

CONTRADITÓRIO E PERTINÊNCIA DA PROVA NO NCPC E NA ARBITRAGEM¹

TITLE: *CONTRADICTORY AND THE RELEVANCE OF THE EVIDENCE IN NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE AND ARBITRATION*

Thiago Rodovalho²

RESUMO

O presente trabalho visa a estudar como podemos compatibilizar os poderes instrutórios do julgador com os princípios da celeridade e eficiência, através da aferição da pertinência da prova e com respeito ao princípio do contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Prova, celeridade, eficiência, contraditório e decisão-surpresa. Prova testemunhal, poderes instrutórios, processo judicial e arbitragem.

ABSTRACT

This work aims to study how we can reconcile the instructive powers of the judge with the principles of celerity and efficiency by measuring the relevance of the evidence and with respect for the contradictory principle.

KEYWORDS: Evidence, celerity, efficiency, contradictory and decision surprise. Witness testimony, instructive powers, litigation and arbitration.

1 Esse trabalho corresponde a estudo que já publicamos sobre o tema: THIAGO RODOVALHO, *Contraditório e pertinência da prova no NCPC e na arbitragem*, in: Fredie Didier Jr., Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (Orgs.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada - Processo de Conhecimento - Provas*, v. 3, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 179-190.

2 Professor-Doutor da PUC/Campinas. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, com Pós-Doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Membro da Lista de Árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAM-FIEP, do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP, da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira – CARB, da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial – CBMAE, do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CEBRAMAR, e da ARBITRANET. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, do Instituto de Direito Privado – IDP, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, e do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. Coordenador e Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Autor de diversas publicações no Brasil e no exterior (livros e artigos). Curriculum Lattes: Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>>.

1 INTRODUÇÃO

Todo processo, quer judicial, quer arbitral, deve ser conduzido de forma a *maximizar* a participação *efetiva* das partes.

Assim, as partes devem ter efetivas possibilidades de manifestação, deduzindo suas pretensões e defendendo-se do modo mais amplo possível, de sorte a que, nas palavras da *SUPREME COURT*, cada uma tenha *his day in Court*.

Nesse contexto, todos os fatos relevantes, que têm a potencialidade de influir na decisão, devem ser franqueados, controvertidos e debatidos entre as partes, permitindo-se-lhes manifestação prévia.³

2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A PROIBIÇÃO DE DECISÃO-SURPRESA

Desta feita, a *participação* das partes no processo, judicial ou arbitral, deve ser *plena e efetiva*, e não meramente *formal*, tudo para que a sentença a ser oportunamente proferida seja justamente *produto*, *consequência* dessa *dialética do processo* (*la dialetticità del processo*), dessa *dialecicidade triangular*,⁴ tudo em respeito ao princípio do contraditório, que é, nos dizeres de Calamandrei, *princípio fundamental* do processo, sua *força motriz* e sua *garantia suprema*.⁵ Veda-se, por exemplo, a denominada *decisão-surpresa*.

A teoria da *proibição das decisões-surpresa* ainda é tema controvertido. Em sentença proferida no Poder Judiciário paulista, por exemplo, foi negado pedido de anulação de sentença arbitral com base na teoria da de-

3 V. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 295.

4 CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia, Padova: CEDAM, 1954, p. 124-126; disponível também em Piero CALAMANDREI. *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche* (a cura di Mauro CAPPELLETTI), v. I, Napoli: Morano, 1965, p. 678-680. V. também, Giuseppe TARZIA. O contraditório no processo executivo. In: Revista de processo. n. 28, out./dez. 1982, p. 55.

5 CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*, Padova: Cedam, 1954, p. 122; disponível também em Piero CALAMANDREI. *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche* (a cura di Mauro CAPPELLETTI), Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 678. ainda, José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne*, in *Temas de direito processual*, 5.ª Série, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42: "la possibilité effective de participer au déroulement du procès, d'exposer leurs raisons au juge, d'apporter les preuves de leurs allégations, de présenter leurs observations sur les arguments de l'adversaire et sur les preuves apportées par celui-ci ou ordonnées d'office. Elle implique pour le juge l'interdiction de prendre des mesures sans en avertir les parties et d'appuyer ses décisions sur des faits et des résultats de l'instruction au sujet desquels elles n'auraient pu s'exprimer".

cisão-surpresa ao argumento de tratar-se, ainda, de tese não contemplada no CPC/1973,⁶ sentença essa que foi mantida recentemente pelo TJSP.⁷⁻⁸

