligência requerida, pois a defesa não logrou demonstrar a real necessidade da perícia, permanecendo inerte ao longo da instrução.*

(...)

*Por derradeiro, trago à colação o seguinte precedente desta Corte:*

*“HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. NULIDADE. DEFESA PRÉVIA CONSIDERADA INTEMPESTIVA. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. DILIGÊNCIAS INDEFERIDAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*

(...)

*Não configura cerceamento de defesa o indeferimento, fundamentado, de diligências consideradas pelo Juiz oficiente como descabidas ou*

*protelatórias. (...)*” (HC 17929/SP, Min. JOSÉ ARNALDO, DJ de 04/03/2002)”<sup>22</sup>

*“EMENTA – PROCESSUAL CIVIL. ART. 130 DO CPC. PROVAS. VALORAÇÃO. INDEFERIMENTO IMOTIVADO DA REALIZAÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REAPRECIÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. TRATAMENTO IGUALITÁRIO ÀS PARTES NO PROCESSO.*

*(...)*

*6. O indeferimento de realização de provas, possibilidade oferecida pelo art. 130 do CPC, não está ao livre arbítrio do juiz, devendo ocorrer apenas, e de forma motivada, quando forem dispensáveis e de caráter meramente protelatório.*

*(...)*

*9. Se à parte compete indicar os motivos da realização da prova, ao julgador competirá motivar o indeferimento da mesma, sob pena de cerceamento de defesa.*

*(...)*

*RELATÓRIO – A União, inconformada, opõe embargos de declaração com o desiderato de prequestionar o art. 131 do Código de Processo Civil. O acórdão dos embargos recebeu a seguinte ementa (fl. 162):*

*“PROCESSUAL CIVIL. PROVAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL.*

*1. Assegura-se à parte o direito de produzir as provas de seu interesse, consoante assim o permite o artigo 130 do Código de Processo Civil. A prova submete-se a princípios, dentre eles o da adequação e deve ser concludente. Cumpre ao juiz permitir se produza a prova que for pertinente para demonstrar o fato, mesmo porque esta será examinada, também, na superior instância, dada a possibilidade de rediscussão e reapreciação do fato.*

*2. Cerceamento de defesa configurado, a partir do indeferimento das provas. Sentença anulada.*

3. *Ausência de omissão. Não conhecimento dos embargos de declaração.*”

(...)

*VOTO – Tenho defendido o entendimento de que o julgamento antecipado da lide é poder-dever do magistrado e deve ser exercido sempre que constatado que o acervo documental acostado aos autos possua suficiente força probante para nortear e instruir o julgamento (AGRESP 614221/PR, publicado DJ de 07/06/2004). Trata-se de homenagem aos princípios da celeridade e do livre convencimento motivado, ínsitos à prestação jurisdicional.*

(...)

*O art. 130 do Código de Processo Civil confere ao juiz poderes-deveres que o permitem não só propiciar uma atividade jurisdicional mais célere, dispensando-se atos desnecessários e excessivos, mas também, por outro lado, levam-no a aproximar-se da verdade real dos fatos trazidos pelo processo.*

(...)

*Ressalvo, por cautela, que obviamente não se está, com isso, a pregar que toda e qualquer prova seja necessária ao julgamento das lides, eternizando-as a pretexto de uma ampla defesa. Se à parte compete indicar os motivos da realização da prova que requer, ao julgador competirá fundamentar a razão do indeferimento da mesma, sob pena de cerceamento de defesa.”<sup>23</sup>*

Detém o árbitro, pois, certa discricionariedade no que toca à admissão de provas. Ela há de ser útil, necessária e pertinente, regra geral, na perspectiva do árbitro.

##### **5. DOCUMENTO CONFIDENCIAL OBTIDO POR UMA DAS PARTES.**

Quanto à juntada, por uma das partes, de documento confidencial da outra parte, é possível ser admitida, se aplicado, no exame, o princípio da proporcionalidade.

Isso porque, a atual jurisprudência das duas mais altas cortes judiciais brasileiras – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça -, com o objetivo de evitar graves distorções e não beneficiar o infrator, tem entendido não ser absoluto o direito ao sigilo, temperando-o com a aplicação do princípio da proporcionalidade,<sup>24</sup> de forma a suplantar potenciais obstáculos constitucionais, pela prevalência de certos direitos quando em conflito com garantias fundamentais.

*“Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.*

*Sigilo Telefônico. Advogado. Quebra.*

*I- Decisão judicial fundamentada, com apoio na Lei nº 9.296/96, determinando a interceptação telefônica, não afronta a Constituição Federal.*

*II- A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática da infração penal.” (grifei)*

*“Penal. Processual. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Prova Lícita. Princípio da Proporcionalidade. “Habeas Corpus”. Recurso.*

*1- A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.*

*2- Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida,*

*tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.*

*3- Precedentes do STF [Supremo Tribunal Federal] <sup>25</sup> (grifei).*

No Habeas-Corpus n. 75.338-8 (Rio de Janeiro), o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nos seguintes termos:

*“Dir-se-á que a gravação seria ofensiva ao art. 5º, inciso X, da Constituição, a dizer:*

*‘Art. 5º ...*

*X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.’”*

*Deve ser entendido que o direito à intimidade não é, como há pouco dizíamos, absoluto, devendo ceder diante do interesse público, social e da justiça. Ora, a justiça não tem apenas um prato, mas dois. Em um deles estão os direitos individuais; mas, no outro, estão os não menos importantes direitos sociais e coletivos. O interesse da justiça assenta-se, sobretudo, na realização do interesse social, da coletividade.<sup>26</sup> (grifei)*

Veja, também, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

*PROVA ILÍCITA. INTERCEPTAÇÃO, ESCUTA E GRAVAÇÃO, TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENCOBRIMENTO DA PRÓPRIA TORPEZA. VERDADE PROCESSUALIZADA. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.*

*1...omissis...2 ...omissis...3. A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina à proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate de um ilícito civil. Conduta do autor manteve-se dentro dos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros. PRELIMINAR REJEITADA. AGRAVO DESPROVIDO.”<sup>27</sup>*

Os direitos ao sigilo e, conseqüentemente, à intimidade, como visto, não operam em caráter absoluto, haja vista a existência de outros direitos constitucionais, também relevantes.

