

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO

PROVAS ILÍCITAS E ARBITRAGEM



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

PREFÁCIO

Hackeamento de arquivos, interceptação telefônica e de mensagens, confissão obtida mediante tortura, quebra de sigilo de dados... Estas e outras modalidades de provas ilícitas e sua utilização em arbitragens domésticas e internacionais são tratadas nesta instigante obra, que o autor gentilmente me concedeu a honra de prefaciá-la.

Em boa hora, Luiz Francisco Torquato Avolio traz a lume importantes digressões sobre provas ilícitas na arbitragem, suprindo assim lacuna que há muito vinha sendo sentida na doutrina arbitralista. Fruto de sua tese de Doutorado em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual também se graduou em Direito e tornou-se Mestre, este livro examina em profundidade diversos problemas tormentosos com os quais muitas vezes se deparam árbitros, advogados e partes no dia a dia dos processos arbitrais.

Advogado militante, Luiz Francisco Torquato Avolio alia, na presente obra o rigor científico, abordando a doutrina (brasileira e estrangeira) e a jurisprudência sobre o tema, à sua experiência como Procurador do Estado de São Paulo (cargo de que se aposentou) e na advocacia consultiva, em que precisou, enquanto parecerista, encarar tais questões em sua prática profissional.

O livro é dividido em sete capítulos, seguidos de duas conclusões: uma mais geral e outra específica sobre o cabimento de ação declaratória de nulidade das decisões arbitrais que admitem prova ilícita após o decurso do prazo de noventa dias da ação anulatória insculpida no artigo 32 da Lei nº 9.307/96.

Os capítulos examinam, sequencialmente, (i) a questão da prova, (ii) o sempre árido tema da ordem pública, (iii) a inadmissibilidade das provas ilícitas (inclusive em sistemas jurídicos alienígenas), (iv) a jurisdição arbitral em

paralelo à jurisdição estatal no que tange à atividade probatória; (v) os meios de prova típicos e atípicos em arbitragem; (vi) a aplicação do cânone da proporcionalidade, fundamental para a compreensão deste tema; e (vii) o resultado probatório na decisão arbitral.

Por tudo isso, este livro tem muito a acrescentar àqueles que se dedicam a estudar a matéria para fins acadêmicos, bem como aos que enfrentam tais problemas em sua atividade profissional em arbitragem, razão pelo qual recomendo fortemente sua leitura.

FABIANE VERÇOSA

Doutora e Mestre em Direito Internacional
e da Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da FGV Direito Rio.
Advogada.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	7
PREFÁCIO	9
INTRODUÇÃO	15
I. A PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS	21
1. Contextos e finalidade	21
2. Terminologia da prova: a polissemia do termo refletida nos elementos e momentos probatórios	30
3. A prova no moderno processo civil brasileiro.....	34
4. Natureza jurídica da prova: relevância da discussão no processo arbitral	38
II. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA, COGENTES, E DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	43
1. Distinções.....	43
1.1. Normas de ordem pública	44
1.2. Normas cogentes	47
1.3. O <i>iura novit curia</i> na arbitragem	53
1.4. Normas de proteção aos direitos fundamentais	57
2. Princípios probatórios aplicáveis à arbitragem.....	68

2.1. Contraditório e ampla defesa.....	68
2.2. Direito à prova: princípio ou garantia?.....	71
2.3. Proibição de ciência privada do árbitro	75
2.4. Ônus da prova: princípio ou regra?.....	80
2.5. <i>Standards</i> probatórios na arbitragem	83
2.6. Atipicidade das provas	87
2.7. Necessária racionalidade do acerto e a relevância das provas	89
2.8. Influência da prova ilícita sobre a racionalidade da decisão	92
III. A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	93
1. A prova ilícita no processo judicial e na arbitragem	93
1.1. Sistema anglo-americano	93
1.2. Países de <i>Civil law</i>	97
1.2.1. França.....	97
1.2.2. Itália.....	99
1.2.3. Portugal.....	104
1.2.4. Espanha.....	106
1.3. A prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro	107
1.4. As provas ilícitas por derivação	111
2. Provas ilícitas e ilegítimas: utilidade da distinção.....	113
3. Consequência da admissibilidade da prova ilícita	117
4. Disciplina da prova ilícita na <i>soft law</i>	118
IV. ÁRBITROS E JUIZ: A COMPARAÇÃO POSSÍVEL NO TO- CANTE À ATIVIDADE PROBATÓRIA	125
1. A jurisdição arbitral: fonte de garantias processuais e limites à atuação do árbitro	125
2. Independência e imparcialidade do juiz e do árbitro: fundamentos	127