Não obstante, as recentes alterações legislativas ao redor do mundo têm demonstrado que há uma tendência internacional no direito processual civil pela plenitude do contraditório e vedação das decisões-surpresa, inclusive, no Brasil, com o novo Código de Processo Civil. Temos, nesse sentido:

Alemanha (depois da reforma por que passou a Zivilprozessordnung – ZPO em 2001):

§ 139 *Materielle Prozessleitung*

(1) *Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.*

-
- 6 *Verbis*: “Não merece acolhimento, portanto, a esta segunda tese de nulidade da decisão arbitral. Sustentaram ainda as requerentes que a sentença arbitral se caracterizou como sentença surpresa, isto é, o árbitro, surpreendendo as partes, adotou solução diversa das postulações deduzidas, em ofensa ao princípio do contraditório. Pois bem, apesar da tese apresentada pelas requerentes ganhar inegável força no meio acadêmico, a ponto de sua positividade constar no projeto do novo Código de Processo Civil (arts. 19, 10 e 475), não encontra guarida no direito processual em vigor. Os entusiastas da tese da nulidade da ‘sentença surpresa’ sustentam sua aplicação atual nos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5.º, IV, da CF, em uma concepção dita moderna, atualizada. Tais princípios são amplos, porém não são ilimitados. A Constituição da República foi promulgada em 1988 e indiscutivelmente o Código de Processo Civil de 1973 foi recepcionado. Desde então, e já se foram 24 anos, o mencionado diploma legal vige trazendo em seu bojo os arts. 131 e 462: ‘Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento’. ‘Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença’. Logo, pelo direito processual vigente, cabe ao magistrado, atento aos fatos identificados nos autos, aplicar o direito cabível. Tal compreensão é consagrada no vetusto aforismo: *da mihi factum dabo tibi ius*. Destarte, não há como reconhecer, na solução contida na r. sentença arbitral impugnada, ofensa ao princípio do contraditório, na sua compreensão atualmente vigente, na medida em que o julgador, munido dos fatos expostos pelas partes, apresentou a solução que, segundo o seu livre convencimento, é a mais adequada, ainda que não seja exatamente aquelas propostas pelas requerentes e requerida” (Processo 013123-71.2012.8.26.010, 21.ª Vara Cível, Juiz Márcio Teixeira Laranjo, 30.11.2012).
- 7 TJSP, Ap 013123-71.2012.8.26.0100, 1.ª Câm. Reservada de Direito Empresarial, j. 07.11.2013, m.v., rel. Des. Fontes Barbosa, que, na fundamentação do voto vencedor, consignou que “A adoção de fundamentos distintos daqueles esposados pelas partes, portanto, não vicia o julgamento, não se podendo ter como violado o contraditório quando, ao dizer o direito, o julgador aprecia o conjunto de elementos fáticos de forma diferente da proposta e esboça solução consentânea com o ordenamento jurídico, qualificando os fatos de maneira tida como mais adequada e efetiva do que o constante das alegações particularizadas de cada uma das partes. Está correta a sentença apelada, quando invoca o princípio *jura novit curia*, reafirmado, por exemplo, quando do julgamento do REsp 886509/PR, j. 02.12.2008, pela C. 1.ª T. do E. STJ e relatado pelo Min. Luiz Fux, mesmo no âmbito de ação rescisória”.
- 8 Sobre ambas as decisões do Judiciário paulista, v. Vera Cecília Monteiro de BARRROS. Comentários ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação 013123-71.2012.8.26.0100, in Arnoldo WALD. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 41, São Paulo: Iasp/Ed. RT, abr./jun. 2014, p. 355-375.

(2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.

(3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.

(4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

(5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.⁹⁻¹⁰

Portugal (novo Código de Processo Civil de 2013):

9 Na tradução para o espanhol:

“§ 139 Impulso procesal material

(1) El tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, con las partes en las cuestiones de hecho y de derecho aclarándolas y realizando preguntas. Él tiene que lograr que las partes en forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, en especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los efectos de completarlos para describir los medios de prueba y para interponer las peticiones que se adecuen a la causa.

(2) En tanto exista un punto de vista que no haya sido reconocido por una parte o que haya sido considerado como irrelevante, el tribunal puede fundar su resolución sobre él siempre que advierta de ello a las partes y les otorgue la posibilidad para que se expresen al respecto y no se trate de un crédito accesorio.