Assim, ao conflitarem as regras constitucionais, não se pode afirmar proteção absoluta a todos os preceitos, dispositivos e valores lançados na Constituição Federal. Há que se pesar os direitos e as garantias para atribuir-lhes o alcance que o caso concreto exige.

Nesse sentido, 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.

Com efeito, já no Preâmbulo da Constituição Federal, o legislador registra que o Estado Democrático se destina a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.<sup>28</sup>

Ademais, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, Constituição Federal).

Vê-se, portanto, que o estado de direito brasileiro tem por pilar central, a igualdade, a solidariedade e a justiça.

Espelha essa trilogia verdadeiro núcleo constitucional de valores supremos e imperativos à ordem jurídica e social.

A igualdade extravasa uma gama significativa de direitos e realça, no aspecto processual, simetria de informação e oportunidade, e o equilíbrio na relação demandante/demandado, de forma a que ambos tenham a mesma possibilidade e os mesmos instrumentos, inclusive probatórios, a fim de que o estado possa, assim, administrar e realizar a justiça. Justiça com efetividade. Justiça justa.

Lealdade e ética nas relações jurídicas e sociais, e nas soluções de controvérsias, são atributos da solidariedade. Este valor da vida espelha uma qualidade moral que encerra um dever de responsabilidade e respeito ao interesses alheios.

Com efeito, o conteúdo probatório dos documentos colhidos por uma parte pode mesmo demonstrar que a outra parte disputa a questão objeto da arbitragem em flagrante violação aos preceitos e valores substantivos que informam a interpretação e a aplicação das regras de direito constitucional.

Sendo confidenciais os documentos da parte, esse núcleo constitucional de valores jurídico-sociais, pelo que representam, pode mesmo se sobrepor ao direito ao sigilo da correspondência e das comunicações, pois trata-se este de direito relativo e que não pode superar objetivos fundamentais que norteiam a ordem pública brasileira.

Ressalte-se, ainda, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, Constituição Federal).

Ademais, segundo as regras do Processo Civil Brasileiro, aplicáveis à arbitragem, ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339). São deveres das partes e de todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé e não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento (Código de Processo Civil, art. 14, I, II e III).

Vê-se que, sob a ética da igualdade, da justiça e da solidariedade, a legalidade na juntada dos documentos probatórios de natureza confidencial, pode operar efeitos favoráveis à parte interessada na apuração da verdade. Afinal, tais preceitos constitucionais, por seus valores intrínsecos, limitam o direito individual à intimidade. Nesse particular, deve imperar a vontade do estado e da sua coletividade que, com a finalidade da plena e justa realização da justiça, legitimaria a apresentação de prova contrária a interesses pessoais, mesmo se obtida em violação ao sigilo. A confidencialidade, nesse caso, seria antijurídica pela sua finalidade.

À luz desse pressuposto de mera argumentação (i.e. confidencialidade dos documentos da parte), e, obviamente, à vista das nuances do caso concreto, pode não ser desarrazoado ou desproporcional o meio utilizado pela parte para obter documentação tida como confidencial, dado o fim a ser alcançado. A proporcionalidade penderia a favor dos interesses da parte que, no caso, estaria se defendendo de uma conduta imoral e injusta da outra parte. Uma verdadeira conduta antijurídica que tornaria legítima a pretensão, mesmo se os documentos fossem confidenciais.

Essa legitimidade se amplia no caso em que o controle acionário da parte contra a qual se pretende produzir a prova seja de titularidade do Estado, que tem, conseqüentemente,

o dever de pautar suas ações com base no princípio da moralidade (art. 37, caput, Constituição Federal).

Ora, essa regra de conduta é o mínimo que se pode esperar de uma empresa cujo controle está nas mãos daquele que deve dar o exemplo, isto é, o estado.

A moralidade tem um laço indissociável com a boa-fé e com a confiança no exercício das relações jurídicas e contratuais. Com o dever de cooperação com a outra parte. Com a lealdade processual e com o dever de não se alterar a verdade dos fatos, nos termos do art. 17, II, Código de Processo Civil.

Agregue-se a todos os fundamentos antes expostos o fato de que as empresas vinculadas ao Estado, normalmente, se relacionam na esfera negocial com um poder intrínseco que as posiciona com certa superioridade frente as suas parceiras privadas o que, de todo, redobra suas responsabilidades.

Nesse sentido, confidenciais os documentos, ainda assim operar-se-ia em benefício da parte que busca o acerto da parte controversa uma “excludente de antijuridicidade”, o que haveria de determinar sua admissão no processo arbitral, para todos os fins de direito.

Portanto, mesmo que confidenciais, certos documentos podem ser admitidos no processo de arbitragem vez que a colidência de princípios fundamentais pode militar em favor da parte que tenciona sua produção e, não, em defesa da própria torpeza da parte recalcitrante.

**6. A VALORAÇÃO DA PROVA.** O exame e o peso de cada prova como fonte de gradação da motivação que resultará no convencimento do árbitro; é ato exclusivo do julgador e integra a dinâmica do procedimento de análise dos efeitos, das causas e dos elementos do processo que conduzirão a conclusão do caso concreto.

