

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PRÉ ARBITRAL SEM REQUISITO DE
URGÊNCIA: BREVE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE
COMPETÊNCIA**

FHILIPPE GOMES SANTOS

Rio de Janeiro

2023

FHILIPPE GOMES SANTOS

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PRÉ ARBITRAL SEM REQUISITO DE
URGÊNCIA: BREVE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE
COMPETÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof.^a Dr.^a Marcia Cristina Xavier de Souza**.

Rio de Janeiro

2023

CIP - Catalogação na Publicação

S237p Santos, Philippe Gomes
Produção antecipada de provas pré arbitral sem
requisito de urgência: breve análise dos argumentos
doutrinários sobre competência / Philippe Gomes
Santos. -- Rio de Janeiro, 2023.
52 f.

Orientador: Marcia Cristina Xavier de Souza.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. produção antecipada de provas. 2. pré
arbitral. 3. requisito de urgência. 4. competência.
I. Souza, Marcia Cristina Xavier de, orient. II.
Título.

FHILIPPE GOMES SANTOS

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PRÉ ARBITRAL SEM REQUISITO DE
URGÊNCIA: BREVE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE
COMPETÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof.^a Dr.^a Marcia Cristina Xavier de Souza**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Marcia Cristina Xavier de Souza

Marcelle Mourelle Perez Dios

Eduardo Castelo Branco e Silva

Rio de Janeiro

2023

À Dona Didi, matriarca da família e base de
tudo

AGRADECIMENTOS

Somos por e para as pessoas. Agradeço ao meu pai e à minha mãe, que, por suportarem o que viveram, puderam me proporcionar a oportunidade de me dedicar aos estudos. Essa conquista é de vocês. Fico feliz em deixá-los minimamente orgulhosos.

Agradeço também aos amigos e amigas, aos quais não posso nomear apenas alguns. O que vivemos só foi verdadeiros porque foi compartilhados.

À Deus e Nossa Senhora que, mesmo diante de todas as minhas falhas, perdoaram-me, escutaram-me e me acolheram.

Falando das coisas belas

E das coisas simples

Mostrando como o belo pode ser simples

E o simples pode ser belo

Jorge Ben Jor

RESUMO

Este trabalho trata brevemente dos argumentos doutrinários sobre a competência da produção antecipada de prova pré-arbitral sem requisito de urgência. Aborda-se de maneira simples os seguintes temas: o direito à prova; as principais características da produção antecipada de provas; as mudanças dessa ação advindas do Código de Processo Civil de 2015 e o acesso à justiça como busca pela eficiência. Após essa base, são analisados os argumentos teóricos suscitados por autores e autoras favoráveis tanto a competência do juízo arbitral como do juízo estatal.

Palavras-chave: produção antecipada de provas; arbitragem; requisito; urgência; competência.

ABSTRACT

This work briefly addresses doctrinal arguments regarding the jurisdiction of pre-arbitration anticipated production of evidence without the requirement of urgency. The following topics are discussed in a straightforward manner: the right to evidence; the main characteristics of anticipated production of evidence; the changes to this anticipated production arising from the 2015 Civil Procedure Code; and access to justice as a pursuit of efficiency. Building upon this foundation, the theoretical arguments raised by authors who are in favor of both the competence of the arbitral tribunal and the state court are analyzed.

Keywords: anticipated production of evidence; arbitration; requirement; urgency; competence.

LISTA DE ABREVIATURAS E DEFINIÇÕES

| | |
|---|--|
| § | Parágrafo |
| Art./Arts. | Artigo/Artigos |
| Código de Processo Civil de 1973 | Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 |
| Código de Processo Civil de 2015 ou CPC | Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 |
| Constituição Federal | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| Lei de Arbitragem | Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. QUESTÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO À PROVA E SOBRE A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS | 11 |
| 1.1. CONCEITO(S) DE PROVA | 11 |
| 1.2. DIREITO À PROVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ASPECTO FORMAL E MATERIAL | 13 |
| 1.3. CARACTERÍSTICAS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS | 15 |
| 1.4. PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E 1973: AUTONOMIA E URGÊNCIA.. | 19 |
| 1.4.1. Autonomia | 21 |
| 1.4.2. Urgência..... | 23 |
| 2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE ACESSO A JUSTIÇA E ARBITRAGEM | 24 |
| 2.1. ACESSO À JUSTIÇA: A ATUAL BUSCA PELA EFICIÊNCIA E A NÃO LIMITAÇÃO AO JUÍZO ESTATAL..... | 24 |
| 2.2. ARBITRAGEM E CLAUSULA COMPROMISSÓRIA: A VONTADE DAS PARTES..... | 28 |
| 3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PRÉ-ARBITRAL SEM REQUISITO DE URGÊNCIA: BREVE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS SOBRE A COMPETÊNCIA | 35 |
| 3.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A COMPETÊNCIA ARBITRAL..... | 36 |
| 3.1.1. Excepcional intervenção do Poder Judiciário..... | 36 |
| 3.1.2. Decisão que abarcaria o mérito da produção probatória | 38 |
| 3.1.3. Legítima expectativa pelo uso da arbitragem..... | 39 |
| 3.1.4. Economia processual | 40 |
| 3.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO JUÍZO ESTATAL | 40 |
| 3.2.1. Ausência de pronunciamento do juiz..... | 41 |
| 3.2.2. Ausência de juridicidade da produção antecipada de provas | 41 |
| 3.2.3. Necessária interpretação restritiva do compromisso arbitral | 42 |
| 3.2.4. Caráter dúplice da produção antecipada de provas | 42 |
| 3.2.5. Escopo da produção antecipada de provas | 43 |
| 3.2.6. Eficiência processual | 43 |
| 3.2.7. Ausência de vinculação do árbitro ao resultado | 43 |

| | |
|--|-----------|
| 3.2.8. Necessidade de medidas coercitivas..... | 44 |
| CONCLUSÃO..... | 45 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 46 |

INTRODUÇÃO

A importância da prova é tão grande no ordenamento jurídico que existe um procedimento específico para sua produção de forma autônoma: a produção antecipada de provas. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve alterações que aplicaram as suas hipóteses de sua utilização. O problema de pesquisa deste trabalho surge quando se torna desnecessária a comprovação de urgência para utilização dessa ação probatória e se está diante da escolha pelo uso da arbitragem. Nesse cenário, surge a questão: qual a competência para utilizar a produção antecipada de provas pré arbitral sem requisito de urgência?

A relevância do tema em questão não se deve apenas à sua atualidade, mas também aos tópicos que ele abrange. A análise dos argumentos relacionados à competência da produção antecipada de prova pré arbitral sem o requisito de urgência ajuda na compreensão da ação autônoma e das características do procedimento arbitral.

Assim, o primeiro capítulo (1) desta monografia introduz uma base preliminar sobre a prova e a produção antecipada de provas em si. Aborda-se os conceitos de prova e como o direito à prova está previsto na Constituição Federal. Na sequência são apresentadas algumas características da produção antecipada de provas e as mudanças que ocorreram nos códigos de processo civil.

O segundo capítulo (2) aborda as diversas ondas de acesso à justiça, bem como a atual ênfase na busca pela eficiência e a adoção de meios adequados de solução de conflitos, como a arbitragem.

Por fim, o terceiro capítulo (3) propõe uma sistematização dos argumentos doutrinários apresentados por autores e autoras. Utilizando como metodologia a revisão bibliográfica, busca-se visualizar de maneira direta e simples como a doutrina tem encarado o tema.

O objetivo final do trabalho é simplificar um assunto complexo e, por meio desse entendimento, trazer luz a questões relevantes ao processo civil e a arbitragem.

1. QUESTÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO À PROVA E SOBRE A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Antes de adentrar especificamente o problema de pesquisa, é necessário traçar bases sobre o instituto da produção antecipada de provas.

Para tanto, são as perguntas que se pretende responder neste capítulo, sem a intenção de pormenorizar o que será tratado: (1.1) para que serve a prova e qual seu conceito jurídico?; (1.2) há algum tratamento dado a prova na Constituição Federal e, se sim, qual?; (1.3) quais as características gerais da produção antecipada de provas?; e, por fim, (1.4) houve alguma mudança entre o Código de Processo Civil de 1973 e 2015 e, se sim, (1.4.1 e 1.4.2) quais foram as principais alterações?

1.1. CONCEITO(S) DE PROVA

De maneira ampla, no processo de conhecimento, as partes buscam provar fatos para justificar suas posições.¹ O autor sustenta um suposto direito; o réu, por sua vez, resiste a declaração ou efetivação deste. A partir de fatos e sua eventual adequação ao direito objetivo é que o magistrado, ao final, proferirá uma sentença de mérito para solução do litígio.² Em suma, portanto, “o processo de conhecimento tem como objeto as *provas* dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes”.³ A prova é um elemento fundamental para a concretização do direito.⁴

Adentrando o conceito, Leonardo Greco, apresenta três sentidos mais utilizados de prova: como meio, como atividade e como resultado.⁵

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 797, *E-book*.

² *Ibid.* p. 797, *E-book*.

³ *Ibid.* p. 797, *E-book*.

⁴ PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). **Direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 141-148.

⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 100-103. *E-book*. Por sua vez, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria e Paula Sarno definem as três acepções da palavra prova como: (i) ato de provas, (ii) meio de prova e (iii) resultado dos atos ou dos meios de prova. (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 38-39.)

O primeiro, prova como meio, seria o processo mental pelo qual o juiz conclui ou não sobre a existência dos fatos no processo.⁶ Abarcaria, deste modo, o raciocínio utilizado para tanto. Tal sentido lógico, segundo Greco, apesar de prestigiado atualmente, seria insuficiente e perigoso ante o desprezo pela busca da verdade e risco de afetar as conclusões.⁷

A prova como atividade processual é uma concepção que entende que a reconstrução dos fatos no processo, que deve prevalecer, é diferente da realidade da vida, que é inalcançável. Seria “uma atividade de colheita de elementos de convicção do processo; um conjunto de atos processuais que levam o juiz a uma convicção, através de uma atividade tipicamente processual”.⁸

Por fim, Leonardo Greco apresenta a concepção de prova como resultado, a qual denomina de metajurídica. Simplificando o que apresenta o autor, a prova não seria entendida como algo apenas restrito ao direito ou ao jurista, “mas um instrumento de apuração da verdade comum a todo conhecimento humano e a todas as áreas do saber”.⁹

Humberto Theodoro Junior, por sua vez, apresenta uma outra forma de conceituação da prova. Para o referido doutrinador, há um sentido objetivo e outro subjetivo. Ao ser utilizada como forma de demonstrar a existência de determinado acontecimento, a prova estaria sendo utilizada no sentido objetivo. Por sua vez, ao tratar da convicção do acontecimento, da certeza de um fato, a prova estaria sendo utilizada no sentido subjetivo. Ao fim, a prova seria a junção de ambos os mencionado sentidos.¹⁰

⁶ Sustenta Cândido Rangel Dinamarco que a: “Prova é um conjunto de atividade de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42)

⁷ GRECO, op. cit., 2015, p. 100.

⁸ *Ibid.* p. 101.

⁹ *Ibid.* p. 102. Em sentido semelhante, Carvalho Filho apresenta que: “O tema das provas traz noção que se apresenta para além do direito, mas que dentro deste, engloba um complexo infundável de situações e relações com os mais diversos campos do conhecimento jurídico” (CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro**. 2017. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 22.)

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 797, *E-book*. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam: “Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num *sentido objetivo*. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí o termo prova num *sentido subjetivo*.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 39)

O presente trabalho não visa adentrar questões subjetivas como a formação de convicção das partes ou do juiz. Por mais que a produção antecipada de provas possa ser utilizada para acordos e contenção de litigiosidade — justamente as hipóteses que não necessitam de urgência — utiliza-se o sentido objetivo, na medida que não há decisão valorativa ou que ateste a ocorrência ou inoccorrência do fato, conforme Art. 382, §2º, do CPC.

1.2. DIREITO À PROVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ASPECTO FORMAL E MATERIAL

Visto sua importância e as diferentes formas de se utilizar o conceito de prova, passa-se a apresentar o direito à prova, fundamental para compreender o que circunda a produção antecipada de prova, em especial, o que é relevante para esse trabalho: sua competência.¹¹ De mais a mais, é necessário compreender tal direito para que a sociedade, ao menos no processo, se mantenha equânime, “com a ética de um processo justo e colaborativo”.¹²

No que diz respeito a direitos fundamentais, esses podem ser classificados como formais: são os que se “beneficiam da positivação constitucional”¹³ ou, em simples palavras, os que estão elencados na Constituição Federal como fundamentais.¹⁴

Formalmente falando, “[n]ão há a consagração expressa do direito autônomo à prova como sendo direito fundamental na letra de lei da Constituição Federal, contudo, inegável o seu enquadramento.”¹⁵ Tal direito está implícito e é extraído da leitura do Art. 5º, §2º da Constituição Federal, com a interpretação sistemática do ordenamento, que possibilita o reconhecimento de outros direitos fundamentais.¹⁶

¹¹ HIRSCHHEIMER, Priscila. **Produção antecipada de prova pré-arbitral sem o requisito da urgência**: uma discussão sobre o direito autônomo à prova. 2020. 66 f. Monografia (Direito) – Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, 2020, p. 13.