(3) El tribunal tiene que llamar la atención sobre consideraciones que por su contenido deben ser consideradas de oficio.

(4) Las observaciones, de acuerdo con estas disposiciones, deben realizarse lo más pronto posible y ser registradas en expediente (apud acta). Su realización puede ser probada solo por el contenido registrado en los expedientes. Contra el contenido de los expedientes es solamente admisible la acreditación de falsedad.

(5) En caso de que no sea posible para una parte declarar en forma inmediata con relación a un aviso judicial, el tribunal a petición de aquella puede otorgar un plazo dentro del cual pueda realizar la declaración en forma escrita”.

Álvaro J. Pérez RAGONE; e Juan Carlos Ortiz PRADILLO. *Código Procesal Alemán (ZPO) – traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo: incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 195-196.

10 A alteração deste artigo foi, como pontua Barbosa Moreira, para deixar claro que as partes devem conhecer e poder manifestar-se sobre todas as questões de fato ou de direito consideradas relevantes pelo julgador (José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. Temas de direito processual*, 8.ª Série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202, em especial: “A reforma trata de reforçar esse dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambas valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se (2.ª alínea). Semelhantes observações devem fazer-se o mais cedo possível, não apenas em audiência (o que se pretende que contribua para a aceleração processual), e ser consignadas nos autos (4.ª alínea)”. p. 202.

Art 3.º

Necessidade do pedido e da contradição

1 – O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2 – Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4 – As exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

França (Code de procédure civile):

Principe de la Contradiction. Article 16.

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Itália:

Art. 183. [...] Il giudice istruttore fissa altresì una nuova udienza se deve procedere a norma dell'art. 185. Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione [...]. (destacamos).

No Brasil, o tema também vem preocupando nosso legislador, tanto que, no recém-aprovado novo Código de Processo Civil, dedicou-se um artigo exclusivamente para vedar as denominadas decisões-surpresa: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. E mesmo antes do novo Código de Processo Civil, a despeito de não constar *expressamente* do CPC/1973, a proibição de decisões-surpresa decorre do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/1988) e do princípio do contraditório (art. 5.º, LV, da CF/1988).¹¹

¹¹ Neste sentido, NERY JR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 225 e ss.

Trata-se, contudo, de tema novo e que tem suscitado preocupação de legisladores e acadêmicos processualistas ao redor do mundo,¹² especialmente quanto à sua amplitude e sua relação com os princípios *da mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*.

3 PODERES INSTRUTÓRIOS E PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E EFICIÊNCIA

Outro corolário do princípio do devido processo legal e do princípio do contraditório é o direito subjetivo de provar.¹³

Contudo, como já tivemos oportunidade de pontuar, nenhum direito é ilimitado ou absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais, ainda que as limitações (restrições) a direitos fundamentais se devam interpretar restritivamente.¹⁴ A suposta absolutidade dos direitos não se coaduna com o Estado Constitucional.

Essa assertiva também é verdadeira em relação ao direito à prova, que, igualmente, não é absoluto, experimentando limitações intrínsecas e extrínsecas.¹⁵

Sendo assim, o direito subjetivo de provar não pode ser interpretado como se todo e qualquer meio de prova requerido pela parte devesse ser, necessariamente e obrigatoriamente, deferido e produzido, o que, ad absurdum, faria letra morta do NCPC art. 370,¹⁶ esvaziando por completo a função do juiz na condução do processo e na produção das provas, a quem incumbe a fase de admissão ou não da prova,¹⁷ cabendo-lhe zelar para que não haja desordem no processo ou indevida perda de tempo.¹⁸

12 Cf., entre outros, Edoardo F. RICCI. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício, in Luiz FUX et alii. Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 495-499; e a recente tese de doutoramento de André Pagani de SOUZA. Vedação das decisões-surpresa no processo civil, São Paulo: Saraiva, 2014, passim.

13 DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. 5. ed., Bogotá: Temis, 2002, T. 1, p. 26-31. V., também, WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba, Bogotá: Temis, 1985, p. 333-340.

14 RODOVALHO, Thiago. Abuso de direito e direitos subjetivos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44-45.

15 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O ônus da prova no processo civil. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 78. também, Gerhard WALTER. Libre apreciación de la prueba, Bogotá: Temis, 1985, p. 341-348.

