

Mariana Brito: As partes e a produção de provas na arbitragem

11/09/2023

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, houve uma profunda modificação do processo civil e, notadamente, do conceito de acesso à justiça.



Verificou-se, com o tempo, que a justiça estatal não é o único meio

legítimo de pacificação social de conflitos, e que, apesar da inafastabilidade do controle jurisdicional ser um direito constitucionalmente assegurado [1], a justiça adequada é aquela que oferece uma justiça multiportas.

Nesse sentido, conforme esclarecem Didier Junior e Zaneti Junior [2] *"a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser a ultima ratio, extrema ratio"*.

Não por acaso o artigo parágrafo primeiro do artigo 3º do Código de Processo Civil[3] estabelece a arbitragem. Esta, na visão de Fredie Didier Jr[4]., é técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial do litígio.

Com aquela norma permissiva, é imperioso verificar quais são os deveres das partes na produção de provas no processo arbitral, considerando que um dos princípios que norteiam o processo — seja ele judicial ou arbitral — é o princípio da cooperação.

A partir dessa perspectiva, pretende-se analisar o princípio da cooperação em conjunto com a Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), estabelecendo parâmetros mínimos dos deveres das partes no desenvolvimento do processo arbitral, para que elas obtenham em prazo razoável a solução integral do mérito do litígio que enfrentam.

Arbitragem

Antes de avançarmos no dever das partes na produção de provas no processo arbitral, é imperioso entender o conceito de arbitragem.

Para Fitchner, Mannheimer e Monteiro [5], a arbitragem é um *"método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade"*.

Decompondo o conceito assinalado, é importante esclarecer que essa convenção de arbitragem pode se dar de duas formas: por meio de cláusula compromissória ou por meio do compromisso arbitral.

Cahali [6] explica que a primeira tem *"caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém desde então deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário"*, enquanto que o segundo *"é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por*

direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão".

No que tange a autonomia das partes na arbitragem, Scavone Junior [7] salienta que as partes são livres para criar suas obrigações, desde que respeitadas as normas de ordem pública.

A autonomia das partes, além de ser uma das características da arbitragem, é um dos princípios norteadores desse modo de resolução de conflito, que confere às partes o poder de modelar, em conjunto, toda a arbitragem, desde sua eleição e seu início, até a sua conclusão, passando pelo seu conteúdo [8].

Nesse sentido, Didier [9] esclarece que as partes podem convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A definitividade da arbitragem reside no fato de que, desde o advento da Lei 9.307/1996, não há mais necessidade de homologação judicial da sentença arbitral, pois o árbitro foi equiparado ao juiz togado no desempenho da arbitragem, conforme estabelece o artigo 18 [10], eis que a decisão é sentença e, como tal, é título executivo judicial, capaz de fazer coisa julgada material ao compor o conflito. Embora seja título executivo judicial, a sua execução, invariavelmente, depende da provocação do Poder Judiciário, na medida em que não é possível a sua execução forçada, pois o árbitro não detém poder coercitivo. Nesse sentido, esclarece Cahali [11]:

"A decisão dada pelo árbitro impõe às partes, e por esta razão a solução é adjudicada, e não consensual, como se pretende na conciliação e na mediação, e delas pode ser exigido o cumprimento, porém a execução forçada se fará perante o Poder Judiciário, sendo a sentença arbitral considerada um título executivo judicial (art. 31 da Lei 9.307/1996 e art. 515, VII, do CPC/2015)."

Conclui-se que a arbitragem é o instrumento adequado para solucionar conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, conforme determina o artigo 1º da Lei 9.307/1996.

O princípio da cooperação

Inicialmente, é importante destacar que princípio é espécie normativa, que conforme destaca Ávila [12], trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil, ao estabelecer em seu artigo 6º, que *"todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito e justa e efetiva"*, o estabeleceu no capítulo das normas fundamentais do processo. E não foi à toa.

O objetivo do artigo 6º do CPC foi de trazer um novo modelo de processo: o chamado processo cooperativo. Esse modelo, conforme lição esclarecedora de Didier Junior [13]:

"Caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol de sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida."