3. Haveria uma equiparação nos poderes instrutórios?	131
4. O dever comum de motivação	134
V. MEIOS DE PROVA TÍPICOS E ATÍPICOS NA ARBITRAGEM	145
1. Meios de prova e sua filiação aos sistemas jurídicos: possibilidade de combinação de regras na prática arbitral	145
2. Meios de prova típicos	147
2.1. Prova documental analógica, eletrônica e digital	147
2.2. Prova em poder de uma das partes ou de terceiro	156
2.3. Depoimento pessoal e prova testemunhal	157
2.4. Testemunho do advogado da parte	162
2.5. Prova pericial	164
2.6. <i>Discovery</i>	169
2.7. Produção antecipada de provas na arbitragem	172
3. Prova emprestada: conceito, fundamento e aplicação	176
4. Meios de prova atípicos e inominados. Interceptação telefônica, gravação clandestina e interceptação ambiental e de fluxos telemáticos	177
4.1. Interceptação telefônica	177
4.2. Gravação clandestina	179
4.3. Gravação ambiental	183
4.4. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos	184
4.5. Divulgação do conteúdo de negociação privada: a regra do <i>without prejudice</i>	185
4.6. Interceptação de fluxos telemáticos, privacidade e proteção de dados	187
VI. APLICAÇÃO DO CÂNONE DA PROPORCIONALIDADE	193
1. O cânone ou regra da proporcionalidade	193
2. Balanceamento de valores no campo probatório	199

3. Casuística	202
3.1. Provas supostamente ilícitas no direito desportivo	202
3.2. Arbitragem International e o dilema do Autor	206
3.2.1. Caso Canal de Corfu	207
3.2.2. Caso Irã-Contras	208
VII. RESULTADO PROBATÓRIO NA DECISÃO ARBITRAL.....	211
1. Resultado probatório e a importância do juízo dos fatos.....	211
2. Formas de controle da decisão arbitral.....	215
3. Posições doutrinárias sobre a nulidade e inexistência da sentença arbitral.....	219
4. Ausência de imparcialidade do árbitro, prova ilícita e suas consequências jurídicas: nulidade e anulação da decisão arbitral....	223
VIII. CONCLUSÕES GERAIS.....	227
IX. CONCLUSÃO FINAL: SOBRE O CABIMENTO DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DAS DECISÕES ARBITRAIS QUE ADMITEM PROVA ILÍCITA APÓS O DECURSO PRAZO NONAGESIMAL	235
1. O enquadramento da decisão fundada em prova ilícita nas hipóteses do art. 32 da LA, ou para além desse dispositivo, seria um rol taxativo?	238
2. Segue: análise da proposição de que “toda prova ilícita” aceita pelo árbitro produziria esse efeito de anulação da decisão	241
3. Segue: nem toda violação de direitos fundamentais pelos árbitros produziria o efeito de tornar ilícita a prova.....	242
4. Por analogia, o mesmo ocorreria no processo judicial, no âmbito da rescisória, se o juiz aceitasse prova ilícita?	244
5. Da não sobrevivência da decisão arbitral fundada em prova ilícita após o decurso do prazo nonagesimal.....	247
REFERÊNCIAS	253

INTRODUÇÃO

O presente estudo, objeto da minha tese de Doutorado, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi enriquecido com as sugestões da ilustrada banca para eventual publicação, de pronto acolhidas.

Ora convertido em livro, com os acréscimos e supressões pertinentes, concentra-se no inesgotável tema das provas ilícitas na arbitragem, com sua repercussão na formação do convencimento do árbitro, em consonância com as garantias que um processo justo e equitativo impõe às partes e aos julgadores.

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

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

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

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

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

Em especial, no tocante às provas ilícitas, de farta bibliografia no âmbito processual penal ou mesmo do direito constitucional, e não tão vasta no do processo civil, o tema aparece encartado nos domínios do direito probatório³, por vezes sem considerar a sua inserção com o direito material⁴, e, sobretudo, na visão que procuraremos descortinar, com os direitos fundamentais.

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

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

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

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

5. SILVA, Paula Costa e. A prova do direito em processo arbitral: *iura novit curia*. *Academia.edu*. Disponível em: https://www.academia.edu/37744157/Prova_no_processo_arbitral_Revista_Processo_Comparado, entende que o Estatuto de Praga se afigura como uma alternativa às Regras da IBA, da *common law* para a regulamentação da matéria probatória no campo da *civil law*. O tema, por si, envolve a reflexão trazida na conclusão da autora sobre as consequências dessa regulamentação: “A entrada em cena de novas regras sobre produção de prova em processo arbitral trará consigo desafios inevitáveis, especialmente naquilo em que se detectarem divergências face ao que era conhecido. O facto de nas regras de Praga se afirmar, expressamente, a vigência do princípio *iura novit curia* entreabre uma porta para um problema metodológico de extrema relevância. Afinal que estatuto tem o Direito? E será todo o Direito igual? E, se o não é, não o é por essência ou por contingência

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

Pois, a constituir a arbitragem, reconhecidamente, meio jurisdicional de solução de conflitos, fundado, porém, em base contratual, possuem as partes o poder de pactuarem, não somente quanto à escolha dos julgadores (árbitro ou painel arbitral) mas, igualmente, no tocante ao próprio procedimento como um todo – respeitados os regulamentos das Câmaras Arbitrais e as diretrizes de *soft law* porventura aplicáveis –, o que inclui a produção de provas e o exame da sua admissibilidade, aos fins da decisão.