16 NCPC art. 370, que reproduz, em essência, o CPC/1973 art. 130: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

17 SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo). 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v.4, p. 254.

18 TARUFFO, Michele. La prueba, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 38.

Sendo que o árbitro goza de semelhantes poderes instrutórios,¹⁹ de modo que juiz e árbitro não podem se converter em um convidado de pedra na condução do processo.²⁰

Deste modo, todo e qualquer requerimento de prova passa, obrigatoriamente, por um juízo de utilidade, necessidade e pertinência, a ser feito pelo juiz ou árbitro, conforme o caso.

Assim, todo e qualquer meio de prova passa por três fases: (i) proposição, (ii) admissão e (iii) execução ou produção.²¹

Nesse contexto, a primeira limitação experimentada pela prova é que ela tenha um fim, ou seja, seu conflito com a necessidade social de que o processo tenha um termo.²² Se há um direito subjetivo de provar, também há, de outro lado, um direito à duração razoável do processo, ambos igualmente direitos fundamentais.

E se isso é verdadeiro ao processo judicial, mais ainda à arbitragem, que tem entre seus predicados a celeridade,²³ valendo lembrar a determinação contida no English Arbitration Act de 1996, em seu art. 33, no sentido de que o árbitro deverá adotar procedimentos adequados às circunstâncias do caso concreto, evitando atrasos ou gastos desnecessários às partes, proporcionando um meio justo para a resolução da controvérsia.²⁴

E problemas na produção da prova causam, indubitavelmente, prejuízos à presteza, eficiência e qualidade da prestação jurisdicional (esta-

19 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 312-313.

20 LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 173.

21 SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo), 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, v.1, p. 237.

22 SANTOS, Moacyr Amaral Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo), 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 236. No mesmo sentido, Michele TARUFFO. La prueba, Madrid: Marcial Pons, 2008, v.1, p. 37: "las partes no deben sentirse obligadas a presentar cualquier prueba que quieram, ni tampoco se les debe permitir hacerlo, porque esto ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso [...] no pueden incorporarse pruebas al proceso indefinidamente, porque tiene que llegar a un fin lo antes posible".

23 RODOLVALHO, Thiago. A arbitragem e seus atrativos. In: Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito. Caderno1, p. 2, 12 ago. 2013.

24 No original, English Arbitration Act de 1996: "33. *General duty of the tribunal.*

(1) *The tribunal shall—*

(a) *act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and*

(b) *adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.*

(2) *The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matter".*

tal ou arbitral).²⁵ Nesse sentido, como bem advertia Carnelutti, se toda e qualquer prova requerida houvesse de ser produzida, o processo correria o risco de perder-se em uma massa de atos inúteis.²⁶ Justamente por isso, um dos primeiros problemas que se apresentam em matéria probatória é precisamente estabelecer quais meios de prova podem e devem ser admitidos e produzidos no processo.²⁷

Sendo que um dos mais delicados problemas enfrentados no juízo de admissibilidade de prova é exatamente esse cotejo e colisão entre tempo e produção de prova, valendo transcrever os ensinamentos de Carnelutti, para quem:

Puede ocurrir, finalmente, que no haya necesidad de la constitución de una prueba, por lo menos en el momento procesal en que se proponga, en el sentido de que aun no estando establecida todavía la existencia o la inexistencia del hecho a probar, se considere que puede establecerse de otra manera y, precisamente, por medio de otras pruebas menos costosas. Este es el lado acaso más delicado del incidente de admisión de las pruebas, porque se encuentran una vez más en oposición las dos exigencias de justicia y de economía, esto es, en último término, la de proceder bien y la proceder de prisa. Sería verdaderamente un error que, teniendo en cuenta solamente la primera, se dedujese que, como quod abundat non viviat, las pruebas deben admitirse sin tener en cuenta la economía: mejor tener demasiadas que pocas. Es preciso, en efecto, fijar también la vista en el reverso de la medalla; la justicia que llega demasiado tarde es, a menudo, una justicia inútil, y no hay instituto del proceso que influya más sobre la duración que la asunción de las pruebas” (destacamos).²⁸

Trata-se, em certa medida, de advertência há muito feita também por Rui Barbosa, para quem “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.²⁹

Em razão disso, como aponta TARUFFO, todos os sistemas processuais estabelecem, com maior ou menor alcance, um princípio geral de relevância a condicionar a admissibilidade da prova, impedindo a produção de provas inúteis ou redundantes, de sorte a que somente os meios de prova considerados relevantes devem ser deferidos e

25 LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

26 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Buenos Aires: UTEHA, 1944, v.4, p. 224.