Esse modelo de processo exige a lealdade das partes na condução do processo, que deverão observar certos deveres, os quais, segundo Didier Junior [14], podem ser alocados em direitos de esclarecimento, lealdade, e de proteção.

Theodoro Junior [15] salienta que neste modelo de processo, a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação, ceda espaço a um direito de influência, reforçando, deste modo, o papel das partes na formação da decisão judicial.

Em síntese conclusiva [16], a cooperação pressupõe divisão de tarefas, redistribuição de responsabilidades e um pacto de trabalho, em que todos aqueles que participem do processo, incluindo o julgador, as partes e seus advogados, devem estar em busca da justa composição do litígio.

Os deveres das partes na produção de provas no processo arbitral

Para Theodoro Junior [17], o acesso à justiça, mediante um processo justo, é garantido pelos direitos fundamentais assegurados na Constituição, dentre os quais se destacam a ampla defesa e contraditório, que, indubitavelmente, envolvem o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio.

Nessa perspectiva, para Theodoro Junior, a prova possui dois sentidos: um objetivo, que pode ser definido como o instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência de um fato, e, por outro lado, um subjetivo, que é a certeza originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Isto é, a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Não se pode olvidar que partes, seja em processo judicial ou arbitral, possuem o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz [18]. Entretanto, como se depreende da Lei da Arbitragem, não há uma distribuição legal do ônus da prova.

Todavia, em razão do princípio da autonomia da vontade que rege o referido processo, nada impede que as partes convençam sobre quem deverá recair o ônus da prova ou se caberá ao árbitro defini-lo.

Nessa linha, Parente [19] sustenta que a instrução do processo arbitral é pautada por uma enorme flexibilidade do procedimento, na medida em que não há uma dicotomia clara no regime de apresentação, admissibilidade e valoração da prova nos moldes dos sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*, mas sim uma mistura dos dois modelos, gerando uma composição personalizada para cada processo arbitral.

Entretanto, é inegável, conforme alerta Cahali [20], que a contribuição da parte para instruir a causa é de seu total interesse, cabendo-lhe a mais completa indicação de provas, com o foco na revelação da ocorrência, não só como pelo interesse alegado, mas também na versão que lhe convém.

Contudo, o próprio árbitro tem alargada, de direito e de fato, a sua autoridade na condução do procedimento, cabendo interferir ativamente na instrução da causa, para consolidar o seu livre convencimento sobre os fatos, conforme determina o artigo 22, caput, da Lei da Arbitragem. Além disso, pelo princípio da cooperação, o árbitro deve ter conduta proativa, determinando provas para a descoberta da verdade.

Ainda que não houvesse o princípio da cooperação no Código de Processo Civil, a lei de arbitragem bastaria para nortear o comportamento das partes. Isso porque o artigo 27 da referida lei estabelece que "*a sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas coma arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver*". Para Fitchener, Mannheimer e Monteiro[21], esse artigo é a fonte legal direta do princípio da lealdade processual (ou boa-fé processual) na arbitragem.

Um dos primeiros deveres que as partes devem observar é a vedação a produção de provas ilícitas, que, em linhas gerais, trata-se de uma garantia fundamental do indivíduo de que somente serão levadas em consideração aquelas provas extraídas por meios que não possam ser considerados atentatórios a moralidade comum, com vistas à preservação dos valores intimamente atrelados à dignidade humana [22].

Sobre o aspecto da produção de provas e os deveres das partes, Arruda Alvim [23] é certo ao definir que o princípio da lealdade objetiva evitar pretensões sem fundamento, requerimento de provas e diligências inúteis ou desnecessárias. Acompanhando o entendimento de Arruda Alvim, Fitchener, Mannheimer e Monteiro [24] também entendem que "os pedidos infundados, muitas vezes feitos durante a instrução probatória, normalmente acompanhados de insinuações quanto à validade do processo arbitral, bem como de entrelinhas ameaças de invalidação da futura sentença arbitral, também representam violação ao princípio da lealdade processual.