¹² PORTO, op. cit., 2018, p. 141-148. No mesmo sentido, Vitor de Paula ressalta que é: “um dos elementos do ‘processo justo’ mais cotidianos da vida jurídica” (RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 224, n. 9331, p. 41-61, out. 2013, p. 41).

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 406.

¹⁴ RAMOS, op. cit., 2013, p. 42.

¹⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 27. Com semelhante teor, Humberto Theodoro Junior: “Ainda que a Constituição não lhe faça referência expressa, o direito à prova ocupa, reconhecidamente, posição de extrema relevância no sistema processual (...)” (THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 798, *E-book*.)

¹⁶ PORTO, op. cit., 2018, p. 141-148.

Nesse contexto, destacam-se os incisos LV, LVI e XXXV, do Art. 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” e “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Particularmente falando do contraditório, que consta do inciso LV acima transcrito, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira aduzem e confirmam que: “[o] direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental”.¹⁷ Também dispõem Carvalho Filho: “[a]ssim como o direito subjetivo de propor ação, de apresentar recurso, dentre outros, pode-se dizer que também existe um direito subjetivo de provar (...)”.¹⁸

Outra classificação possível à fundamentabilidade do direito é em razão da matéria. Seu conteúdo “é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.¹⁹ Em atenção às citações supramencionadas, em se tratando especificamente sobre o direito à prova, este, no âmbito material, “está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica”.²⁰

Em resumo, a fundamentabilidade material do direito à prova está relacionada a busca pela verdade como um elemento necessário para uma decisão justa,²¹ “como também [para] que partes delimitem e definam a controvérsia, para que atinjam o melhor resultado possível: seja ele jurisdicional ou auto compositivo”.²² Corresponderia a um poder de influência na decisão.²³

¹⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 2015, p. 41.

¹⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 27.

¹⁹ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 379.

²⁰ RAMOS, op. cit., 2013, p. 43.

²¹ *Ibid.*, p. 43. Sobre verdade no processo, Michele Taruffo expõem: “Naturalmente, a verificação da verdade dos fatos que dizem respeito ao caso concreto constitui apenas uma das condições para a justiça da decisão, que para ser justa pressupõe também que tenha sido desenvolvido de modo correto e legítimo o processo da qual constitui o resultado final e - obviamente - também venha interpretada corretamente a norma que o juiz adota como regra de juízo. Pois, trata-se de condição por si só insuficiente, mas ainda assim necessária para justiça da decisão: se os fatos não vêm apurados de maneira verdadeira, isso basta para que a decisão seja injusta, ainda que o processo tenha se desenvolvido corretamente e a norma de direito tenha sido interpretada de modo válido”. (TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 36)

²² HIRSCHHEIMER, op. cit., 2020, p. 15.

²³ PORTO, op. cit., 2018, p. 141-148.

Ainda sob o aspecto substancial, o conteúdo do direito à provas abrangeria as seguintes situações: “a) o direito de requerer/produzir provas; b) o direito de participar da sua produção; c) o direito de falar sobre aquelas, bem como; d) o direito de vê-las apreciadas e valoradas pelo juízo”.²⁴

É à luz do conteúdo material do direito fundamental à prova, decorrente, no aspecto formal, do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça, bem como nas situações acima elencadas que o problema deste trabalho é vislumbrado, isso porque:

não pode agir o juiz de maneira excessivamente rígida no indeferimento de pedido de prova. Ainda que seja o caso de dúvida acerca do cabimento ou da eficiência de certo meio probatório, o caso será de deferimento, visto que as garantias constitucionais devem sempre ser interpretadas e aplicadas no sentido da máxima eficiência. Somente quando se evidenciar o descabimento ou a inutilidade da prova, é que sua inadmissão será legítima.⁹ Fora desse quadro, configura-se o cerceamento do direito à ampla defesa, cuja consequência refletirá sobre a decisão que resolver o mérito da causa, acarretando-lhe a nulidade.²⁵

1.3. CARACTERÍSTICAS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Sem antecipar as diferenças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, nesse primeiro momento, será demonstrado, de maneira simples, algumas características da produção antecipada de provas.

De plano, segundo Alexandre Câmara, provem destacar que o termo utilizado na seção II do Capítulo XII do Código de Processo Civil de 2015, intervalo dos Arts. 381 e 383, qual seja “da produção antecipada de provas”, é o gênero das espécies de demanda probatórias autônomas. Segundo o autor, no referido recorte, está compreendida 4 demandas: “(a) demanda cautelar de assecuração de prova; (b) demanda de descoberta (*discovery* ou *disclosure*) da prova; (c) arrolamento de bens; (d) justificação”.²⁶

Para fins desse trabalho e delimitando-o desde já, apenas os itens (a) (Art. 381, I, do CPC) e (b) (Art. 381, II e III, do CPC) são interessantes. Além disso, para fins de registro,

²⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 2015, p. 41.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 798-799, *E-book*.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 448. *E-book*, grifos do autor.

alguns autores divergem com relação a terminologia, mas será utilizado o termo “produção antecipada de provas”²⁷ de maneira a simplificar a compreensão geral.

Apenas para fins de primeira característica, apesar do trabalho não discorrer sobre o arrolamento de bens e justificação, em todas elas não se admite caráter incidental a um processo de conhecimento. Eventual necessidade de prova quando de um processo já instaurado pode ser resolvida pelo juiz ao alterar a ordem de produção dos meios de prova, de acordo com o Art. 139, VI, do CPC.²⁸

²⁷ Câmara afirma categoricamente: “São as demandas probatórias autônomas. Não obstante a epígrafe da Seção do CPC em que estão esses dispositivos ser ‘[d]a produção antecipada da prova’, não é só de demandas de produção antecipada de provas que se trata aí.” (*Ibid.*, p. 448). Carvalho Filho entende que produção antecipada de prova não se trata da terminologia mais correta: “O termo ‘antecipada’ não pode ser aplicável aos casos em que a prova seja produzida sem o requisito da urgência e, portanto, sem que se vincule a um processo principal, pois, neste caso, a produção da prova se dá no momento adequado, haja vista que jamais poderia se dar num processo onde se debata e se declare direitos quanto a uma relação material controvertida, pois *a priori* não existe controvérsia e nem há perspectiva de existir. Portanto, a noção de prova antecipada parece remeter ao tempo em que esta ocorria excepcionalmente, em função da urgência, o que não faz mais sentido.

A prova só é antecipada se tomarmos como ponto de observação o ‘momento adequado’ e comum de sua produção, que seria na fase instrutória do procedimento comum. Mas acaso não haja processo principal ou mesmo acaso nunca tenha havido tal pretensão, a classificação de antecipada fica sem sentido.” (CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 89, grifo do autor). Outra terminologia usada pela doutrina é “Ações provatórias autônomas”, que se encontra, à título de exemplo, nas seguintes obras: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; e YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. 2008. 468 f. Tese de titularidade (Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

²⁸ CÂMARA, op. cit., 2023, p. 448, *E-book*. No mesmo sentido, Eduardo Talamini aduz: “se o processo já estiver em curso e houver a necessidade de antecipação de uma prova (i.e., sua produção antes da fase instrutória), aplica-se o art. 139, VI, do CPC/2015 que confere ao juiz o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova” (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de processo**, São Paulo, v. 260, p. 78-79, out. 2016). Ainda em igual posição, Humberto Theodoro Junior: “No curso da ação principal, a coleta antecipada de elemento de convicção é fruto de simples deliberação do juiz da causa, que importa apenas inversão de atos processuais e que integra a própria atividade instrutória do processo.” (THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 854, *E-book*). Carvalho Filho, por sua vez, discorda desta posição e elenca que: “primeiro, se assim for, estaríamos, ainda que de forma abstrata, deixando de lado o direito autônomo à prova e nos socorrendo do poder geral de efetivação do juiz quanto à necessidade de produção da prova; segundo, a despeito de o fundamento poder ser o mesmo, o que deve existir é a utilização do instituto próprio e adequado à efetivação do direito, no caso, o art. 381 e ss. tendo aplicação subsidiária o 139, VI; terceiro, alterar a ordem de produção parece se referir especificamente à ordem de produção durante a fase de instrução, além de não guardar relação direta com os fundamentos da produção antecipada numa primeira análise, sem contar que não toca a noção de antecipação; em tempo, o simples fato de se aplicar o art. 139, VI ou o art. 381 e ss. não desnatura o caráter antecipatório da medida, razão pela qual tal diferenciação, em dada dimensão, nem faria sentido; e, por último, a aplicação do art. 139, ao final das contas, teria de respeitar todo o regramento estabelecido no livro específico do CPC quanto à produção antecipada, especialmente no que se refere ao regime recursal, citação de interessados, apresentação de defesa, não nos parecendo que poderá haver o devido intercâmbio procedimental.” (CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 90, nota de rodapé 209)

A produção antecipada de provas é procedimento em que se pode requerer qualquer prova²⁹ e que se esgota “com a coleta e certificação de que tal ato foi feito regularmente, ou seja, respeitando-se o modo de produção, bem como o contraditório”.³⁰

A ação não antecipa o julgamento do mérito,³¹ sendo uma da característica mais importante para este trabalho. Apesar de estar relacionado a um conflito macro, busca-se, em juízo, apenas a produção da prova, sem “avaliação e consequências dos fatos previamente investigados”.³² A valoração somente é realizada pelo julgador da eventual causa principal. Não há controvérsia ou discussão sobre o mérito e o resultado da coleta de depoimentos/elaboração de laudo pericial não altera a natureza das provas — nesses exemplos, oral e pericial respectivamente — para documental.³³

Conforme se extrai dos incisos e parágrafos dos Arts. 381 e 382 do CPC, o procedimento é sumário como regra³⁴ e não contencioso.³⁵ Assim, há vedação de defesa e recurso³⁶ e “o juiz o admite [o procedimento] mediante cognição superficial dos requisitos da

²⁹ Conforme pugna Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “[p]ode-se requerer a antecipação da produção de qualquer³ prova, ressalvada a prova documental, cuja produção antecipada se pede por meio da *ação de exibição*.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 2015, p. 138, grifo dos autores) Carvalho Filho complementa a ideia: “Tal entendimento se funda na ideia de que, só podemos ter duas perspectivas em relação à prova documental - que é registro de um fato. De um lado, pode desejar o interessado que seja apresentada uma prova já existente, consistente num documento ou em uma coisa, momento no qual irá requerer a exibição do mesmo. De outro lado, o interessado quer produzir uma prova documental que não existe, momento no qual irá requerer a Produção Antecipada de Prova e, através de qualquer meio, típico ou atípico, produzirá uma prova. Essa prova é um documento que poderá servir para mero registro ou para fins de ingresso em outro processo como prova emprestada. Portanto, quanto à prova documental, somente é possível exibi-la, acaso existente. Acaso não preexistir o documento ou coisa e deseje um sujeito produzi-la, terá de se valer da PAP.” (CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 89, nota de rodapé 207).

³⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 88.

³¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 850, *E-book*.

³² *Ibid.*, p. 850, *E-book*.

³³ *Ibid.*, p. 857, *E-book*.

³⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 90. Carvalho Filho apresenta preocupação com relação a ideia de celeridade a ponto de desrespeitar os preceitos gerais do CPC. Para ele, as noções de simplicidade e celeridade estão ligadas a produção antecipada de provas quando defronte de uma situação de urgência, nas outras hipóteses, eventualmente, seria possível deixar de lado tais ideias (*Ibid.*, p. 91)

³⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 855, *E-book*.

³⁶ Sobre a eventual defesa e recurso, Alexandre Câmara ensina: “Impende compreender adequadamente a afirmação de que nesse procedimento não se admite defesa. É que a amplitude do texto normativo pode levar a uma interpretação inconstitucional (por afronta ao princípio do contraditório). O demandado poderá, evidentemente, manifestar-se (e isso configura defesa) sobre a admissibilidade da produção antecipada de provas ou sobre o conteúdo da prova a ser produzida. O que se não se admite nesta sede é apresentação de defesa para discussão sobre o mérito do processo principal, no qual a prova agora colhida virá, eventualmente, a ser produzida.

Quanto ao não cabimento de recurso, excepciona-se, tão somente, a decisão que indefere por completo a colheita das provas que o demandante queira ver produzidas, caso em que se admitirá apelação (já que o indeferimento total das provas postuladas pelo demandante, na hipótese, corresponde a uma sentença de extinção do processo

produção antecipada de prova, sem ainda avaliar a utilidade que de fato a prova colhida terá na composição do litígio em que vier a ser, eventualmente, utilizada”³⁷.