Ciente do fato controverso, das fundamentações de direito e dos ditames legais que norteiam a questão, cabe ao árbitro extrair dos elementos probatórios a sua convicção sobre a matéria em disputa. É ato de natureza subjetiva a refletir a justiça do julgador, de acordo com sua experiência ordinária e o seu juízo de valor.<sup>29</sup>

Enquadra-se na regra de que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos (art. 131, CPC).<sup>30</sup>

Segundo decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça, “A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual (STJ, 4ª Turma, REsp 7.870-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 03.12.1991, DJ 03.02.1992)”<sup>31</sup>

Conquanto a liberdade na análise das provas seja ampla o suficiente a permitir ao árbitro a aplicação do direito ao caso concreto, por via da sentença arbitral, fato é que essa liberdade encontra uma limitação na motivação que a norteia. Trata-se de norma cogente e que implica numa decisão que esteja embasada nos elementos e provas constantes dos autos que formam o processo e, portanto, não alheios a eles. A motivação da decisão reprime o convencimento do árbitro já que sua decisão deve se basear no que, restou do demonstrado no, ou que se possa extrair do devido processo legal. Há que se ter uma racionalidade na adoção do livre convencimento. Este não pode ser fluido a ponto de ignorar o debate processado na arbitragem.

Trata-se, pois, do sistema de livre convencimento motivado, racional ou do chamado sistema de persuasão racional.

Segundo **Ovídio A. Baptista da Silva**, “*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”.*<sup>32</sup>

De acordo com **Eduardo Espínola Filho**, “o sistema do livre convencimento é, pois, um meio termo entre os dois excessos, o sistema das provas legais, forçando-o a julgar pelo alegado e provado, e o julgamento de consciência, com que se não confunde, porque pressupõe a livre avaliação da prova, e não a independência, relativamente a esta”.<sup>33</sup>

**6.1. SISTEMA DA PROVA LEGAL** Conquanto pepondera no Brasil, e em várias outras jurisdições, o sistema de persuasão racional, não se pode olvidar certa ingerência em nosso ordenamento do chamado sistema da prova legal.<sup>34</sup>

Por esse método de valoração de provas se predetermina, de forma abstrata, o peso ou o valor que o julgador deve, sempre, atribuir a determinadas provas. Com efeito, o legislador limita a atuação do julgador ao impor regras que prefixam o valor probatório e, assim, restringe e limita a discricionariedade do juiz e, regra geral, do árbitro. São

também conhecidas como prova tarifada, pois vinculam a valoração a uma tabela de valores normatizados. Em suma, nas palavras de **Chiovenda**, *o legislador se substitui ao juiz*.<sup>35</sup>

O sistema das provas legais ou tarifadas conquanto vise conferir maior grau de segurança e certeza à valoração a ser feita pelo julgador, reduzindo suas potenciais deficiências e certa arbitrariedade na valoração probatória, de outro lado, impõe ao árbitro e ao juiz uma *camisa de força*, impedindo-os de buscar, mais livremente, o acerto da verdade plena que, conseqüentemente, poderá, no sistema tarifado, sujeitar a verdade a aspecto meramente formal, em detrimento do justo ou da justiça, eminentemente, de cunho material.

Muito embora ainda persista em várias jurisdições esse sistema restrito e preconcebido de valoração das provas, o fato é que o sistema do livre convencimento é o mais difundido mundo afora. Com ele a liberdade do julgador é ampla, o que lhe possibilita, em sede de arbitragem, buscar extrair dos elementos probatórios a verdade material.

Como afirma **Guido Santiago Tawil**, *“En este contexto, un sistema de prueba legal muy probablemente presentaría peligro de caer en desuetudo y no brindar herramientas aptas para solucionar los conflictos de acuerdo con el principio de verdad material. Reglas de procedimiento arbitrales que no se ajustaran al devenir de los usos del comercio serían rechazadas por los eventuales usuarios del sistema y socavaría la flexibilidad propia de un régimen arbitral”*<sup>36</sup>.

**6.2. VALORAÇÃO DA PROVA NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL** Em sede de arbitragem internacional, a adoção de um ou outro sistema de valoração, ou mesmo de ambos, dependerá, razoavelmente, do local da sede da arbitragem, da lei aplicável e da legislação atinente à possível jurisdição onde a sentença poderá vir a ser reconhecida.

Essas considerações poderão levar o árbitro a se confrontar com aspectos que envolvem as provas nos sistemas *da common law* e *da civil law*. Nesses casos, a valoração das provas deve ser sopesada pelo árbitro, dada as peculiaridades de cada sistema.

Por exemplo, sabe-se que os civilistas dão maior importância às provas escritas<sup>37</sup>, enquanto os anglo-saxões valorizam, sobretudo, os depoimentos das testemunhas e dos *experts*.

Nesse particular, vale realçar a lição de **Guido Santiago Tawil** que aduz ser necessário enfrentar, quando da adoção das regras de valoração das provas, as limitações que resultem da lei aplicável.<sup>38</sup> Nesse sentido, alerta **Tawil**, *A fin de analizar de qué modo influye la ley aplicable – ya sea al procedimiento o al fondo de la disputa – sobre el criterio que el tribunal arbitral aplicará en la apreciación de la prueba, corresponde indagar en primer lugar sobre la naturaleza de las disposiciones en materia probatoria. Constituyen ellas normas de derecho sustantivo o meramente procesal? La respuesta que se dé a este interrogante tendrá consecuencias prácticas relevantes. En el supuesto en que la ley aplicable al procedimiento no concuerde con aquélla que regula el fondo de la disputa, su encuadre jurídico puede ser determinante para el laudo y la suerte de la controversia. Así, por ejemplo, según la visión que se adopte respecto a su naturaleza, una u otra legislación será aplicable y, en función de ello, la prueba en cuestión podrá o no ser admisible*.<sup>39</sup>