27 TARUFFO, Michele. *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 37.

28 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Buenos Aires: UTEHA, 1944, v.4, p. 225.

29 Rui BARBOSA, Oração aos moços 3. Ed. Organização Simões: Rio de Janeiro, 1949, p. 59.

efetivamente produzidos, compreendendo-se o direito subjetivo de provar como um direito a apresentar meios de prova relevantes.³⁰

Sendo que esse critério de economia e eficiência (evitar gastos e demoras excessivos) é expressamente consignado em alguns sistemas processuais, como se observa da Rule 403 da Federal Rules of Evidence, dos Estados Unidos, que determina que:

Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

Trata-se de dever a evitar perdas de tempo e dinheiro. Lembrando TARUFFO que, mesmo sem igual regra expressa, *todos* os sistemas processuais permitem excluir provas, ainda que relevantes, quando *cumulativas* ou *redundantes*, que possam provocar excessiva perda de tempo.³¹

Nesse contexto, TARUFFO propõe uma interessante fórmula para aferir-se a relevância ou não da prova. Assim, o intérprete, juiz ou árbitro, deve assumir como hipótese de trabalho que a prova pleiteada pela parte efetivamente consiga obter o resultado por ela pretendido, e, a partir dessa premissa, aferir o impacto positivo ou não, útil ou não, que essa prova terá para a dirimção da lide. Se a conclusão desse raciocínio hipotético for a afirmativa, a prova é útil e deve ser deferida; se, porventura, a conclusão for negativa, a prova não é relevante e, por consequência, não deve ser admitida.³²

4 A PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL NA ARBITRAGEM E A CONVENIÊNCIA DA COERÇÃO JUDICIAL

Como dito acima, o poder instrutório do árbitro é *assemelhado* ao do magistrado. *Assemelhado*, porque não dotado de poder de coerção e por ser dotado de maior flexibilidade na produção probatória (v. inversão da ordem das provas, p. ex.).

30 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 40-41 e p. 56 *et seq.*

31 *Idem.* p. 50.

32 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 39.

Justamente como um dos efeitos decorrentes da ausência de poder de coerção, o árbitro, diante de uma testemunha renitente, *pode* requerer o auxílio judicial para condução coercitiva dessa testemunha renitente, a teor da LArb art. 22 §2.^o.³³ Trata-se, contudo, de situação que merece maior ponderação e reflexão por parte do árbitro.

Isto porque, ao requerer o auxílio judicial, inevitavelmente, causa-se prejuízo ao sigilo da arbitragem e também à sua celeridade, demandando maior dispêndio de tempo e de dinheiro das partes. Podemos ter um paralelo, no processo judicial, com o requerimento de *Carta Precatória* ou, especialmente, de *Carta Rogatória*. Conquanto possíveis, sua necessidade deve ser igualmente ponderada e refletida para não causar excessivo dispêndio de tempo e dinheiro.

Essa advertência já era, há muito, feita por SANTOS, em sua clássica e magistral obra sobre provas, escrevendo ele, sobre a *Carta Precatória*, que:

*Matéria que se liga ao objeto e ao momento de admissão da prova, o indeferimento de uma prova, por inútil ou protelatória, já mereceu várias considerações neste trabalho. Visto, porém, ser a prova produzida por precatória, por sua natureza, mais custosa e mais demorada, **para a sua admissão o juiz deve ponderar mais pensadamente** (destacamos).³⁴*

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio é inteiramente válido para a arbitragem e a necessidade de concurso judicial para a produção de prova.

Desde modo, há que se analisar com maior cautela esse requerimento de prova, é dizer, *mais pensadamente*, valendo lembrar que, quando se requer mais de uma prova (documental, oral, pericial) para provar o mesmo fato, o juiz ou árbitro pode admitir apenas um deles, indeferindo o outro.³⁵

Sendo que não é a redundância ou a mera reiteração de provas sobre os mesmos fatos que conduz a um melhor julgamento. Ao revés, a redundância ilimitada conduz a uma protelação indefinida do andamento processual, com dispêndio excessivo e desnecessário de tempo e dinheiro das partes, como já asseverado acima.

33 LArb art. 22 § 2.^o, verbis: "Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. [...] § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem".

34 SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo). 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v.1, p. 271.