Com relação a legitimidade para propor a produção antecipada de provas, possui tanto quem visa ajuizar uma ação futuramente, como quem eventualmente irá se defender de uma.³⁸ Além disso, também possui interesse quem visa a mera documentação e quem busca utilizar a prova produzida em jurisdição voluntária.³⁹

Sem adentrar demasiadamente nessa característica, a natureza do procedimento é objeto de controversas na doutrina. Humberto Theodoro Júnior sustenta a posição de natureza administrativa. Assim, a produção antecipada de provas não estaria restrita ao pedido na inicial, podendo requerer outras provas desde que relacionada ao fato.⁴⁰

Flávio Luiz Yarshell afirma que é uma “atividade tipicamente jurisdicional e não meramente administrativa”.⁴¹ Explicando tal afirmação, Carvalho Filho aduz que a referida atividade consiste em uma verificação e demonstração de fatos pelo julgador e partes envolvidas no processo. Haveria uma atividade tipicamente jurisdicional pela necessária aplicação do direito objetivo nas decisões, consistindo na “resolução de questões de fato e de direito, referentes, respectivamente à admissibilidade e ao modo de produção da prova”.⁴²

Demais disso, “o envolvimento do Estado, através de terceiro imparcial dá outra conotação à prova e lhe confere maior validade, eficácia e credibilidade, impactando na confiança do resultado e gerando efeitos jurídicos certos”⁴³. Atribui, em razão disso, um

sem resolução do mérito.” (CÂMARA, op. cit., 2023, p. 454, *E-book*) No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 856, *E-book*.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 851, *E-book*.

³⁸ *Ibid.*, p. 854, *E-book*.

³⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 92.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 856, *E-book*.

⁴¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). **Breves comentários do código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.027-1.028.

⁴² CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 92. No mesmo sentido: “Basta lembrar os casos de requisição de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal, que excepcionam direitos constitucionais; ou em medidas executivas (por exemplo, busca e apreensão de documentos) ou de coação (imposição de multa diária à parte ou a terceiro, para ilustrar). Embora não haja propriamente a declaração do direito, a atividade é marcada pela aplicação da lei diante de um caso concreto, mediante o estabelecimento de limites e com escopos determinados.” (YARSHELL, op. cit., 2015, p. 1.028).

⁴³ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 92. Sobre a eficácia da produção antecipada de provas, Humberto Theodoro Júnior é enfático em afirmar: “A antecipação de prova não é medida restritiva de direito nem constitutiva de bens. É, outrossim, medida completa, isto é, que não se destina a converter-se em outra medida

caráter substitutivo à medida que se mostra, por vezes, insuficiente pela via extrajudicial.⁴⁴ Sob essa perspectiva, a sentença — apenas homologatória na produção antecipada de provas — serve para:

produzir efeitos inerentes à condição de prova judicial. Não se pronunciará, contudo, acerca da ocorrência ou da inoocorrência do fato, bem como sobre as respectivas consequências jurídicas (art. 382, § 2º). Não há qualquer declaração sobre sua veracidade e suas consequências sobre a lide. Não são ações declaratórias e não fazem coisa julgada material. Apenas há *documentação judicial* de fatos. E nesse sentido merece acolhida a lição de Pontes de Miranda, que considera essa espécie de ação como *constitutiva* por pré-constituir prova judicial para os interessados.⁴⁵

Por fim, são outras duas características: a primeira, que as custas são devidas pela parte que promoveu a produção antecipada de provas.⁴⁶ A segunda é a limitação do procedimento, que deve:

(i) respeitar o direito à intimidade e o sigilo, (ii) ter alguma vinculação com a relação de direito material para evitar o exercício arbitrário do direito⁷, (iii) ser apta a provar o fato ou a circunstância de fato e, (iv) o eventual processo declaratório não pode ser inviável, não se admitindo, por exemplo, a produção antecipada de prova relativa à dívida de jogo.⁴⁷

1.4. PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E 1973: AUTONOMIA E URGÊNCIA

Apesar de se vislumbrar, em um primeiro momento, que características apontadas acima como o não julgamento do mérito, a não valoração pelo juiz e o caráter não contencioso do procedimento podem ser importantes para o problema de pesquisa, as mudanças realizadas no

definitiva após o provimento final de mérito. O processo principal se utilizará dela tal como se acha, sem necessitar transformá-la em outro tipo de ato processual.

Se, ademais, o fim da prova é a demonstração da verdade de um fato, uma vez feita tal demonstração, a eficácia produzida é, necessariamente, perpétua. A verdade é una, imutável e eterna. O tempo não a afeta. Não se trata, portanto, de medida que se sujeita a perder eficácia por falta de ajuizamento de ação principal, no prazo previsto no regulamento das ações provisórias de urgência processadas em caráter antecedente (CPC/2015, art. 309, II).⁷ (THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 856-857, *E-book*.)

⁴⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 92.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 856-857, *E-book*, grifos do autor.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 858. Importante destacar que Humberto Theodoro Júnior entende não haver sucumbência sem se falar devido à ausência de contenciosidade, mas que pode ser aplicada litigância de má-fé, mediante abuso processual. (*Ibid.*, p. 858)

⁴⁷ ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v.3, p. 135-164, 2013, p. 151. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79/43> Acesso em: 27 maio 2023.

Código de Processo Civil de 2015, principalmente autonomia e a desnecessidade de urgência para instauração do procedimento são fundamentais para o presente trabalho.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada de provas era restrita às hipóteses em que era comprovado o requisito de urgência. Visava-se conservar a prova, como uma garantia da sua utilização em um processo principal.⁴⁸ A produção antecipada de provas, por tanto, não era autônoma *per se*, mas tinha “natureza eminentemente cautelar, estando invariavelmente atrelada ao fundado receio de que a prova se tornasse impossível ou de difícil verificação no futuro”.⁴⁹

Havia a necessidade de comprovação de probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo,⁵⁰ posição que estava diretamente relacionada ao processo de maneira geral, bem como à impossibilidade de produção/utilização da prova.⁵¹

A autonomia — ora entendida como um limitador da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 1973 — não era total, sendo necessário o ajuizamento de uma ação principal após a produção antecipada. Isso porque:

[n]ão havia qualquer previsão legal que autorizasse e regulasse a ação para satisfação do direito à prova de forma autônoma, essa pretensão só era exercida ou em caráter cautelar antecedente ao processo principal, ou de forma incidental dentro do próprio processo onde se buscava a satisfação do direito material a ser provado.⁵²

Nesse sentido, Carvalho Filho bem resume o que tratamos acima:

⁴⁸ Adriano Caldas e Marco Félix Jobim, em artigo específico sobre o tema: “(...) restringia-se a antecipação da prova às hipóteses de conservação da prova que está sujeita ao perecimento pelo decurso do tempo, sempre tendo em vista o resguardo da utilidade do resultado do processo principal (caráter instrumental); jamais a mera produção da prova que se esgota em si mesma, desvinculada de um processo em que se discute (ou se discutirá) o direito material. Partindo-se desta premissa, a ação autônoma de produção antecipada da prova teria natureza exclusivamente cautelar.” (CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção grandes temas do Novo CPC: Direito probatório**. v. 5. 1. ed. Salvador, JusPodivm, 2015., p. 457)

⁴⁹ MAZZOLA, Marcelo; TORRES, Rodrigo de Assis. A produção antecipada de prova no Judiciário viola a competência do árbitro?. **Migalhas**, 20 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/269294/a-producao-antecipada-de-prova-nojudiciario-viola-o-juizo-arbitral-e-a-competencia-do-arbitro>>. Acesso em: 27 maio 2023.

⁵⁰ VIEIRA, Christian Garcia. **Asseguração de Prova**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 111. Noutras palavras, Carvalho Filho ressalta que: “[t]al procedimento se daria apenas se o interessado demonstrasse a presença de justo receio de que, quando do momento adequado de sua produção (na fase instrutória da ação principal), a prova já não existisse ou, ainda, que fosse muito difícil ou impossível a sua produção.” (CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 48)

⁵¹ VIEIRA, op. cit., 2011, p. 111.

⁵² CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 51.

[p]ara que fique maia [sic] claro, na vigência do CPC/73, a medida objeto de estudo do presente trabalho [a produção antecipada de provas] era qualificada como cautelar, ajuizada em processo autônomo, mas que pressupunha a demonstração, por parte do interessado, de interesse na obtenção de determinada prova para uso em outro processo (obrigatoriamente, num eventual e futuro processo principal); e a indicação precisa do interesse a ser futuramente tutela e que naquele momento estava sendo protegido pela medida probatória. Pelo menos é o que constava da lera [sic] da lei.⁵³

O Código de Processo Civil de 2015, assim, é um marco que, além de ampliar as hipóteses para utilização da produção antecipada de provas, aderindo o posicionamento doutrinário à época⁵⁴ — que já vinha a mitigar a utilização apenas em caráter cautelar em atenção ao exercício do direito autônomo à prova —⁵⁵, melhor regulamentou tal instituto.⁵⁶

Visto tudo isso, passe-se a destacar alguns aspectos, sem esgotar o tema, das principais mudanças realizadas para este trabalho.

1.4.1. Autonomia

A autonomia tem uma interligação fundamental com a mitigação da necessidade de urgência, fundamental na produção antecipada de provas quando do Código de Processo Civil de 1973,⁵⁷ especificamente em seu Art. 806, que trazia expresso o seguinte dispositivo:

⁵³ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 51.

⁵⁴ Ao tratar sobre o assunto, de modo a introduzir as mitigações da comprovação de urgência, Priscila Hirschheimer aponta: “[c]ontudo, enquanto diversos autores entendiam, majoritariamente, pela necessidade de comprovação da urgência para a produção antecipada de prova, consoante a previsão legal, alguns autores, com especial destaque para Flávio Luiz Yarshell, Daniel Amorim Assumpção Neves, Moacyr Amaral Santos e Freddie Didier Jr., começaram a sustentar a desnecessidade de seu caráter cautelar” (HIRSCHHEIMER, op. cit., 2020, p. 16) Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 50-51) e André Bruni Vieira Alvez (ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. *In*: DIDIER JR., Freddie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção grandes temas do Novo CPC: Direito probatório**. v. 5. 1. ed. Salvador, JusPodivm, 2015. p. 469-471) perpassam de maneira mais detalhada sobre os expoentes doutrinários. A título de exemplo, cita-se Flávio Luiz Yarshell: “a prova [também] pode e deve ser vista como elemento pelo qual os interessados avaliam suas chances, riscos e encargos em processo futuro, e pelo qual norteiam sua conduta, inclusive de sorte a evitar uma decisão imperativa” (YARSHELL, op. cit., 2008, p. 129). Além dele, como já apontado, outro expoente é Daniel Amorim Assumpção Neves. O autor já admitia a utilização da produção antecipada de provas como ação autônoma, uma vez que poderia ser utilizada: “como forma de preparação para qualquer demanda principal, sempre que os dados necessários ou úteis à propositura correta de tal demanda exigirem a produção de uma prova pericial” (NEVES, op. cit., 2008, p. 356-357)

⁵⁵ HIRSCHHEIMER, op. cit., 2020, p. 15-16. Em semelhante teor: THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 850, *E-book*.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., 2017, p. 51.

⁵⁷ HIRSCHHEIMER, op. cit., 2020, p. 17.

“[c]abe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

Tal requisito foi se tornando desnecessário durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973.⁵⁸ Apesar constar de forma elementar a necessária obrigação da parte em ajuizar uma ação principal, certo é que:

muitas vezes, o objeto da prestação era satisfeito na própria produção antecipada de provas. Isso ocorria, por exemplo, quando uma parte produzisse antecipadamente uma prova e, após a conclusão de tal prova, não houvesse mais necessidade de ajuizamento da ação principal, seja porque ela verificou que não havia o direito que imaginava possuir ou até por preferir uma resolução extrajudicial com a outra parte. Não haveria sentido em obrigá-la a ingressar com uma demanda, incentivando uma litigiosidade e o congestionamento judicial sem qualquer fundamento ou necessidade.⁵⁹

Outra teoria desenvolvida na vigência do Código de Processo Civil de 1973, foi a de Moacyr Amaral Santos. Nela, o autor separa a produção antecipada de provas em duas categorias: preventivas e preparatórias. A primeira, como o nome sugere, seria para a preparação de prova para eventual necessidade futura, ainda que não exista a imprescindibilidade atual. Nesta, não haveria a necessidade de se ajuizar uma ação principal, na medida que o objeto já estaria satisfeito. A segunda, por sua vez, teria função de embasar a demanda principal.⁶⁰

Flávio Luiz Yarshell mitiga a necessidade de ajuizamento de um processo futuro através de uma leitura sistemática da estrutura legal à época e dos princípios constitucionais. O já mencionado direito à prova teria importância, além do convencimento do magistrado, para avaliação de riscos e formulação de convicção das partes sobre uma possível demanda futura, o que influenciaria em uma solução pela via autocompositiva ou na contenção de eventual litígio.⁶¹

⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 312.