De fato, os pressupostos de prova em nosso sistema, encontram-se lançados tanto no Código de Processo Civil quanto no Código Civil.<sup>40</sup>

Contudo, creio que a questão da valoração da prova diz com as regras de julgamento e, dessa forma, se poderia entender, em princípio, que sua natureza é de direito substantivo. Como salienta **Tawil**, *“Sin dejar de reconocer el debate existente al respecto – en particular en relación con las normas sobre admisibilidad de las pruebas – y que no puede brindarse una respuesta unívoca para todos los casos ante a libertad de las partes para acordar calificaciones autónomas, nos inclinamos por*

*considerar que las reglas de apreciación pertenecen al derecho sustantivo en tanto ello permitirá reflejar en general más acertadamente la verdadera elección de las partes. De no ser así, probablemente el laudo a dictarse no refleje adecuadamente la solución a la que se hubiera arribado en dicho sistema jurídico”<sup>41</sup>.*

7. **CONCLUSÃO** Com as ressalvas que comporte o caso concreto, tenho que a seguinte afirmação de **João Penido Burnier Júnior** deve ser considerada: “*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*”<sup>42</sup>.

De todo modo, o caso concreto e os elementos constantes dos autos, com suas inclinações, presunções e confirmações relativas às causas e efeitos que cercam o fato controverso restarão por conduzir e informar o árbitro o caminho da verdade e do justo. Enfim, clareará e fará desabrochar a livre convicção que imprimirá o acerto da decisão final.

Nesse angustiante labor, é bom lembrar que a busca da verdade não se esgota nos limites da dimensão jurídica, como bem salienta **Michele Taruffo**<sup>43</sup>, pois tende a se projetar para fora e a penterar em outros campos, como o da lógica, da epistemologia e da psicologia.

***Pedro A. Batista Martins***



<sup>1</sup> Agradeço à Isabel Alves de Melo Miranda pela pesquisa realizada para o presente trabalho.

<sup>2</sup> Como ilustração, seguem as disposições dos Regulamentos de algumas instituições arbitrais:

### **1. Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) – Regulamento de Arbitragem**

“Artigo 20 - Instrução da causa

(...)

2 Após examinar todas as petições das partes e todos os documentos pertinentes, o Tribunal Arbitral deverá ouvir as partes em audiência contraditória, se alguma delas o requerer. Na ausência de tal solicitação, poderá o Tribunal Arbitral ordenar, de ofício, a oitiva das partes.

3 O Tribunal Arbitral poderá ouvir testemunhas, peritos nomeados pelas partes ou qualquer outra pessoa, na presença das partes ou na sua ausência, desde que tenham sido devidamente convocadas.

4 Ouidas as partes, o Tribunal Arbitral poderá nomear um ou mais peritos, definir-lhes a missão e receber os respectivos laudos periciais. A requerimento de qualquer das partes, poderão estas interrogar em audiência qualquer perito nomeado pelo Tribunal Arbitral.

5 A qualquer momento no decorrer do processo, o Tribunal Arbitral poderá determinar às partes que forneçam provas adicionais.”

([http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf\\_documents/rules/rules\\_arb\\_brazilian.pdf](http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_brazilian.pdf))

### **2. American Arbitration Association (AAA) – International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) – (ICDR)**

“Evidence - Article 19

(...)

2. The tribunal may order a party to deliver to the tribunal and to the other parties a summary of the documents and other evidence which that party intends to present in support of its claim, counterclaim or defense.

3. At any time during the proceedings, the tribunal may order parties to produce other documents, exhibits or other evidence it deems necessary or appropriate.”

(<http://www.adr.org/sp.asp?id=28144>)

### **3. Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC) - Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação**

“SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO

(...)

9.5. As partes podem apresentar todas as provas que julgarem úteis à instrução do procedimento e ao esclarecimento dos árbitros. As partes devem, ainda, apresentar todas as outras provas disponíveis que qualquer membro do Tribunal Arbitral julgue necessárias para a compreensão e solução da controvérsia. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas úteis, necessárias e pertinentes.”

(<http://www.ccbc.org.br/arbitragem1.asp?subcategoria=regulamento%20portugues>)

### **4. Câmara Americana de Comércio (AMCHAM) – Regulamento do Centro de Arbitragem**

“IX. Do Procedimento Arbitral

(...)

9.5. Caberá ao Tribunal Arbitral decidir pela produção de provas solicitadas pelas partes ou determinar a realização das que entender cabíveis.”

([http://www.amcham.com.br/servicos/arbitragem/informativo2006-03-29a\\_arquivo.pdf](http://www.amcham.com.br/servicos/arbitragem/informativo2006-03-29a_arquivo.pdf))

### **5. Câmara de Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP) – Regulamento de Arbitragem**

“8. Do Procedimento

(...)

8.5 - As partes podem apresentar todas as provas que julgarem úteis à instrução do procedimento e ao esclarecimento dos árbitros. As partes devem, ainda, apresentar todas as outras provas disponíveis que qualquer membro do Tribunal Arbitral julgue necessárias para a compreensão e solução da controvérsia. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas úteis, necessárias e pertinentes.”

([http://www.camaradearbitragemsp.org.br/leis/frc\\_meio.htm](http://www.camaradearbitragemsp.org.br/leis/frc_meio.htm))

### **6. Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem – Regulamento**

“Seção III – Procedimento Arbitral

(...)

Art. 46 - Entendendo necessárias provas, o tribunal arbitral determinará o modo pelo qual devam ser produzidas e assinará prazo de 10 (dez) dias para a sua produção.