35 Idem, p. 255.

O mesmo se diga com relação à produção de prova testemunhal. Não é o número de testemunhas ou a equiparação matemática, numérica, de testemunhas o critério para definir se há ou não necessidade de auxílio judicial para a condução coercitiva das testemunhas renitentes, e, sim, ao revés, a real *necessidade e pertinência* de sua oitiva.

Nesse sentido, a relevância da prova testemunhal, com os defeitos que lhe são apontados,³⁶ não está no *número* de testemunhas, mas, sim, ao contrário, na *qualidade* das testemunhas.³⁷ O Direito já superou há muito o errôneo adágio latino que preconizava que *testis unus testis nullus*, é dizer, que testemunha única nada prova, erro já corrigido pela doutrina contemporânea.³⁸ Os testemunhos *se pesam* e não *se contam*.³⁹ Muitas vezes, *poucas*, mas *boas*, testemunhas provam mais do *muitas* testemunhas.⁴⁰

Deste modo, não é a repetição dos fatos por múltiplas testemunhas que terão o condão de convencimento, mas, sim, a qualidade dos depoimentos e do restante do conjunto probatório.

Assim, o deferimento ou não do concurso judicial para condução de testemunha renitente deve pautar-se de uma acurada análise da real *necessidade e pertinência* de sua oitiva, cuja aferição pode ser feita a partir da fórmula proposta por TARUFFO, e acima brevemente exposta.

5 CONCLUSÃO

Este ensaio, mais do que um aprofundamento do tema, propõe-se a provocar o debate, acerca de problemas práticos, que ocorrem com certa frequência nas lides forenses e arbitrais, na difícil compa-

36 Cfr. LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 141-143;146.

37 SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo). 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1972, v.3, p. 569-580: "Mais que o número, na formação do convencimento, influi a qualidade dos testemunhos" (p. 580); João Batista LOPES. A prova no direito processual civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148: "O valor da prova testemunhal não deve ser aferido pelo número de depoimentos, mas por sua qualidade e força probante".

38 V. SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo). 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, v.3, p. 571; João Batista LOPES. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148 ("é perfeitamente possível que o juiz se convença com o depoimento de uma única testemunha e considere provados os fatos que ela relatar, ainda que em conflito com os depoimentos de outras testemunhas").

39 ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría general de la prueba judicial.5. ed. Bogotá: Temis, 2002, T 2, p. 271-273.

40 TESORO, Giorgio. La psicologia della testimonianza. Torino: Fratelli Bocca, 1929, p. 151: "Perciò bisogna anzitutto rinunciare a tanto lusso testimoniale, esaminando quando sia possibile solo pochi testi ma tali dare affidamento; pauci sed electi".

tibilização entre contraditório, devido processo legal, direito à prova, pertinência, e princípios da eficiência e da celeridade, tudo para que se busque o ideal de uma decisão justa e, ao mesmo tempo, sem excessiva tardança.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 3. Ed. Organização Simões: Rio de Janeiro, 1949.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne. In: **Temas de direito processual** : quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão**. Temas de direito processual. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROS, Vera Cecília Monteiro de. Comentários ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação 0133123-71.2012.8.26.0100. In: WALD, Arnaldo. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 41, São Paulo: Iasp/Ed. RT, abr./jun. 2014, p. 355-375.
- CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: CEDAM, 1954.
- _____. Processo e democrazia. In: **Opere giuridiche** (a cura di Mauro Cappelletti). Napoli: Morano, 1965. V.1.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Buenos Aires: UTEHA, 1944.v.4.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 5. ed., Bogotá: Temis, 2002. T.2.
- _____. **Teoría general de la prueba judicial**. 5. ed., Bogotá: Temis, 2002.T.1.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial** (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo). 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.v.1.
- _____. **Prova judiciária no cível e comercial** (obra laureada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo). 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.v.3.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Código Procesal Alemán (ZPO) – traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán**

- contemporâneo**: incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz et al. **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- RODOVALHO, Thiago. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. A arbitragem e seus atrativos. In: **Jornal Gazeta de Limeira**. Coluna Fatos & Direito. Caderno 1, p. 2, em 11 ago, 2013.
- SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. In: **Revista de processo**. n. 28, out./dez. 1982.
- TESORO, Giorgio. **La psicologia della testimonianza**. Torino: Fratelli Bocca, 1929.
- WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985.