⁵⁹ HIRSCHHEIMER, op. cit., 2020, p. 17.

⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 324-326.

⁶¹ YARSHELL, op. cit., 2009, p. 333. André Bruni Vieira Alves, em poucas palavras: “É possível afirmar, também, que nesta nova definição de direito à prova há uma mudança na concepção no que toca à relevância da prova que deixa de ter vinculação lógica direta com a seleção de fatos que necessitam ser provados em um determinado processo, passando a ter relação com o esclarecimento e a investigação de fatos que possam vir a elucidar situações que permitam uma melhor e mais acurada visão da parte sobre sua posição jurídica (se de vantagem ou desvantagem) em relação a alguém.” (ALVES, op. cit., 2015, p. 471)

1.4.2. Urgência

Outro dos requisitos para a utilização da produção antecipada de provas, na vigência do Código de Processo Civil anterior, era a comprovação do perigo de danos e risco ao resultado útil do processo principal que viria a ser ajuizado. Como já adiantado acima, o procedimento servia como uma garantia e conservação da prova.

Através de uma nova perspectiva do referido perigo de danos e risco ao resultado útil do processo foi mitigada a visão cautelar da produção antecipada de provas.⁶² Daniel Amorim Assumpção Neves assim aduz:

[s]em retirar a natureza cautelar dessas ações, somente modificando o ângulo de visão a respeito do *periculum in mora*, admitir a qualquer interessado a provocação do Poder Judiciário para a produção de uma prova ainda que seja plenamente possível produzi-la posteriormente.⁶³

Esmiuçando o pensamento do doutrinador: o resultado útil do processo estaria abarcado no direito do autor a ter uma sua pretensão satisfeita através de cumprimento voluntário, situação que estaria abarcada na produção antecipada de provas.⁶⁴

⁶² HIRSCHHEIMER, op. cit., 2020, p. 18.

⁶³ NEVES, op. cit., 2008, p. 42.

⁶⁴ HIRSCHHEIMER, op. cit., 2020, p. 18.

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE ACESSO A JUSTIÇA E ARBITRAGEM

Compreendido um primeiro aspecto da questão a que se tenta responder nesse trabalho, outro merece atenção, qual seja, a arbitragem em si. Novamente, socorre-se a perguntas para que com suas explicações se obtenha elementos essenciais para assimilação do todo.

Deste modo, sem a pretensão de exaurir o tema, foram formuladas as seguintes perguntas: (2.1) somente se acessa a justiça pelo Judiciário? e (2.2) o que seria a arbitragem, quais suas vantagens e características básicas?

2.1. ACESSO À JUSTIÇA: A ATUAL BUSCA PELA EFICIÊNCIA E A NÃO LIMITAÇÃO AO JUÍZO ESTATAL

A Constituição Federal traz no Art. 5º, XXXV, “a principal garantia dos direitos subjetivos”,⁶⁵ direito fundamental ao acesso à justiça, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Apenas com base no que consta do referido inciso, há uma associação clara do acesso à justiça com a demanda direcionada ao Poder Judiciário. Mencionado no capítulo anterior, tal dispositivo serviu como construção para a formalização do direito à prova. Ocorre, porém, que a tal expressão — de difícil definição —⁶⁶ não é limitada apenas a formalidade do acesso.⁶⁷

O enfoque do movimento de acesso à justiça é uma concepção “contextual” do direito. Leva-se em consideração como as instituições e processos estão se preocupando de fato com a resposta e o resultado das necessidades, problemas e exigências sociais. Trata-se de uma visão realista e preocupada em superar os obstáculos que tornam inacessível o instituto jurídico.⁶⁸

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 433.

⁶⁶ “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição (...)” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 8)

⁶⁷ Kazuo Watanabe ressalta a necessidade de não só possibilitar, como também viabilizar o acesso à justiça: “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal; e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.” (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128). Humberto Theodoro Junior sinaliza que: “o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional.” (THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2023, p. 103, *E-book*).

⁶⁸ “O movimento de acesso à Justiça, como enfoque teórico, embora certamente enraizado na crítica realística do formalismo e da dogmática jurídica, tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana. A

A partir dessa metodologia, Cappelletti identifica três obstáculos para um efetivo acesso à justiça: econômico, organizacional e processual.⁶⁹ A constatação de cada obstáculo, à sua época, resultou em transformações conceituais que modificaram e desenvolveram o processo civil. A essas modificações o autor chamou de ondas. É como bem resume Dinamarco:

[a]s mutações que neste período atingiram o processo civil desenvolveram-se em torno de algumas significativas ondas renovatórias com a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra individuais, com a racionalização do processo mesmo como meio participativo e menos burocrático e sobretudo, com uma significativa mudança de perspectiva: como nunca antes, os arautos dessas novas tendências vêm propondo que se pense prioritariamente no consumidor dos serviços que mediante o processo se prestam, muito antes que na figura dos operadores do sistema. O processo civil moderno quer ser um processo de resultados, não um processo de filigranas.⁷⁰

A primeira onda desencadeou um enfoque na reforma de estruturas administrativas e procedimentos legais com a finalidade de se alcançar a efetividade do acesso à justiça mediante a assistência jurídica aos mais pobres.⁷¹ O contexto que a permeia é a concepção formalista de tal acesso,⁷² que seria satisfeito pela mera oportunidade de se provocar o Poder

componente normativa do direito não é negada, mas encarada como *um* elemento, e com grande freqüência não o principal, do direito. O elemento primário é o povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos. Ademais, nessa visão realística, adquirem relevo as instituições e processos. O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção ‘contextual’ do direito. Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social. O papel da ciência jurídica, aliás o papel dos operadores do direito em geral, torna-se assim mais complexo, porém, igualmente muito mais fascinante e realístico. Para exemplificar, ele não se cinge a descrever as normas, formas e procedimentos aplicáveis aos atos de instauração de um processo judicial ou de interposição de um recurso; deve também levar em consideração os custos a suportar, o tempo necessário, as dificuldades (inclusive às psicológicas) a superar, os benefícios a obter etc.” (CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994, grifo do autor).

⁶⁹ CAPPELLETTI, op. cit., 1994, p. 82-97.

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 62.

⁷¹ Ressalta-se que não se restringe a questão econômica, apesar do uso do vocabulário. Nesse sentido, “O fenômeno da pobreza – e com isto não quero dizer a pobreza econômica, como também, por exemplo, a pobreza lingüística e cultural, sempre que represente um obstáculo para efetiva – ao invés de ser a conseqüência de um infortúnio do qual a lei não pode assumir nenhuma responsabilidade, deve tornar-se relevante tanto legal como processualmente.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Reflexiones sobre el rol de los estudios procesales*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 64, p. 145-157, out./dez. 1991.).

⁷² Em apontamento ao primeiro momento do movimento do acesso à justiça, de forma resumida, Cappelletti apresenta a seguinte crítica: “Esse enfoque formalístico tendia a identificar o direito com o ‘sistema de normas’ produzidas pelo Estado. Era, a meu ver, uma supersimplificação da realidade; o direito e o sistema jurídico eram olhados exclusivamente em seu aspecto normativo, enquanto se negligenciavam seus componentes reais -

Judiciário. Soma-se a isso os custos para acesso, a complexidade dos ordenamentos jurídicos e da dogmática processual que implicavam, para além do dinheiro despendido, na necessidade de utilização de um advogado para ingresso e permanência em juízo, bem como para interpretação das complexas leis.⁷³

A segunda onda, por sua vez, cuidou da proteção dos interesses difusos. José Mário Wanderley Gomes Neto, apresenta que:

[n]a dinâmica desta “onda” está a consolidação de meios voltados à efetivação dos direitos sociais e difusos, originários de lutas e conquistas políticas, sociais, econômicas, culturais; pois: da união de idéias, surgiu o interesse comum; dos interesses comuns, a pretensão conjunta de fazê-los sensíveis; das pretensões conjuntas não realizadas, a demanda por um processo civil hábil a tutela-las como um todo.⁷⁴

O processo civil, anteriormente, estava relacionado a duas partes e a solução de um conflito referente a interesse individual de uma delas. Nesse sentido, a reforma está atrelada a mudança de pilares formais do processo, como a legitimidade para agir⁷⁵ e coisa julgada, bem como o papel dos tribunais na proteção dos direitos difusos,⁷⁶⁻⁷⁷ isso porque:

o indivíduo isolado é em regra incapaz de vindicar efetivamente os direitos em causa; uma vez que se cuida de direitos coletivos ou difusos, a única proteção realmente efetiva será aquela que reflita o caráter "coletivo" ou de "classe" do direito. A ilustração mais óbvia é a do consumidor isolado de mercadoria produzida em cadeia e distribuída em grandes quantidades; outro exemplo é o caso do

sujeitos, instituições, processos e, mais genericamente, seu contexto social.” (CAPPELLETTI, op. cit., 1994, p. 82-97).

⁷³ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. 2003. 84 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. p. 44-45.

⁷⁴ GOMES NETO, op. cit., 2003, p. 58.

⁷⁵ A título de exemplo, cita-se Barbosa Moreira, em 1984: “um dos tópicos ‘clássicos’ da problemática atinente à tutela jurisdicional dos interesses difusos é o da legitimação para agir, excluída por intuitivas razões a hipótese de exigir-se a presença em juízo de todos os co-interessados, como litisconsortes ativos necessários” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.48)

⁷⁶ “O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes de legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juizes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.” (CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., 1988, p. 49-50). Segue complementando: “Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.” (*Ibid.*, p. 50, grifo dos autores)

⁷⁷ GOMES NETO, op. cit., 2003, p. 58-63.

indivíduo lesado por poluição de massa. Ao indivíduo isolado inevitavelmente faltam suficiente motivação, informação e poder para iniciar e sustentar processo contra o poderoso produtor ou poluidor. Mesmo que viesse a ocorrer tão improvável fato, o resultado seria totalmente inadequado para desencorajar o transgressor de massa de prosseguir nas lucrativas atividades danosas; o litigante individual seria o “titular” de insignificante fragmento do dano em questão. Daí haver-se patenteado que existe aqui nova espécie de “pobreza”, digamos pobreza organizacional, que, se não superada, torna de todo ineficiente a proteção judicial.⁷⁸

Por fim, a terceira onda visa a efetivação dos direitos para todos, com o melhoramento e racionalização dos serviços legais.⁷⁹ Apesar da ampliação do acesso à justiça, com preocupações referentes “a representação legal e com a efetividade de direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios da justiça igualitária”,⁸⁰ o procedimento ordinário, de maneira geral, se mostrou inadequado à alguns casos.⁸¹ Nesse sentido, uma das reformas está relacionada a retomada dos meios adequados⁸² de solução de conflitos⁸³ e, por conseguinte, a não limitação ao Judiciário.

⁷⁸ CAPPELLETTI, op. cit., 1994, p. 82-97.

⁷⁹ “Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não jurisdicionáveis (a universalização da tutela jurisdicional) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda tutela direito.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.21).

⁸⁰ GOMES NETO, op. cit., 2003, p. 68.

⁸¹ “O terceiro obstáculo, mais diretamente relacionado com os métodos alternativos de solução de conflitos, em sentido técnico, é o que proponho denominar de *processual*, porque significa que, em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento. (...) Por ‘obstáculo processual’ entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal - o tradicional processo litigioso em Juízo - pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.” (CAPPELLETTI, op. cit., 1994, p. 82-97, grifo do autor).

⁸² Sobre a terminologia de métodos adequados ou alternativos, Carlos Alberto Carmona explica: “[f]aço aqui um alerta: a terminologia tradicional, que se reporta a ‘meios alternativos’ parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios **adequados** (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente **alternativos**. Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos **adequados** de solução de litígios, não a métodos **alternativos**. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32-33, grifos do autor)

⁸³ “Essa idéia decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um *novo elemento* consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população. Esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço da própria democracia: um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar.” (CAPPELLETTI, op. cit., 1994, p. 82-97, grifo do autor). No mesmo sentido, Gomes Neto explica que: “[c]omo primeiro ponto, tem-se o resgate das

De maneira simples, portanto: o efetivo acesso à justiça não está intrinsicamente ligado ao Estado-juiz, mas ao método que melhor resolve a controvérsia, desde que adequado a cada caso.