Parágrafo único - Às partes é assegurado o direito de acompanhar a produção das provas, inclusive inquirindo testemunhas e, em caso de perícia, o de apresentar quesitos.

Art. 47 - Encerrada a fase probatória, será designada data para a audiência na qual as partes poderão apresentar alegações finais, oralmente ou por escrito, facultado ao tribunal arbitral solicitar que a ela compareçam também pessoas cuja presença seja considerada necessária à formação do convencimento por parte dos julgadores.”

([http://www2.fgv.br/camarafgv/asp/dsp\\_capitulo4.asp](http://www2.fgv.br/camarafgv/asp/dsp_capitulo4.asp))

### **7. Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – Regulamento de Arbitragem**

“9 – Provas

9.1. Cada parte terá o ônus de provar os fatos que embasam seu direito. Entretanto, em qualquer fase do procedimento, o Tribunal poderá determinar às partes que produzam as provas que julgue necessárias ou apropriadas.

9.2. A entrega de material sigiloso será objeto de específica consideração pelo Tribunal quanto à conveniência e à oportunidade, obedecidas as disposições havidas entre as partes.

(...)

9.4. Se uma parte devidamente convocada a produzir prova ou a tomar qualquer outra medida não o fizer no prazo estabelecido pelo Tribunal, sem apresentar motivo justificado para tanto, este poderá proferir a decisão arbitral com as provas que lhe foram apresentadas.

9.5. Poderá ser admitida prova pericial a requerimento das partes ou quando, a critério do Tribunal, for necessária para a elucidação da questão. As partes terão prazo comum de 6 dias para a apresentação de quesitos e designação de assistentes técnicos, se assim entender o Tribunal.”

(<http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/Regulamento-CBMA.pdf>)

## **8. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration**

### **“Article 9 – Admissibility and Assessment of Evidence**

1. The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight 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:

- (a) lack of sufficient relevance or materiality;
- (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable;
- (c) unreasonable burden to produce the requested evidence;
- (d) loss or destruction of the document that has been reasonably shown to have occurred;
- (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling;
- (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; or
- (g) considerations of fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.

3. The Arbitral Tribunal may, where appropriate, make necessary arrangements to permit evidence to be considered subject to suitable confidentiality protection.

4. 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.

5. If a Party fails without satisfactory explanation to make available any other relevant evidence, including testimony, sought by one Party to which the Party to whom the request was addressed has not objected in due time or fails to make available any evidence, including testimony, ordered by the Arbitral Tribunal to be produced, the Arbitral Tribunal may infer that such evidence would be adverse to the interests of that Party.”

([http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA rules on the taking of Evidence.pdf](http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA_rules_on_the_taking_of_evidence.pdf))

## **9. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) – Arbitration Rules**

### **“EVIDENCE AND HEARINGS (ARTICLES 24 AND 25)**

#### **Article 24**

(...)

2. The arbitral tribunal may, if it considers it appropriate, require a party to deliver to the tribunal and to the other party, within such a period of time as the arbitral tribunal shall decide, a summary of the documents and other evidence which that party intends to present in support of the facts in issue set out in his statement of claim or statement of defence.

3. At any time during the arbitral proceedings the arbitral tribunal may require the parties to produce documents, exhibits or other evidence within such a period of time as the tribunal shall determine.

#### **Article 25**

(...)

2. If witnesses are to be heard, at least fifteen days before the hearing each party shall communicate to the arbitral tribunal and to the other party the names and addresses of the witnesses he intends to present, the subject upon and the languages in which such witnesses will give their testimony.

(...)

5. Evidence of witnesses may also be presented in the form of written statements signed by them.

6. The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.”

(<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>)

<sup>3</sup> “Os momentos da prova no processo civil brasileiro são os da sua *propositura pela parte*, o da sua *admissão* pelo juiz, o da sua *realização* mediante participação de todos os sujeitos processuais e o da *avaliação*, que compete ao juiz com exclusividade. A doutrina costuma dar às atividades de realização da prova o nome de *produção*. Mas *produção de prova*, em direito processual, não são as atividades destinadas à sua *criação*, como no linguajar comum, senão o ato de *trazê-las*. *Produzir* provém do latim *pro ducere*, que significa *conduzir em frente* ou *levar adiante*. Além disso, o Código de Processo Civil emprega o vocábulo *produção* para designar todo o conjunto de medidas referentes ao *iter* probatório e não somente os atos de extração de elementos de convicção (arts. 407-419, incluídos na rubrica *da produção da prova testemunhal*). Por isso, ao menos em face do direito positivo brasileiro é mais adequado designar como *produção da prova* todo o conjunto de atividades que vão desde a *propositura*, quando a parte indica ao juiz a

fonte de prova que pretende utilizar (ela *pro-duz* o meio de prova), até à sua *realização* mediante as formas procedimentais determinadas pela lei. Desse modo, aqueles quatro pólos ficam reduzidos a dois: a produção e a valoração da prova, sendo o primeiro composto da propositura, admissão e .realização da prova” (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89).

<sup>4</sup> Francesco Carnelutti. *La Prueba Civil*, 2ª ed.. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, pp. 15/16.

<sup>5</sup> Segundo sustenta o autor, “*El aspecto importante consiste en establecer que, en la decisión, todos los hechos que se deben determinar, y sólo ellos, son aquellos a los que se aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión. Se trata del concepto de relevancia jurídica del hecho, conocido también por los juristas con otras expresiones sinónimas (hecho jurídico, hecho constitutivo, hecho principal, etc.). El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. Es la norma, en otros términos, la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación. Si, y sólo si, en la concreta situación planteada en juicio, este criterio funciona con resultados positivos, entonces la norma es aplicable a ese hecho y éste es objeto de la decisión y, por tanto, objeto de prueba*”. (Michele Taruffo. *La Prueba de los Hechos*. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 97/98).