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

O emprego da chamada inteligência artificial, que permeia nossas atividades cotidianas no intenso trato com o mundo virtual, já vai se tornando comum no âmbito judiciário e da arbitragem. Haveria, contudo, o risco de uma ferramenta útil do ponto de vista organizacional de dados, por via de algoritmos, vir a se tornar um padrão de julgamento⁷. Infenso, porém, ao conhecimento pelas

acoplada àquele que o diz?” Entre nós, ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2018. p.345, conclui que “prevalece a *diversidade de perspectivas* tanto no tema do *iura novit curia*, quanto no tema da aplicação das normas cogentes pelo árbitro e do controle da ordem pública”.

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

7. V. a propósito, WOLKART, Erik Navarro; NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2021. V. ainda, ROSA, Alexandre Morais da. *Inteligência artifi-*

partes sobre os parâmetros utilizados na formulação desses algoritmos, qual seja, o conteúdo dessa “caixa preta”, que pode envolver vieses decisivos para o julgamento das causas.

Emergem, assim, paralelamente ao avanço tecnológico, relevantes questões de ordem legal e ética, na medida em que a lisura do procedimento seja comprometida pelo emprego de meios de prova que atentem contra a dignidade da pessoa humana e outros princípios e garantias constitucionais (privacidade, inviolabilidade do domicílio, da correspondência e do sigilo telefônico e dados, ou do sigilo profissional, p. ex.), assim como comandos algorítmicos que possam influir na formação do convencimento do julgador.

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

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

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

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

Eventualmente, será preciso refletir sobre a possibilidade de as partes apresentarem meios reconhecidamente vedados pelo ordenamento jurídico para

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

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

a demonstração dos fatos que embasam a sua pretensão. Nesses casos, cumpriria sopesar a medida em que tais vedações restringiriam o seu direito à prova, colocando em xeque os princípios da demanda ou da ampla defesa. A questão assume maior dimensão em se tratando de convenção arbitral que venha a limitar a utilização de determinadas provas, ou mesmo pactuar a aceitação de provas supostamente ilícitas, diante da limitação que seria imposta ao princípio do livre convencimento do árbitro.

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

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

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

Distinguiremos as funções do árbitro em termos de imparcialidade e independência, daquelas peculiares ao juiz estatal, que não foi escolhido pelas partes, e nem sempre está vocacionado a julgar disputas sobre direitos disponíveis nos limites de sua especialização sobre determinadas matérias¹⁰.

Segue o questionamento, de ser possível, ou mesmo necessário, esboçar-se um adequado padrão (*standard*) probatório para cada tipo de arbitragem, com vistas à valoração das provas. Esses *standards* já foram delineados pela doutrina e jurisprudência nas arbitragens comerciais e de investimento¹¹, envolvendo casos

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

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

11. V., a propósito, VIDAL, Marina Coelho Reverendo. *A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção*. São Paulo: Almedina, 2021.

de corrupção, podendo servir de referência tanto para a admissão como para a rejeição de provas de origem ilícita, como ocorreu com a captura e vazamento criminoso de dados, posteriormente divulgados pelo WikiLeaks.

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

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

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

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

Vale dizer, se a decisão, contaminada pelo acolhimento de prova ilícita, ou, ao revés, que deixou de considerá-la, no que pertinente, compromete o livre convencimento do árbitro, ensejando ação de nulidade por violação do art. 32, inciso VIII c.c. art. 21, § 2º da LA, afetando, por arrasto, os princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do árbitro.

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

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

I.

A PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. Contextos e finalidade

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

Tal abordagem sobre os fundamentos elementares da prova poderia se afigurar despidianda, mas acaba por resumir e explicitar conceitos e premissas relevantes, que serão reinocados ao longo desse escrito, até o oferecimento das suas conclusões.

São inumeráveis os contextos nos quais a prova pode figurar, sendo o do Direito apenas um deles. Na ciência do processo, ensina Antônio Magalhães Gomes Filho, a prova é tema dos mais importantes, “na medida em que a correta verificação dos fatos em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa”¹².

Da mesma forma, a prova tem grande importância nas áreas médicas (exames laboratoriais ou de imagem, testes clínicos etc.), na psicologia (avaliações e testes psicológicos e neuropsicológicos), e nas ciências em geral, biológicas, exatas e humanas, como hoje se destaca na epistemologia judiciária¹³. Por

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

13. A epistemologia, ramo dominante da Filosofia, que trata do tipo de coisa que podemos

todo o espaço do conhecimento, e, ao mesmo tempo, como assinalou Jeremy Bentham, nos assuntos domésticos e habituais de todo indivíduo, o conceito de prova está sempre presente¹⁴.

Discute-se, no direito europeu, sobre a especificidade da *prova judiciária* (nessa expressão entendida a prova juridicamente considerada) em relação à prova em alguns ramos da Ciência, como na História¹⁵, cujos argumentos conflitantes nos permitem divisar a finalidade da prova jurídica.

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

Não pode o julgador, por diversas razões de ordem epistêmica, dentre elas

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

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

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