2.2. ARBITRAGEM E CLAUSULA COMPROMISSÓRIA: A VONTADE DAS PARTES

A Arbitragem é um método heterocompositivo, extrajudicial e privado de solução de conflitos. Nela, as partes conferem poderes a uma ou mais pessoas para solução de uma controvérsia através de uma convenção livremente estabelecida.⁸⁴

No Brasil, tal instituto é regulamentado pela Lei de Arbitragem. Apresenta dentre algumas vantagens: a comum celeridade e eficiência;⁸⁵⁻⁸⁶ sendo um dos motivos para tanto o

formas de resolução de conflitos alternativas à jurisdição, não por saudades dos tempos dos duelos ou dos juízos das ordálias, mas fundamentado na opção tomada por parte considerável dos indivíduos, renunciando a seu direito de ação e comprometendo-se a aceitar outras fontes decisórias, desde que apresentadas de modo célere. Eis aqui retomados os institutos da arbitragem, da conciliação e da mediação, antes tão presentes na evolução histórica dos meios de resolução dos conflitos de interesses e hoje tomados pela terceira ‘onda’ em uma nova feição. (GOMES NETO, op. cit., 2003, p. 70)

⁸⁴ São exemplos de definições dada pela doutrina brasileira: “a arbitragem, portanto, é um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral.” (LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59); “[a] arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.” (CARMONA, op. cit., 2009, p. 15); “[p]ara nós, 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. Qualquer conceituação de arbitragem, sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro, deve fazer referência a quatro elementos fundamentais: (i) meio de solução de conflitos; (ii) autonomia privada das partes; (iii) terceiro imparcial com poder de decisão; e (iv) coisa julgada material. (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 31. *E-book*, grifo dos autores); e “[a] arbitragem é um método privado de resolução de disputas no qual duas ou mais partes concordam em submeter a solução de seus conflitos a um ou mais terceiros (‘árbitros’), indicados, direta ou indiretamente, pelas próprias. Diferentemente dos juízes de direito, os árbitros não são permanentemente investidos do poder de julgar, mas apenas detêm poderes para decidir o caso para o qual foram indicados e sua jurisdição se encerra após a prolação da decisão final.” (TIBURCIO, Carmen. Art. 1º. *In*: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (coord.). **Lei de Arbitragem Comentada**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*)

⁸⁵ *Ibid.*, *E-book*.

⁸⁶ Ressaltando que a celeridade não é absoluta, Francisco José Cahali afirma que: “[c]ertamente, para questões extremamente complexas, com tumultuada instrução ou inúmeros incidentes, pode o procedimento vir a ser mais demorado. Porém, estimativas feitas entre as instituições de arbitragem demonstram que, na média, mesmo para arbitragens com certa dificuldade, o prazo de solução é pouco superior a um ano. De qualquer forma, sempre haverá necessidade de fixação do termo final da arbitragem (por lei ou pelas partes), afastando o risco de se eternizar o procedimento”. (CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*) Sob o aspecto da eficiência, é importante apontar “como vantagem na arbitragem o cumprimento espontâneo das decisões. No pressuposto de que os interessados elegeram o julgador por vontade própria, pela confiança e considerando ser ele conhecedor da matéria, a experiência demonstra que as partes

fato da decisão proferida ser final e exequível, não passível de recurso como no Judiciário.⁸⁷ Outras características positivas são a indicação, pelas partes, de árbitros caso a caso, sendo alguém “de sua confiança e que tenha a expertise necessária para julgar aquela demanda específica”;⁸⁸ a confidencialidade;⁸⁹ e a determinação da lei aplicável ao mérito e ao procedimento pelas partes.⁹⁰

Nem todas as controvérsias são passíveis de serem arbitráveis. O Art. 1º regula que: “[a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. O referido dispositivo delimita quem e quais conflitos podem ser decididos por um tribunal arbitral. Trata-se, respectivamente, da arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

A primeira, fundada na capacidade de contratar, “deflui da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizar e exercer direito por si mesmo”.⁹¹ Além disso, a parte precisa possuir

respeitam a sentença arbitral, e a ela se submetem voluntariamente. Em outras palavras, as partes estão comprometidas em aceitar como imperativo a sentença arbitral por eles encomendada.” (*Ibid.*, *E-book*)

⁸⁷ TIBURCIO, op. cit., 2023, *E-book*. Cahali explica que : “E um dos motivos [para a rapidez do procedimento] consiste no fato de que o julgamento arbitral se faz em instância única, ou seja, sem a possibilidade de recursos. Querendo, as partes podem estabelecer um julgamento colegiado, mas este acompanha o procedimento desde seu início, e não em instância recursal. Ademais, no pressuposto de que as partes escolheram as pessoas mais habilitadas para o exame daquela questão, como lhe é facultado, e na perspectiva de terem os eleitos se dedicado intensamente ao estudo e solução do conflito, não se justifica pensar em instância recursal”. (CAHALI, op. cit., 2022, *E-book*)

⁸⁸ TIBURCIO, op. cit., 2023, *E-book*. Francisco José Cahali reconhece esta como sendo: “[u]ma das mais reconhecidas vantagens da Arbitragem é a possibilidade, em certa medida, de escolha do julgador, dentre as pessoas que mais inspiram confiança às partes, considerados o conhecimento específico sobre a matéria, experiência, idade, conduta etc. (...) Realmente, é um importante atrativo deste método a possibilidade de se entregar o litígio a quem tem conhecimento específico da matéria objeto da controvérsia, ou seja, terá maior tecnicidade para apreciar a matéria, principalmente para questões pouco usuais na rotina dos tribunais.” (CAHALI, op. cit., 2022, *E-book*)

⁸⁹ Carmen Tiburcio, sem aprofundar o tema, faz o seguinte comentário: “[m]ais recentemente, os benefícios associados à confidencialidade do procedimento arbitral têm sido contrapostos às suas possíveis desvantagens. Alguns autores e câmaras arbitrais têm até mesmo defendido e adotado medidas que visam a promover maior transparência na arbitragem.(TIBURCIO op. cit., 2023, *E-book*). Thiago Marinho Nunes e José Rogério Cruz e Tucci analisaram julgado da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que afastou o segredo de justiça: NUNES, Thiago Marinho. Revisitando a confidencialidade da arbitragem. **Migalhas**. 27 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragemlegal/%20344369/revisitando-a-confidencialidade-na-arbitragem>>. Acesso em: 6 jun. 2023. TUCCI, José Rogério Cruz e. Inconstitucionalidade do sigilo de processo judicial sobre arbitragem, **Consultor Jurídico**. 13 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/paradoxo-corte-inconstitucionalidade-sigilo-processo-judicial-arbitragem>>. Acesso em 6 jun. 2023.

⁹⁰ TIBURCIO, op. cit., 2023, *E-book*. “Segundo a Lei de Arbitragem, as partes têm liberdade de escolher o direito – material e processual – aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio. (CARMONA, op. cit., 2009, p. 15)

⁹¹ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53. Sobre sentido contrário: “[é] relevante destacar, porém, que há uma corrente de pensamento entendendo que a convenção de arbitragem, na verdade, não é negócio jurídico de direito privado, mas sim *negócio jurídico processual*, de modo que a

legitimação, aptidão para prática de determinados atos jurídicos.⁹² Outro importante fator, especificamente falando de casos de entes despersonalizados, é a autorização.⁹³

A segunda, por sua vez, apresenta dois critérios para sua verificação, quais sejam: patrimonialidade e livre disponibilidade.⁹⁴⁻⁹⁵ O direito brasileiro, de maneira mais restrita,

capacidade mencionada na Lei n.º 9.307/1996 não seria, exatamente, a capacidade de fato do Direito Privado, mas sim a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo da Teoria Geral do Processo.” (FICHTNER, MANNHEIMER, MONTEIRO, op. cit., 2018, p. 231, *E-book*, grifo dos autores)

⁹² *Ibid.*, p. 231. “Capacidade não se confunde com legitimação. Esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos, uma espécie de capacidade especial exi-gida em certas situações. Assim, por exemplo, o ascendente é genericamente capaz, mas só estará legitimado a vender a um descendente se o seu cônjuge e os demais descendentes expressamente consentirem (CC, art. 496)” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 102. *E-book*.)

⁹³ A respeito do tema, são exemplos do que dizem alguns autores: “[c]omo se vê, os entes despersonalizados (universalidades dotadas de representação ativa e passiva como condomínios em edifícios, massas falidas, espólios, sociedades de fato), desde que autorizados, podem valer-se da arbitragem, eis que têm capacidade de ser parte e estar em juízo, nada impedindo que disponham de seus direitos.” (CARMONA, op. cit., 2009, p. 37); “[p]or sua vez, os entes despersonalizados, para dispor de direitos, necessitam de permissão. Assim, o espólio, com autorização judicial ao inventariante, pode celebrar convenção arbitral, tal qual o condomínio, pelo síndico com a autorização da assembleia de condôminos. A permissão, nestes casos, é um requisito essencial, ensejando sua falta à invalidade da convenção arbitral” (CAHALI, op. cit., 2022, *E-book*); “entes sem personalidade jurídica que tenham capacidade para contratar, tais como espólios e condomínios, podem participar de arbitragem, desde que devidamente autorizado” (MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 42); e “[o]s entes despersonalizados, que necessitam de permissão para dispor de direitos, também podem firmar a cláusula compromissória. Assim o espólio e a massa falida, com a autorização judicial ao inventariante e ao administrador, também o condomínio, pelo síndico, aprovado em assembleia de condôminos” (NANNI, op. cit., 2014, p. 54).

⁹⁴ Os critérios da ordem pública e transacionabilidade não apresentam mais um papel principal na arbitrabilidade objetiva. Nesse sentido, sobre ordem pública como função secundária: “[t]odavia, a ordem pública não é, como se pretendia, um critério indispensável à definição de arbitragem, mas sim um fator suplementar na delimitação da livre disponibilidade. A ordem pública estabelece o limite da disponibilidade dos direitos e, por conseguinte, o da arbitrabilidade.” (LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.); e “a ordem pública desempenha um papel na problemática da arbitrabilidade sem, contudo, ser um critério adequado de definição da arbitrabilidade (...) ela exerce uma dupla função: (a) como fundamento da regra que pode limitar o recurso à arbitragem (como no direito extrapatrimonial de família) e (b) como elemento de garantia da regularidade da sentença arbitral no caso de eventual controle judicial” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 166.) Por sua vez, sobre transacionabilidade: “[a] referência ao critério da transacionabilidade – ou seja, possibilidade de celebrar concessões recíprocas sobre os direitos em questão – também não parece adequada. Isso porque a transacionabilidade nada mais é do que um aspecto da livre disponibilidade, assim como a renunciabilidade e a alienabilidade.” (FICHTNER, MANNHEIMER, MONTEIRO, op. cit., 2018, p. 239, *E-book*).

⁹⁵ Fichtner, Mannheim e Monteiro, por sua vez, sustentam, utilizando dentre um dos exemplos a possibilidade de se verificar a nulidade de um negócio jurídico (matéria que não está sob disponibilidade das partes) e o art. 852 do Código Civil, apenas a utilização do critério da patrimonialidade para fins de arbitrabilidade objetiva: “[e]m nosso entendimento, portanto, o Direito brasileiro adota exclusivamente, como regra geral, o critério da patrimonialidade para fins de definição da arbitrabilidade objetiva, pouco importando se a arbitragem em concreto tenha fonte em cláusula compromissória ou em compromisso arbitral. Excepcionalmente, como no caso de litígios envolvendo entes públicos, adota-se o critério misto da livre disponibilidade e da patrimonialidade, representado pela expressão ‘direitos patrimoniais disponíveis’. Mesmo assim, a livre disponibilidade presente nestes casos excepcionais não se identifica com aquela classicamente construída no âmbito do Direito Privado, mas decorre de uma concepção mais ampla própria da disciplina arbitral.” (*Ibid.*, p. 251, *E-book*). Tangenciando o Tema, Carmen Tiburcio aduz: “Em verdade, a presunção em favor da disponibilidade dos direitos na esfera privada é tão ampla que já se chegou mesmo a equiparar os conceitos de direito patrimonial e direito disponível

exige a combinação de ambos para definição de arbitrabilidade objetiva.⁹⁶ Sobre cada um, vale destacar o resumo de José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro:

muitas vezes a doutrina brasileira associa a ideia de patrimonialidade à possibilidade de conversão em pecúnia ou à possibilidade, ao menos, de valoração econômica. No que tange ao conceito de disponibilidade, costuma-se relacioná-lo à noção de transação, bem como à possibilidade de o titular alienar, de forma gratuita ou onerosa, o direito sem qualquer limitação.⁹⁷

Estabelecida essa delimitação, as partes exercem a opção pela arbitragem, excluindo a jurisdição estatal, através de uma convenção de arbitragem.⁹⁸ Essa convenção é o gênero da qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é prevista em contrato⁹⁹ e estabelece que eventual litígio decorrente dele,¹⁰⁰ como questões indeterminadas e futuras provenientes de sua execução, será dirimido pela arbitragem. O compromisso arbitral é diferente. Nele já se está diante de um conflito entre as partes. Trata-se de instrumento que direciona tal controvérsia ao juízo arbitral.¹⁰¹

Para fins do presente trabalho, restringe-se o objeto de estudo a cláusula compromissória. “[A] formalidade exigida [da referida cláusula] restringe-se à celebração por

utilizados pela Lei de Arbitragem: bastaria que o litígio envolvesse questão patrimonial para que pudesse ser submetido ao juízo arbitral.” (TIBURCIO, op. cit., 2023, *E-book*).