<sup>6</sup> *Op. cit.*, pp. 119/120.

<sup>7</sup> João Penido Burnier Júnior. *Teoria Geral da Prova*. São Paulo: Edicamp, 2001, pp. 66/67.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, pp. 455/456.

<sup>9</sup> Registre-se que, nos termos do art. 212, IV, do Código Civil, o fato jurídico pode ser provado mediante presunção.

<sup>10</sup> *Apud* Cesar Antonio da Silva. *Ônus e Qualidade da Prova Cível*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 107.

<sup>11</sup> *ibidem*

<sup>12</sup> *op. cit.*, pp. 191/192.

<sup>13</sup> cf. Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 471.

<sup>14</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

<sup>15</sup> “- l’ammissibilità è un requisito di legalità della prova (così Liebman), in quanto questa, per essere ammessa, dev’essere consentita dalla legge (ad es. non si può provare per testi un patto contrario al contenuto di un documento e coevo alla formazione del medesimo: art. 2272 c.c.);

- la rilevanza implica invece un giudizio preliminare di utilità della prova (Liebman), nel senso che il fatto da provare deve essere rilevante per la decisione e la prova deve essere efficace e non superflua per la dimostrazione di tale fatto” (Isidoro Barbagallo. *La Prova Testimoniale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 169).

<sup>16</sup> Segundo Isidoro Barbagallo, “Per quanto concerne l’attività di valutazione della rilevanza delle prove richieste dalle parti e della loro ammissibilità, può essere interessante riportare l’opinione di un magistrato il quale non a torto ha rilevato che: si tratta di una delibazione delicatissima, perché involge la qualificazione della domanda e di singolo fatto addotto rispettivamente quale costitutivo ovvero impeditivo, modificativo od estintivo in rapporto alle tesi addotte dalle parti tra loro in contraddittorio; e, al tempo stesso, è una delibazione che attiene però alla valutazione delle istanze istruttorie quali presupposti di una decisione finale; in altre parole, la valutazione della prova impegna, presupponendola (se non anche persino anticipandola o condizionandola) più o meno direttamente tutta la decisione della causa” (Isidoro Barbagallo. *La Prova Testimoniale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pp. 169/170). Para Cesareo Consolo, “Affermativa o negativa che voglia provarsi, è necessario che i fatti dedotti siano coerenti al fine che si propone l’attore o il convenuto; insomma che abbiano, come suol dirsi, pertinenza, *quae pertinent ad causam*, che siano concludenti allo scopo, che esercitino influenza sulla causa” (Cesareo Consolo. *Trattato della Prova per Testimoni e del Relativo Procedimento d’Esame*. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1904, pp. 13/14). Como registra Sentis Melendo (*op. cit.*, p. 282), “La relevancia guarda estrecha relación con la conducencia. Nuestros códigos suelen iniciar la regulación de la prueba diciendo que el juez recibirá la causa a prueba “siempre que se hayan alegado hechos conducentes” (art. 104 del código derogado de la Capital, y art. 360 del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y sus correspondientes entre los derogados y los nuevos, de las distintas provincias). “Hechos conducentes” es una expresión perfecta; esto es, hecho que conduzca, que lleve, a algún resultado práctico a alguna meta”.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 366.

<sup>18</sup> J. E. Carreira Alvim. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 377.

<sup>19</sup> Francisco Cláudio de Almeida Santos. “As Provas no Procedimento Arbitral”. *Revista de Processo*, ano 22, n. 88, out./dez. 1997, p. 88.

<sup>20</sup> Isidoro Barbagallo. *La Prova Testimoniale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pp. 170-171.

<sup>21</sup> STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 614221 / PR, Rel. Min. José Delgado, j. 18.05.2004, DJ 07.06.2004, p. 171.

<sup>22</sup> STJ, 5ª Turma, RHC 13918 / CE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25.05.2004, DJ 01.07.2004, p. 215.

<sup>23</sup> STJ, 1ª Turma, REsp 637547 / RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 10.08.2004, DJ 13.09.2004, p. 186. Adicionalmente, cumpre analisar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA – 1. O julgador não está obrigado a decidir de acordo com as alegações das partes, mas, sim, mediante a apreciação dos aspectos pertinentes ao julgamento, de acordo com o seu livre convencimento. “A necessidade de produção de determinadas prova encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do juiz, em face das circunstâncias de cada caso” (AgRgAg nº 80.445/SP, Relator o Senhor Ministro Cláudio Santos, DJ de 05/02/96).

RELATÓRIO – Cabe observar que não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o entendimento das partes, mas, sim, com a própria orientação, utilizando-se dos fatos, provas, aspectos pertinentes ao tema, jurisprudência pacificada e da legislação que adotar como pertinentes ao caso concreto.

(...)

Vê-se, portanto, que, analisando os presentes autos e as provas colacionadas, os julgadores firmaram seu convencimento, fundamentando devidamente o decisum no sentido de não haver necessidade da produção de outras provas. Não está configurado, portanto, o alegado cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide.

(...)

VOTO – A recorrente insiste em que houve o cerceamento de defesa decorrente da não realização da prova pericial requerida "para a verificação da existência e da extensão dos alegados danos sofridos pelo agravado, bem como do nexo de causalidade" (fls. 336).

(...)

