

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO

PROVAS ILÍCITAS E ARBITRAGEM



Provas ilícitas e arbitragem
Luiz Francisco Torquato Avolio

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

1212404

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Avolio, Luiz Francisco Torquato

Provas ilícitas e arbitragem / Luiz Francisco Torquato Avolio. -- Rio de Janeiro :
Marcial Pons, 2022.

Bibliografia.

ISBN 978-65-996611-3-6

1. Arbitragem (Direito) 2. Arbitragem (Direito) – Leis e legislação – Brasil
3. Direito civil 4. Provas (Direito) 5. Processo civil 6. Sistema jurídico I. Título.

21 – 96038

CDU – 347.918

© Luiz Francisco Torquato Avolio

© MARCIAL PONS BRASIL LTDA.

www.marcialpons.com.br

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 acertamento 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 Internacional 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