⁹⁶ “Uma terceira corrente, na qual se enquadra o *direito brasileiro*, optou por definir a arbitrabilidade *combinando conceitos*, como no artigo 1.º da Lei 9.307/1996, unindo a exigência da *disponibilidade à da patrimonialidade* dos direitos em discussão para determinar se o litígio é ou não arbitrável. Com isso, o direito pátrio opta, *de lege lata*, por uma noção mais restritiva de arbitrabilidade” (GONÇALVES, E., op. cit., 2008, p. 177, grifos do autor) No mesmo sentido: “[i]sso significa que as partes só podem optar pelo juízo arbitral para solucionar disputas relacionadas a direitos que possuam expressão patrimonial e, cumulativamente, sobre os quais tenham pleno poder de disposição.” (TIBURCIO, op. cit., 2023, *E-book*)

⁹⁷ FICHTNER, MANNHEIMER, MONTEIRO, op. cit., 2018, p. 246, *E-book*.

⁹⁸ “Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)” (CARMONA, op. cit., 2009, p. 79).

⁹⁹ “Estabeleceu a lei que a cláusula pode estar ou não inserida no corpo de um contrato, de tal sorte que a avença será contemporânea ao contrato ou posterior a ele” (CARMONA, op. cit., 2009, p. 17). No mesmo sentido, “[p]ermitida a sua previsão em documentos distintos, não necessariamente no próprio contrato, verifica-se a possibilidade da chamada ‘compromissória *pluridocumental*, fruto da *ruptura* da unidade do ato’.” (CAHALI, op. cit., 2022, *E-book*, grifos do autor)

¹⁰⁰ “Vinculada a cláusula compromissória a um contrato, automaticamente o objeto da arbitragem será, no máximo, o quanto se contém no negócio jurídico a que ela se adere, podendo, as partes restringir a abrangência do juízo arbitral a parte ou a certas e determinadas questões.” (*Ibid.*, *E-book*).

¹⁰¹ *Ibid.*, *E-book*.

escrito”.¹⁰² O consentimento a ela, salvo exceção dos contratos de adesão que consta do Art. 4º, §2º, da própria Lei de Arbitragem, não é necessariamente expresso.¹⁰³ Não é uma cláusula personalíssima.¹⁰⁴ Possui natureza jurídica híbrida, na medida que possui ao mesmo tempo o caráter obrigacional e processual.¹⁰⁵ Além disso, sua transmissão é plenamente possível.¹⁰⁶

¹⁰² *Ibid.*, *E-book*. “Em relação à forma, determina a Lei brasileira seja a cláusula celebrada por escrito. Tratando-se de contrato, sem formalidade específica a não ser a utilização da escrita, submete-se a cláusula aos mecanismos gerais previstos na lei civil para a celebração dos contratos.” (CARMONA, op. cit., 2009, p. 105)

¹⁰³ Um dos coautores da Lei de Arbitragem, Pedro Batista Martins, afirma: “O consentimento pode ser expresso ou tácito e, ainda, resultar na vinculação de terceiros formalmente desvinculados do contrato (...) O consentimento tácito, portanto, alinha-se ao direito; ademais quando é sabido que o silêncio produz efeitos de direito” (MARTINS, Pedro Batista. **Capacidade, consenso e intervenção de terceiros**: uma sobrevista. Disponível em: <<http://batistamartins.com/arbitragem-capacidade-consenso-e-intervencao-de-terceiros-uma-sobrevista-2/>>. Acesso em 6 jun. 2023) Outros autores sustentam a mesma posição: “A cláusula arbitral, obrigatoriamente escrita, pode abranger quem não foi signatário. Isso ocorre em virtude de um consentimento tácito da pessoa em questão, o qual indica sua inequívoca adesão à cláusula. Esse tipo de consentimento (tácito) decorre de atos do sujeito os quais indicam a sua adesão ao contrato que contém a cláusula, ou que indicam a aceitação da obrigação de arbitrar.” (BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 118); “A aceitação da cláusula compromissória não deve, portanto, ser necessariamente demonstrado pela assinatura das partes. A prova da sua existência pode se dar, como no presente caso, por meio do exame da conduta das partes em todas as etapas da relação contratual, isto é, no momento da negociação, celebração e execução do contrato, ou, ainda, na própria arbitragem.” (WALD, Arnoldo; GALÍNDEZ, Valéria. Caso Trelleborg. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 10, p. 243-247, jul./set. 2006, p. 245); e “Uma vez escrita a cláusula, mantendo as características contratuais, sua confirmação, em regra, será igualmente grafada, e rotineiramente no próprio instrumento representativo do negócio jurídico realizado, embora a aceitação possa ser verbal, tácita ou presumida, em situações peculiares. Vale dizer: a cláusula compromissória pode ser reconhecida mesmo ausente a assinatura das partes, se as circunstâncias fáticas comprovarem a aceitação do pacto pelos contratantes.” (CAHALI, op. cit., 2022, *E-book*)

¹⁰⁴ É o que explica Anderson Schreiber: “A cláusula compromissória, no entanto, não deve ser considerada personalíssima, tendo em vista que a sua adequada execução independe de qualquer característica peculiar dos contratantes” (SCHREIBER, Anderson. Sub-rogação da seguradora na cláusula compromissória. **Consultor Jurídico**. 9 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/seguros-contemporaneos-subrogacao-seguradora-clausula-compromissoria>>. Acesso em: 6 jun. 2023.)

¹⁰⁵ A questão da natureza da cláusula compromissória é questão controversa, porém a jurisprudência do STJ e a doutrina majoritária se posicionam pela natureza híbrida. “Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 606.345/RS**. Relator: João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de julgamento: 17/5/2007, p. 5). Utilizando do mesmo julgado, Guerreiro expõe: “Não há como negar que a convenção de arbitragem tem a natureza de negócio jurídico processual, pois é nítido que o fim do acordo celebrado entre as partes é a solução de litígio, do modo estabelecido na convenção de arbitragem.” (GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 33.). Sustando a natureza material, Nanni afirma que: “ela é um pacto de direito material, em que a sua vertente processual surge em momento posterior, no âmbito de sua eficácia, fora, portanto, de sua natureza jurídica. Aliás, dependendo do caso concreto, se não é deflagrada nenhuma controvérsia, ela nem sequer se implementa” (NANNI, op. cit., 2014, p. 16-17)

¹⁰⁶ Clássica lição de Carreira Alvim sobre o tema: “[s]endo a cláusula compromissória um negócio jurídico distinto em relação ao contrato, ela confere ao contratante um direito próprio, embora acessório do próprio crédito (*accessorium sequitur principale*) (...) A cláusula compromissória se aplica aos compromitentes e, conseqüentemente, a quem assume a posição jurídica de um deles.” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral de arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 238-239)

Tal cláusula pode ser cheia, vazia, patológica ou escalonada. Definindo na ordem em que foram citadas, a primeira contém todos os elementos do Art. 5º da Lei de Arbitragem.¹⁰⁷ A segunda, “é aquela que não indica método ou critério para a nomeação de árbitros na hipótese de surgimento de litígio decorrente de determinada relação jurídica”.¹⁰⁸ A solução para tal cláusula é a celebração de compromisso arbitral, que pode ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, nos termos do Arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem.¹⁰⁹ As cláusulas patológicas são “as cláusulas arbitrais vazias (ou seja, aquelas que não disciplinam o modo de indicar o árbitro), as cláusulas arbitrais que indicam órgão arbitral inexistente, ou ainda as cláusulas arbitrais que apontam um mecanismo inoperante para a indicação do árbitro”.¹¹⁰ Por fim, “*escalonada* será a cláusula em que se estabeleçam dois ou mais meios de solução de conflitos dentre os diversos disponíveis a serem exercidos na forma e etapas ajustadas pelas partes.”¹¹¹

Um último ponto importante sobre arbitragem e basilar para o entendimento do problema de pesquisa é a possibilidade de socorro ao Poder Judiciário mediante requerimento de medidas acautelatórias de todas as naturezas, antes da formação do Tribunal Arbitral ou designação do árbitro único.¹¹² O Art. 22-A da Lei de Arbitragem utiliza a terminologia “medida cautelar ou de urgência”. Optou por um tratamento genérico, “uma vez que tutela de urgência é gênero do qual as tutelas cautelares são espécie, depreende-se do dispositivo que ele visa a tratar de tutelas pré-arbitrais, que possuem um cunho de urgência e provisoriedade”

¹⁰⁷ “Indicando as partes a instituição para administrar a arbitragem, nada mais será necessário prever, pois o regulamento da entidade certamente contém todas as regras e providências a serem adotadas pelas partes ao pretenderem instaurar a arbitragem diante do conflito decantado. Aliás, é comum a sugestão pelas próprias instituições de modelos de cláusula a serem incluídas nos contratos, inclusive disponibilizando a redação nos respectivos sites ou material de divulgação.” (CAHALI, op. cit., 2022, *E-book*) Nada impede, porém, das partes estabelecerem, desde logo, quantidade de árbitros, sede, lei aplicável, língua, entre outros aspectos (*Ibid.*, *E-book*.)

¹⁰⁸ CARMONA, op. cit., 2009, p. 112.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 112. CAHALI, op. cit., 2022, *E-book*.

¹¹⁰ CARMONA, 2009, op. cit., p. 112. Cahali apresenta alguns outros exemplos, sendo eles: “(...) dúvida quanto ao número de árbitros (v.g., será resolvida por arbitragem, através da nomeação de árbitro ou árbitros pelas partes); indicação do regulamento de uma instituição, porém para ser administrada por entidade diversa, com regras contrárias àquelas previstas, ou até mesmo para ser desenvolvida por árbitro único, impossibilitando a utilização de algumas previsões, cláusula compromissória que preveja procedimento diverso e contraditório ao da instituição escolhida etc., tudo sem contar com cláusulas que ponham em dúvida a própria opção das partes a este método de solução de conflito (v.g., as partes elegem o foro de São Paulo para as questões decorrentes do contrato a serem dirimidas por arbitragem judicial, ou, ainda, os conflitos serão resolvidos por arbitragem dos juizados especiais de pequenas causas).” (CAHALI, op. cit., 2022, *E-book*.)

¹¹¹ *Ibid.*, *E-book*, grifo do autor.

¹¹² BENETI, Ana Carolina. Art. 22-A. In: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (Coord.). **Lei de Arbitragem Comentada**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*.

¹¹³. A utilização deste recurso ao Poder Judiciário “não configuraria invalidação da vontade das partes de submeterem-se à arbitragem para a resolução do litígio”¹¹⁴. A análise está limitada a verificação dos requisitos necessários para sua eventual concessão da medida urgente, de maneira não exauriente.¹¹⁵

¹¹³ *Ibid.*, *E-book*.

¹¹⁴ *Ibid.*, *E-book*.

¹¹⁵ *Ibid.*, *E-book*.

3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PRÉ-ARBITRAL SEM REQUISITO DE URGÊNCIA: BREVE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS SOBRE A COMPETÊNCIA

Traçado toda uma base sobre o direito à prova, o instituto da produção antecipada, a busca por um efetivo acesso à justiça, bem com a utilização da arbitragem mediante a vontade das partes, passa-se a questão deste trabalho: qual seria o juízo competente para a produção antecipada de provas, amparada no Art. 381, II e III do CPC, quando defronte de contrato que contenha clausula compromissória?

Antes de adentrar a discussão em si, ressalta-se que a hipótese de estudo não se encontra delimitada pela Lei de Arbitragem. Há, como visto no último capítulo, tão somente previsão para medidas cautelares urgentes, o que a produção antecipada de provas fundada no inciso I do Art. 381 do CPC, se proposta, deverá observar.¹¹⁶ Assim, ressalta-se, o recorte é restrito apenas situações em que não há previsão expressa na convenção arbitral sobre como se dará a produção antecipada de provas — que *per se* implicaria na definição da competência —¹¹⁷ e hipóteses que não há requisito de urgência.

Nessa situação [em que as partes estipularam convenção de arbitragem sem tratar sobre a produção antecipada de provas e não há caráter de urgência] é que se encontra o verdadeiro desafio para definir a competência para a produção antecipada de prova. Trata-se de problema complexo, na medida em que é necessário buscar a

¹¹⁶ “Não há dúvidas de que existindo uma situação urgente, com o risco de perecimento de uma prova antes da instalação da arbitragem, é possível a propositura de ação judicial para a tutela da urgência, ressalvada a existência de regra sobre atuação de árbitro provisório ou de urgência. Nessa situação, a produção antecipada da prova observará a regra prevista no art. 22-A da Lei de Arbitragem, pois compete ao Poder Judiciário conhecer das medidas de urgentes prévias e até a constituição da arbitragem. O fato de a medida de urgência necessária ter um caráter probatório não afasta a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, para preservar a evidência que pode vir a se perder. (...)”