Vê-se, assim, que os julgadores firmaram o seu convencimento após detido exame dos documentos constantes dos autos, tendo concluído não haver necessidade de produção de outras provas mediante decisão suficientemente fundamentada ao afastar o alegado cerceamento de defesa. Como já amplamente demonstrado no despacho ora agravado, o julgador não está obrigado a decidir de acordo com as alegações das partes, mas, sim, mediante a apreciação dos aspectos pertinentes ao julgamento, de acordo com o seu livre convencimento. "A necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do juiz, em face das circunstâncias de cada caso" (AgRgAg nº 80.445/SP, 3ª Turma, Relator o Senhor Ministro Cláudio Santos, DJ de 05/02/96)" (fls. 152). Vejamos as ementas de mais os seguintes precedentes:

"Recurso especial. Prova pericial. Cerceamento de defesa. I. O simples requerimento de provas não torna imperativo o seu deferimento, sendo certo que o Juiz pode, diante do cenário dos autos dispensá-las, se evidenciada a desnecessidade de sua produção." (STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 462264 / PB, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.11.2002, DJ 10.03.2003, p. 206).

"EMENTA – PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. AVAL DADO POR SÓCIO-GERENTE. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. DISCUSSÃO SOBRE ATO PRATICADO COM EXCESSO DE PODERES IRRELEVANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.

I. É possível ao juízo da instrução a dispensa das provas requeridas pela parte, quando desnecessárias ao julgamento da causa, o que se verificou na hipótese dos autos.

II. Agravo regimental improvido.

(...)

VOTO – Já se decidiu: 'CERCEAMENTO DE DEFESA. Embargos do devedor. Julgamento antecipado. Aplicação do parágrafo único do art. 740 do CPC. Prova testemunhal não tem força para se contrapor a título cambial revestido dos requisitos formais. AVAL. Cheque. Obrigação cambial regularmente assumida. Alegação insustentável de que o aval foi dado por engano. Recurso improvido' (Ap. Civ. N. 49.296, de Sombrio, rel. Des. Nestor Silveira, DJ 9.336, de 10-10-95, pág. 10).

É sabido que não ocorre cerceamento da defesa quando, consoante a prudente discricção do juiz, a matéria questionada, por dispensar a produção de outras provas em audiência, permite o julgamento antecipado da lide, como na hipótese. Fixou o Superior Tribunal de Justiça: 'PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. Ausência de fato a provar. Não há cerceamento de defesa quando, segundo os termos das peças postulacionais, não há fato a provar em audiência, impondo-se, pois, o julgamento antecipado da lide.' (REsp n. 21.298-DF, rel. Min. Dias Trindade, DJU n. 117, de 22.6.92, pág. 9.759). Ou ainda: 'PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. Sendo desnecessária a produção de prova em audiência, é permitido ao juiz proferir o julgamento antecipado da lide. Recurso especial não conhecido.' (REsp n. 5.525-RS, Min. Barros Monteiro, DJU n. 119, de 24.6.91, pág. 8.642)." (STJ, 4ª Turma, AgRgAg 183.050 / SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 29.08.2000, DJ 13.11.2000, p. 146).

"EMENTA – 2. A prova pericial pode ser indeferida na linha do comando do art. 420, parágrafo único, do Código de Processo Civil, como no caso dos autos, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico e for desnecessária em vista de outras provas produzidas, o que, ate mesmo, permite buscar a aplicação da súmula n. 007/STJ, nos termos explicitados pelo acórdão recorrido.

(...)

VOTO – Na realidade, os recorrentes imaginam que só o fato do pedido de produção de provas torna imperativo o seu indeferimento, o que, sob todas as luzes, não é verdadeiro. O juiz é o destinatário da prova. O eixo do pedido, de fato, é a prova pericial contábil, considerando a impugnação sobre o valor inicial da dívida. O Acórdão recorrido repeliu a argumentação dos recorrentes, de forma muito clara ao asseverar, verbis: 'Ao contrário, consta desse contrato de confissão de reescalonamento de dívida que o saldo devedor era de NCz\$17.563.108,06 originário de duas outras operações vencidas em novembro de 1990, do qual foi amortizada a quantia de NCz\$ 11.063.108,06, resultando a dívida confessada de NCz\$ 6.500.000,00.' (fls. 57). Na linha do comando do art. 420, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o juiz indeferirá a perícia quando: I – a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico, e II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas, o que bem se aplica ao caso presente, que, ademais, diante dessa particular circunstância, pode, até mesmo, buscar a aplicação da Súmula nº 07, STJ. Concretamente, não há como configurar o alegado cerceamento de defesa, ficando, portanto, baldio o especial pela alínea 'a'." (STJ, 3ª Turma, REsp 50020 / PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.09.1996, DJ 14.10.1996, p. 39000).

<sup>24</sup> Boa parte da doutrina adota, também, posição flexível quanto a admissão de provas obtidas por meio ilícito, pela adoção do princípio da proporcionalidade. Cite-se, por todos os juristas, a lição de José Carlos Barbosa Moreira: "Seja

como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter relativo que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas. Visto que, ainda entre os juristas mais comprometidos com a tese da proibição, se acaba por admitir que ela não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias, fica aberta a possibilidade de uma construção jurisprudencial que tome na devida conta as variáveis necessidades sociais...A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, n. XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor sempre, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivo para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.” (in Temas de Direito Processual, 6a. série, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 113-114)

<sup>25</sup> Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.857 – São Paulo, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, unanimidade, Ministro Relator Félix Fischer, julgamento em 16.03.2000.

<sup>26</sup> Pleno do Supremo Tribunal Federal, maioria, Ministro Relator Nelson Jobim, julgamento em 11.03.1998.

<sup>27</sup> Agravo de Instrumento n. 70005684808, 2ª Câmara Especial Cível, Relator Nereu José Giacomolli, julgamento em 11.03.2003.