No que tange à prova testemunhal, o princípio da lealdade processual impede que as partes e seus representantes procurem guiar o depoimento das testemunhas e assistentes técnicos, induzindo aos colaboradores do processo a prestar informações inverídicas em fazer uma tese ou outra no processo arbitral [25].

Ainda sobre a prova testemunhal, Didier Junior [26] destaca que o dever prevenção (um dos deveres decorrentes da cooperação) permite a sugestão do juízo de certa atuação pela parte, dando como exemplo o questionamento se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela.

Em relação a prova pericial, esta pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes, cabendo ao árbitro ou tribunal julgar se ela é necessária [27]. Sobre esse aspecto, as partes não devem formular prova pericial quando ela tiver conteúdo meramente protelatório, sob pena de violar o princípio da cooperação e da duração razoável do processo.

Em síntese conclusiva, é necessário que os operadores do direito observem o princípio da cooperação na atuação judicial ou extrajudicial, sendo de grande valia a colaboração da doutrina sobre os limites, benefícios e vantagens da cooperação em um processo que busca a duração razoável do processo.

Referências bibliográficas

Arruda Alvim, José Manoel de. Manual de direito processual civil. 9ª ed. São Paulo> RT, 2005.

Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, ed., 2006, p. 78.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 02.07.2019.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em 02.07.2019.

Cahali, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal de Multiportas. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 7ª ed. ver., atual. e ampl.

Didier Junior, Fredie; Zaneti Junior, Hermes. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018.

Fichtner, José Antonio; Mannheimer, Sergio Nelson; Monteiro, André Luis. Teoria Geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Gouveia, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 172, jun./2009.

Nagão, Paulo Issamu. Do controle judicial da sentença arbitral. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013.

Parente, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo: Atlas, 2012.

Scavone Junior, Luiz Antonio. Manual de arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 8ª ed. ver. e atual.

Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume I. 57ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

[1] Art. 5º, XXXV da CRFB: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

[2] Didier Junior, Fredie; Zaneti Junior, Hermes. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018.p. 38.

[3] Art. 3º parágrafo único do CPC: "É permitida a arbitragem, na forma da lei".

[4] Didier Junior, Fredie; Zaneti Junior, Hermes. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018.p. 206.

- [5] Fichtner, José Antonio; Mannheimer, Sergio Nelson; Monteiro, André Luis. Teoria Geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.33
- [6] Cahali, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal de Multiportas. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 7ª ed. ver., atual. e ampl. p. 165-166.
- [7] Scavone Junior, Luiz Antonio. Manual de arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 8ª ed. ver. e atual. p.84.
- [8] Cahali, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal de Multiportas. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 7ª ed. ver., atual. e ampl. p. 148.
- [9] Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento. 20ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p.207
- [10] Art. 18 da Lei 9.307/1996: O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.
- [11] Cahali, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal de Multiportas. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 7ª ed. ver., atual. e ampl. p. 124.
- [12] Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, ed., 2006, p. 78.
- [13] Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento. 20ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p.156.
- [14] Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento. 20ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p.156.
- [15] Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume I. 57ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.82.
- [16] Gouveia, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 172, jun./2009, p. 35.
- [17] Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume I. 57ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.862-863.
- [18] Art. 369 do CPC: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.
- [19] Parente, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo: Atlas, 2012.p.221.



[20] Cahali, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal de Multiportas. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 7ª ed. ver., atual. e ampl. p. 148.

[21] Fichtner, José Antonio; Mannheimer, Sergio Nelson; Monteiro, André Luis. Teoria Geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.197

[22] Nagão, Paulo Issamu. Do controle judicial da sentença arbitral. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013. p.102.

[23] Arruda Alvim, José Manoel de. Manual de direito processual civil. 9ª ed. São Paulo> RT, 2005.p.38.

[24] Fichtner, José Antonio; Mannheimer, Sergio Nelson; Monteiro, André Luis. Teoria Geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.198

[25] Fichtner, José Antonio; Mannheimer, Sergio Nelson; Monteiro, André Luis. Teoria Geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.199.

[26] Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento. 20ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p.161.

[27] Art. 22 da Lei 9.307/1996: 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.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-set-11/mariana-brito-partes-producao-provas-arbitragem/>