Não há razão para se supor que quando houver risco de perda de elementos materiais de prova e houver a necessidade de imediata asseguaração ou perpetuação de seu conteúdo não seria possível a utilização da via judicial. A tutela da urgência possui regras próprias, a indicar o recorte e a repartição de atividades e competências entre juízes e árbitros.” (LESSA NETO, João Luiz Lessa. A produção antecipada de provas em situações não urgentes, o poder judiciário e a convenção de arbitragem. *In*: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno (Org.). **Provas e Arbitragem**: teoria, cultura, dogmática e prática. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*.)

¹¹⁷ A interpretação da cláusula compromissória e verificação da competência depende da redação da cláusula. Se faz referência “à atribuição do árbitro para resolver quaisquer questões atinentes à relação jurídica existente entre as partes”, ela também abarcaria a produção antecipada de provas. Já se a cláusula “estabelece via arbitral como sede para dirimir eventuais conflitos entre as partes”, a produção antecipada de provas não estaria inclusa na renúncia à jurisdição estatal (ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e o juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.008, p. 23-40, out. 2019. p. 27)

real intenção das partes e, ao mesmo tempo, respeitar as normas fundamentais processuais.¹¹⁸

3.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A COMPETÊNCIA ARBITRAL

Para fins de organização, serão apresentados os seguintes argumentos: (3.1.1) a excepcional intervenção do Poder Judiciário; (3.1.2) decisão que abarcaria o mérito da produção probatória; (3.1.3) a legítima expectativa pelo uso da arbitragem e (3.1.4) economia processual.

3.1.1. Excepcional intervenção do Poder Judiciário

Em um primeiro momento, um dos argumentos utilizados para sustentar que a produção antecipada de provas, sem requisito de urgência, deve ser realizada na arbitragem é a excepcional intervenção do Poder Judiciário. Tal argumento é construído com base nos efeitos positivos e negativos da convenção arbitral e na ausência de previsão legal da Lei de Arbitragem sobre o tema.

Como visto no capítulo anterior, as partes optam pela arbitragem e excluem a jurisdição estatal através da convenção arbitral. Trata-se dos efeitos positivo e negativo.¹¹⁹ O primeiro se chama positivo:

por efetivamente agir sobre os pactuantes, compelindo-os à adoção do processo arbitral para dirimir seus conflitos, conforme tinham anteriormente pactuado. Logicamente, o efeito positivo só se dá nos limites e na extensão da convenção de arbitragem.¹²⁰

O segundo, decorrência lógica, “impede que o Judiciário conheça das matérias submetidas à arbitragem”, em outras palavras: o Judiciário não pode julgar aquelas situações que estão no limite do que foi contratado, com exceção de hipóteses pré-arbitral que tenham caráter de urgência.¹²¹

¹¹⁸ MEIRELES, Carolina Costa. Produção antecipada de prova e arbitragem: uma análise sobre competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, p. 451-478, maio 2020. p. 454.

¹¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 120

¹²⁰ LESSA NETO, op. cit., 2023, *E-book*.

¹²¹ *Ibid.*, *E-book*. Na mesma toada: “[o] efeito negativo conduz à abstenção do Poder Judiciário para julgar qualquer causa que recaia nos limites objetivos da convenção de arbitragem. A eficácia positiva, por outro lado, confere efetividade à cláusula, na medida em que vincula as partes a submeter seus litígios ao juízo arbitral.” (MEIRELES, op. cit., 2020, p. 456)

A intervenção do Poder Judiciário teria três funções, segundo Cario Cesa Rocha:

(1) garantir coercitivamente a efetivação das decisões arbitrais; (2) assegurar a instauração do processo arbitral em caso de resistência não motivada e, (3) controlar a regularidade formal do desenvolvimento do processo arbitral, com observância do princípio do devido processo legal.¹²²

Essa intervenção só se daria quando prevista em lei e no contrato pelas partes,¹²³ essa última sem importância para o objeto desse estudo, conforme já salientado. A grande excepcionalidade tem a finalidade de garantir o bom funcionamento da arbitragem.¹²⁴ Nesse sentido, sustenta-se a interpretação literal e taxativa da Lei de Arbitragem:

[c]om efeito, as hipóteses de cooperação entre juízes e árbitros são restritas e resumem-se a: (i) execução específica da cláusula compromissória (art. 7º da LBA); (ii) fixação de honorários dos árbitros (art. 11 § único da LBA); (iii) nomeação dos árbitros (arts. 13 §2º e 16 §2º da LBA); (iv) concessão e efetivação de medidas de urgência (arts. 22-A e 22-C da LBA); (v) execução de sentença arbitral nacional (art. 31 da LBA); (vi) anulação de sentença arbitral (art. 33 da LBA); e (vii) reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira (art. 34 da LBA). Nota-se que não há previsão legal para que se permita a produção antecipada de prova perante o Poder Judiciário se não há perigo de dano.¹²⁵

É justamente como base nessa premissa que o Superior Tribunal de Justiça, diante dessa discussão, recentemente se posicionou:

[a]usente esta situação de urgência, **única capaz de autorizar a atuação provisória da Justiça estatal em cooperação, nos termos do art. 22-A da Lei de Arbitragem**, toda e qualquer pretensão – até mesmo a relacionada ao direito autônomo à prova, instrumentalizada pela ação de produção antecipada de provas, fundada nos incisos II e II do art. 381 do CPC/2015 – deve ser submetida ao Tribunal arbitral, segundo a vontade externada pelas partes contratantes.¹²⁶

¹²² ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 289.

¹²³ HIRSCHHEIMER, op. cit., 2020, p. 25.

¹²⁴ “O bom funcionamento da arbitragem passa primordialmente pelo estabelecimento de limites claros às intervenções do juiz estatal no curso do procedimento arbitral. A esse respeito, é necessário esclarecer que, se por um lado não se questiona o caráter essencial da participação do juiz togado [...], na qualidade de verdadeiro ‘juge d’appui’ (...), por outro lado, não é admissível que a assistência ganhe contornos de intervencionismo nefasto”. (GONÇALVES, Eduardo Damião. Breves considerações sobre as relações do Poder Judiciário com a Arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estaduais na fase de constituição do tribunal arbitral). *In*: MARTINS, Pedro Antônio Batista. GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTr, 2002, p. 212.)

¹²⁵ MARQUES, Lilian Patrus. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e convenção de arbitragem. **Jota**, 08 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/antecipacao-da-prova-sem-o-requisito-da-urgencia-e-convencao-de-arbitragem-08072019>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

¹²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.023.615/SP**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Órgão Julgador: 3ª Turma. Data de julgamento: 14/3/2023. p. 28, grifos do autor.

Ou seja, não sendo os casos em que o texto legal autoriza a cooperação entre os juízos — em especial para o presente trabalho, a urgência — a controvérsia se desenvolverá no âmbito arbitral.¹²⁷ “Isso decorre da necessidade de se preservar a integridade da arbitragem e é consequência do princípio *favor arbitrandum*, segundo o qual as dúvidas relativas às questões arbitráveis devem ser solucionadas em favor da arbitragem”.¹²⁸ Tal princípio tem respaldo na boa-fé, “na medida em que, ao firmar a convenção de arbitragem, presume-se que as partes desejavam que todos os conflitos daquela relação jurídica fossem submetidos à arbitragem”.¹²⁹

Deste modo, de maneira a respeitar os efeitos da convenção arbitral e a vontade das partes, a interferência do Estado-juiz deve ser excepcional.¹³⁰ Dada a ausência de autorização legal, não há motivo que justifique tal intervenção.¹³¹

3.1.2. Decisão que abarcaria o mérito da produção probatória

Outro argumento de possível manejo é o exercício da atividade jurisdicional na ação probatória. Em última análise, tal argumento decorre do último apresentado, qual seja, uma intervenção mínima do Poder Judiciário.

O pronunciamento sobre a existência ou não do direito à prova constituiria uma decisão que abarcaria o próprio mérito da produção antecipada de prova, fazendo coisa julgada. Eventual entendimento que a parte não possui direito a produzir a prova requerida vincula o

¹²⁷ Tucci analisa que: “a orientação que prevalece no Tribunal de Justiça de São Paulo firma-se no sentido de reconhecer o cabimento da ação de produção antecipada de provas perante o Poder Judiciário, a despeito da existência de cláusula compromissória, sendo prescindível o requisito de urgência, pois tal medida não se confunde com a cautelar pré-arbitral do artigo 22-A da Lei de Arbitragem.”. Ao final opina que: “considerando a divergência da orientação pretoriana acerca desta questão, prevalece, no meu entender, a tese de que o processamento da ação de produção antecipada da prova, de conformidade com a regra do artigo 381, incisos II e III, do Código de Processo Civil, sem o requisito da urgência, é da competência da jurisdição arbitral.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Arbitragem e produção antecipada de prova sem urgência, **Consultor Jurídico**. 16 jun. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-16/paradoxo-corte-arbitragem-producao-antecipada-prova-urgencia2>>. Acesso em 16 jun. 2023.)

¹²⁸ MEIRELES, op. cit., 2020, p. 456.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 456.

¹³⁰ “Inicialmente, há de se afastar do Judiciário, por regra, a produção antecipada de prova sem o requisito da urgência, pelas razões já expostas: embora tal pleito antecipatório (da prova) seja salutar para as partes e para o processo, o mesmo não pode ser dito quanto à excepcional intervenção do Judiciário. Aqui, a urgência é, em regra, indispensável, devendo as partes, em outras hipóteses, partir para a via por elas próprias eleitas: arbitragem. (YARSHELL, Flávio Luiz; MEJIAS, Lucas Britto. Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.1219/2015. *In*: CAHALI, Francisco José. RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre (Org.). **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90, *E-book*).

¹³¹ MEIRELES, op. cit., 2020, p. 456.

juízo da causa principal a ser instaurada. Demais disso, o juízo da produção antecipada de provas atesta a validade da prova, não podendo ser novamente produzida sob o fundamento da invalidade. Nítida a atividade jurisdicional, ainda que não tratando das questões materiais, e consequente formação da coisa julgada. Ela vincularia o juízo da causa principal, na medida que, de alguma maneira, atinge a condução do procedimento a ser instaurado.¹³²

Destaca-se, não se desconhece que, de fato, não há decisão sobre o direito material (1.3). O cerne da questão é que a escolha pela jurisdição arbitral abarca não só questões de direito material, mas também processuais.¹³³ Para sustentar tal ponto, Meireles apresenta uma comparação com o princípio da competência-competência:

[a] produção da prova, neste ponto, aproxima-se da decisão acerca da competência. Não há dúvidas de que é o tribunal arbitral que possui competência para decidir sobre sua própria competência. Trata-se de aplicação da regra da competência-competência, norma decorrente dos arts. 8º e 20, §2º, da Lei de Arbitragem e art. 485, VII, CPC, amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência no direito brasileiro. Veja-se que decidir sobre a competência não é uma decisão de direito material, mas, ainda assim, o árbitro é competente para fazê-lo. É que toda tutela jurisdicional pretendida pelas partes se transfere para o juízo arbitral com a convenção de arbitragem.¹³⁴

3.1.3. Legítima expectativa pelo uso da arbitragem

A legítima expectativa das partes e consequente interpretação que privilegia a boa-fé é um argumento relativamente genérico que, de certo modo, já foi aventado ao longo do já exposto. De maneira simples:

ao firmar uma convenção de arbitragem, cria-se uma legítima expectativa de que qualquer questão processual será resolvida pela arbitragem. Não é razoável pensar

¹³² *Ibid.*, p. 459.

¹³³ *Ibid.*, p. 459. “Ainda que autônoma em relação ao direito material, a produção antecipada de provas não pode ser dele totalmente descolada, dado seu caráter instrumental, devendo, portanto, ser incluída dentro dos limites objetivos da cláusula arbitral. Assim, cabe ao juízo arbitral processar eventual produção antecipada de provas sem requisito de urgência, salvo se existir previsão expressa na cláusula em sentido contrário” (ROSSINI, Igor Bimkowski. **Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário**: breves considerações sobre a competência para sua produção. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod_resource/content/0/ROSSONI%2C%20Igor%20-%20P%20rodu%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%Aancia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf> Acesso em: 7 jun. 2023.) Ainda nesse sentido, Francisco Müssnich e Marcela Travassos defendem que: “salvo exceção que conste expressamente na cláusula compromissória, a renúncia à jurisdição estatal abrange todas as questões que possam se inferir dos limites objetivos da arbitralidade da controvérsia”. (MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. Medidas liminares em arbitragem e sociedades limitadas. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. (Org.). **Processo Societário**. v. 1. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 242).