<sup>28</sup> No dizer do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, “Contudo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante. Faz parte do documento constitucional e foi aprovado com a Constituição. O seu valor jurídico é no entanto subordinado. Funciona como elemento de interpretação – e eventualmente de integração – das normas constitucionais ... Mas o preâmbulo desempenha ainda outra importante função constitucional. Ele exprime, por assim dizer, o título de legitimidade da Constituição, quer quanto à sua origem, quer quanto ao seu conteúdo (legitimidade constitucional material)”. *Apud*, Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 409.

<sup>29</sup> “El juez llega a esta convicción gracias a principios generales fundados en la experiencia los cuales en parte comprenden los resultados de investigaciones científicas, en parte derivan de la observación de la vida y de la conducta de los hombres. Con ayuda de estos principios, el juez examina el valor probatorio de los medios de prueba, en particular, de las declaraciones de los testigos, y al mismo tiempo resuelve si estos medios son capaces de fundar, en su interior, la convicción de la verdad de los hechos discutidos. (...) Así, en virtud de su libre apreciación de la prueba, el juez considera probado lo que según la experiencia constituye una regla de la vida, en tanto que no se presenten circunstancias que excluyen la aplicación de esta regla. De otro modo no se puede mostrar ningún suceso histórico. Pues la insuficiencia de los medios por los cuales podemos conocer la verdad de hechos pasados, y la imperfección de la capacidad del conocimiento humano hacen que no podamos averiguar con certeza absoluta el comienzo, el desarrollo, las circunstancias acompañantes de un suceso, como es factible y necesario tratándose de la prueba de principios científicos, sobre todo, en la matemática. Un error es siempre posible, y siempre es concebible que el suceso haya ocurrido de un modo distinto. Pero tal como en la vida, admitimos y suponemos siempre como verídico aquello que corresponde al rumbo ordinario de las cosas y a su curso natural, tal como todas las decisiones humanas, en el mejor de los casos se hacen guiar por un alto grado de probabilidad, así también el juez del proceso debe contentarse con este alto grado de probabilidad, el máximo realizable cuando se trata de comprobar sucesos reales. El juez que gracias a su instrucción y educación está al nivel de la cultura de su época y que por su actividad práctica conoce la situación de su país y de su distrito, las ideas y costumbres de su pueblo, no debe dudar en un caso en que cualquier otra persona razonable que sepa apreciar claramente las condiciones de la vida estaría convencida: en tal caso debe considerar lograda la prueba de la verdad, sin preocuparse de que dentro del dominio inmenso de las posibilidades lo contrario no es, desde luego, imaginable. Pues ninguna prueba que tenga por objeto la comprobación de afirmaciones de hecho puede más que convencer a un hombre razonable y experimentado. Por eso, cada parte responde a su carga de la prueba mostrando circunstancias que de acuerdo con la regla de la vida justifican concluir de ellas con respecto a la verdad de los hechos que debe afirmar y que afirma; entonces, tranquilamente puede dejarse a la contraprueba de la otra parte, alegar las circunstancias especiales que, excepcionalmente, hacen parecer inadecuada la aplicación de ese principio fundado en la experiencia.” (Leo Rosenberg. *La Carga de la Prueba*, Ernesto Krotoschin (traductor), 2ª ed.. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2002, pp. 213/214). Segundo o art. 335 do CPC, na falta de normas jurídicas particulares, 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 esta, o exame pericial. Já decidiu a justiça ordinária que, “O juiz não pode desprezar as regras de experiência comum ao proferir a sentença. Vale dizer, o juiz deve valorizar e apreciar as provas dos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se da sua experiência e do que comumente acontece” (JTA 121/391 – Nota 2 ao art. 335, Theotonio Negrão 36ª Edição, atualizado até jan/2004).

<sup>30</sup> “Assim é a regra do livre convencimento, que provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório. Ela tem por premissas a necessidade de julgar segundo as imposições da justiça em cada caso e a consciência da inaptidão do legislador a prever tão minuciosamente todas as situações possíveis, que lhe fosse factível editar tabelas tarifárias indicando o valor probatório de cada fonte ou meio de prova, em cada situação imaginável. A esperança de que isso pudesse um dia ser feito constituiria uma ingênua quimera e um absurdo enorme” (Cândido Rangel Dinamarco, *op. cit.*, p. 102).

<sup>31</sup> Theotonio Negrão; José Roberto F. Gouvêa. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 36ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 240.

<sup>32</sup> *Curso de Processo Civil*, v. 1, 7ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 332/333.

<sup>33</sup> *Apud* Cesar Antonio da Silva, *op. cit.*, p. 62.

<sup>34</sup> No Brasil, apesar de prevalecer o sistema da persuasão racional, em algumas situações jurídicas o legislador adotou, de certo modo, o sistema de provas legais. Exemplos disso temos o art. 215 do Código Civil, onde se registra que a escritura pública é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena; de acordo com o art. 221, CC, o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; o art. 219, CC, afirma que as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiros em relação aos signatários; segundo o art. 225, CC, as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão. O CPC, em seu art. 401 estabelece que a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados (tal dispositivo encontra-se elencado, também, no Código Civil (art. 227).

<sup>35</sup> *Apud* Sentis Melendo, *op.cit.*, p. 248.

<sup>36</sup> “Los Sistemas de Valoración de la Prueba y el Arbitraje Internacional”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 3, v. 8, jan./mar. 2006, pp. 217/218.

<sup>37</sup> De acordo com o art. 227, parágrafo único, do Código Civil, Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 221.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, pp. 221/222.

<sup>40</sup> O Código Civil dedica o Título V ao tema Das Provas (arts. 212 à 232), além de dispor sobre a matéria em diversas passagens, tais como nos arts. 758, 819, 987 e 646. O Código de Processo Civil, por seu turno, trata das Provas no Capítulo VI (arts. 332 à 443).

<sup>41</sup> *Op. cit.*, p. 225.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 67.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 22.