¹³⁴ MEIRELES, op. cit., 2020, p. 459.

que a competência do árbitro se limite à decisão da questão fundo – o direito material discutido.¹³⁵

3.1.4. Economia processual

Um último argumento é a economia processual. A situação é simples: “[n]o caso do árbitro, na ‘demanda principal’, entender pela invalidade da prova, a mesma prova seria produzida duas vezes, implicando duplicidade da mesma atividade jurisdicional”.¹³⁶ Tal situação demonstra o risco da utilização da produção antecipada de provas para ajuizamento de uma ação principal. A prova eventualmente produzida fica à mercê de uma repetição.¹³⁷

A onerosidade do procedimento arbitral é afastada. Através de uma análise econômica do Direito, focada em três perspectivas, quais sejam, tempo, especialização e custo, verifica-se que a arbitragem é ágil e célere no processamento — inclusive com a faculdade de agendar prazo para finalização —, é mais especializada devido a escolha dos árbitros com expertise para tanto e seu custo está diretamente atrelado ao tempo, que “[s]e se levar em consideração o tempo como fator que eleva os custos, é difícil afirmar quanto verdadeiramente custa um processo no Poder Judiciário”.¹³⁸

3.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO JUÍZO ESTATAL

¹³⁵ MEIRELES, op. cit., 2020, p. 471.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 471.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 471.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 473. Cita-se a título de exemplo: “[a]o olhar para o processo judicial, torna-se necessário avaliá-lo a partir de três perspectivas distintas: tempo, especialização e custo. O tempo para a resolução do conflito perante a jurisdição estatal é imprevisível, tendo em vista a lentidão judicial (que é consequência de diversos fatores, entre eles, a falta de estrutura e a realidade do judiciário brasileiro abarrotado de demandas) e o regime processual de diversos recursos às instâncias superiores.

Outro fator que interfere diretamente no tempo da demanda, prolongando-o, é a especialização, uma vez que os juízes são generalistas e, quanto mais complexo o caso, mais dificuldade o judiciário terá para julgá-lo, acarretando a demora de seu julgamento.

A última perspectiva diz respeito aos custos da ação judicial, que não concerne somente às custas, mas também ao tempo da não decisão, honorários dos advogados, dos peritos... qual é, portanto, o custo efetivo de uma ação judicial?” (DIAS, Jean Carlos. VIEIRA, Débora da Silva. O problema da competência-competência no Código de Processo Civil Brasileiro aos olhos da análise econômica do Direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 293, p. 383-404, jul. 2019.); “[c]om efeito, se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, em razão da *agilidade* com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infundáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infra-estrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez. (...)

A possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da *especialização* dos árbitros, também pode representar economia para as partes. Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham familiaridade com a matéria objeto da controvérsia”. (PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. SALAMA, Bruno Meyerhof. Economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 15-27, jan./jun. 2008, p. 19-20, grifos dos autores).

Em sentido contrário ao que foi apresentado acima, serão apresentados sete argumentos pela produção antecipada de provas pelo Poder Judiciário, sendo eles: (3.2.1) a ausência de pronunciamento do Juiz; bem como (3.2.2) a ausência de juridicidade da produção antecipada de provas; (3.2.3) a necessária interpretação restritiva do compromisso arbitral; (3.2.4) o caráter dúplice da produção antecipada de provas; (3.2.5) seu escopo; (3.2.6) a eficiência processual; (3.2.7) a ausência de vinculação do árbitro ao resultado e (3.2.8) a necessidade de medidas restritivas.

3.2.1. Ausência de pronunciamento do juiz

De maneira objetiva, o primeiro argumento favorável à competência do juízo estatal para a produção antecipada de provas pré arbitral, sem requisito de urgência, decorre do próprio texto legal e, por conseguinte, de uma característica do instituto. O Art. 382, §2º, do CPC estabelece que o juiz não se pronuncia sobre a (in)ocorrência de fato e suas respectivas consequências jurídicas. Não haveria, por tanto, decisão valorativa.

Na mesma linha das características já salientadas (1.3) e em posição diametralmente oposta ao tratado acima (3.1.2), argumenta-se que “não há decisão sobre o litígio nem certificação do direito abrangido pela convenção de arbitragem”,¹³⁹ motivo pelo qual é plenamente possível a produção antecipada de provas no Poder Judiciário.

3.2.2. Ausência de juridicidade da produção antecipada de provas

Outro argumento favorável está relacionado ao caráter não contencioso da ação probatória. José Victor Zakia e Gabriel Visconti se utilizam da definição tríplice de jurisdição, qual seja, poder, função e atividade,¹⁴⁰ de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini

¹³⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 752. No mesmo sentido, “a cognição exercida no âmbito da produção antecipada de provas não inclui qualquer análise sobre o conteúdo do material probatório obtido e, menos ainda, sobre o mérito de eventual ação que vise solucionar conflitos existentes entre as partes” (ALVIM, GUEDES, 2019, op. cit., p. 28); e “não há vencido e vencedores, tampouco a formação de coisa julgada.” (MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 291, p. 427-466, maio 2019. p. 431.)

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149. Poder seria “manifestação do poder estatal conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões” (*Ibid.*, p. 149); função “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais mediante a realização

Grinover e Antonio Carlos Cintra. Nela, ausente um dos elementos, ausente a juridicidade do processo.

No caso da produção antecipada de provas, a função estaria ausente.¹⁴¹ A restrição a defesa e recurso e a limitação ao pronunciamento da questão posta são fatores que a afastam, pois, a independência de pretensão resistida dispensaria garantias processuais mínimas. “[A] ação autônoma de produção de prova não tem como função a pacificação social, o que poderia, em tese, descaracterizá-la como exercício da função jurisdicional do julgador”¹⁴²

Desse modo, sem pretensão jurisdicional na produção antecipada de provas — função que é exercida pelos árbitros —, eventual cláusula compromissória não atrairia a competência ao juízo arbitral.¹⁴³

3.2.3. Necessária interpretação restritiva do compromisso arbitral

É possível argumentar, conforme Arthur Arsuffi, em contraponto ao argumento levantado anteriormente (3.1.1), que na verdade a jurisdição arbitral que é a excepcional e que a regra é a estatal. Somente constando expressamente na convenção arbitral que seria possível outra interpretação,¹⁴⁴ na medida em que “o compromisso arbitral deve ser interpretado de forma restritiva”.¹⁴⁵

3.2.4. Caráter dúplice da produção antecipada de provas

do direito justo e através do processo” (*Ibid.*, p. 149) e atividade “constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo. Malheiros, 2016, p. 440.

¹⁴¹ ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 59, p. 195-211, out./dez. 2018, p. 201-202.

¹⁴² ZAKIA; VISCONTI, 2018, op.cit., p. 202.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 203.

¹⁴⁴ “É preciso considerar, também que é regra é que os conflitos solucionados pelo poder Judiciário, o que possui jurisdição geral; de outro lado, a competência do árbitro é excepcional, só existindo por meio de um contrato específico e nos limites nele estabelecidos” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. **Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo**. 2018. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p 165). João Luiz Lessa Neto explica: “Arthur Arsuffi entende que a jurisdição arbitral é excepcional e que apenas a partir de uma previsão específica da convenção de arbitragem seria possível uma interpretação que exclua a atuação do Poder Judiciário. Isso significa dizer que, ausente regra específica, a produção autônoma de provas não se enquadraria na jurisdição do árbitro.” (LESSA NETO, op. cit., 2023, *E-book*)

¹⁴⁵ ARSUFFI, op. cit., 2018, p. 167.

A possibilidade da produção antecipada de provas “beneficiar tanto o requerente quanto o requerido”, sem saber ao certo a quem irá favorecer constitui o caráter dúplice da produção antecipada de provas.¹⁴⁶ “[N]ão existe prejuízo para qualquer das partes e não há que se falar em desequilíbrio, desigualdade ou ausência de paridade de armas”. Desse modo, não haveria empecilhos para a produção de provas no âmbito do Poder Judiciário.¹⁴⁷

3.2.5. Escopo da produção antecipada de provas

O amplo escopo da produção antecipada de provas seria um fator que autorizaria a sua produção na jurisdição estatal. Seja pela extrapolação da relação jurídica,¹⁴⁸ seja por ter um escopo maior do que objeto da convenção de arbitragem,¹⁴⁹ tal argumentação seria suficiente, segundo alguns autores, para tornar o Poder Judiciário competente para a produção probatória.

3.2.6. Eficiência processual

Sob o semelhante perspectiva (3.1.4), porém com um outro enfoque, a eficiência processual também pode ser suscitada com vista a estabelecer o juízo estatal como competente para verificar a produção antecipada de provas sem requisito de urgência. A questão é extremamente singela: “a medida é fundamental para reduzir custos” e “pode ser um importante elemento de pacificação social ou, na pior das hipóteses, de racionalização da prestação jurisdicional, otimizando e maximizando a eficiência processual”.¹⁵⁰

3.2.7. Ausência de vinculação do árbitro ao resultado

¹⁴⁶ MAZZOLA; TORRES, op. cit., 2017.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ “a ação de produção antecipada da prova sem o requisito da urgência tem como objeto uma relação jurídica diversa daquela que envolve a declaração do direito material em determinado caso concreto. Trata-se de uma segunda relação jurídica, cujo protagonista é a obtenção autônoma da prova” (ARSUFFI, op. cit., 2018, p. 167). No mesmo sentido: “os fatos a serem provados extrapolem a relação jurídica para a qual se previu a arbitragem” (ALVIM; GUEDES, op. cit., 2019, p. 28)

¹⁴⁹ “pode ter um escopo maior do que aquele objeto da convenção arbitral e envolver outras pessoas interessadas” (MAZZOLA; TORRES, op. cit., 2017)

¹⁵⁰ *Ibid.* Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem que a utilização da via arbitral apenas para fiscalizar a produção da prova é medida demasiadamente onerosa. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 171.)

Já ressaltado ao longo do trabalho, o arbitro não está vinculado à prova produzida no Juízo estatal. Há possibilidade de “determinar novamente a sua realização se assim entender”, conforme autorizado pela própria Lei de Arbitragem, em seu Art. 22.¹⁵¹ Assim, não há “qualquer prejuízo para eventual e posterior julgamento da questão de direito material perante o juízo arbitral”.¹⁵²

3.2.8. Necessidade de medidas coercitivas

Desprende-se da posição intermediária de Eduardo Talamini,¹⁵³ um outro argumento para a utilização da produção antecipada de provas no Poder Judiciário: a necessidade de utilização de medidas coercitivas. Como as referidas medidas só podem ser determinadas pelo juízo estatal, a não colaboração e a resistência à produção ensejam a produção no Judiciário.¹⁵⁴

¹⁵¹ MAZZOLA; TORRES, op. cit., 2017.

¹⁵² ARSUFFI, op. cit., 2018, p. 167.

¹⁵³ Eduardo Talamini entende que a urgência é necessária, conforme trecho “não havendo urgência que impedisse aguardar-se o início da arbitragem, a produção antecipada da prova para fins não cautelares normalmente deveria ser feita em processo arbitral específico para tal fim” (TALAMINI, op. cit., 2016, p. 81). No entanto, apresenta que três hipóteses atípicas para a produção antecipada de provas no Poder Judiciário. A seria para verificação do objeto da demanda em si, inclusive para fins de delimitação da convenção arbitral: “própria produção da prova permitirá ao requerente definir os exatos contornos de sua pretensão, inclusive para saber se ela está efetivamente abrangida pela convenção arbitral” (*Ibid.*, p. 81). A segunda pela necessidade de medidas coercitivas para efetivação, acima tratada. A terceira e última seria a produção de prova “extremamente singela e de curta duração (por exemplo, ouvida de uma única testemunha)” (*Ibid.*, p. 81)

¹⁵⁴ “haverá negativa de colaboração ou resistência à produção probatória, de modo a exigirem-se medidas coercitivas que apenas poderiam ser determinadas, em qualquer caso, pelo juiz estatal” (*Ibid.*, p. 80)

CONCLUSÃO

A ampliação da utilização da produção antecipada de provas gerou questionamentos sobre sua competência em casos em que não há requisito de urgência e as partes optaram pela arbitragem para resolver seus conflitos.

Os argumentos favoráveis à competência arbitral se concentram no instituto da arbitragem em si. Eles abordam (3.1.1) a excepcional intervenção do Poder Judiciário, (3.1.2) a decisão abrangendo o mérito da produção probatória, e (3.1.3) a existência de uma legítima expectativa na escolha da arbitragem, além da (3.1.4) economia processual proporcionada pelo procedimento arbitral.

Por outro lado, os argumentos favoráveis à competência estatal tratam principalmente das características da produção antecipada de provas. Eles mencionam (3.2.1) a ausência de pronunciamento do juiz, (3.2.2) a falta de juridicidade, (3.2.3) a interpretação restritiva do compromisso arbitral, (3.2.4) o caráter dúplice e (3.2.5) o escopo da produção probatória, a eficiência processual (3.2.6), (3.2.7) a ausência de vinculação do árbitro ao resultado e (3.2.8) a necessidade de medidas coercitivas determinadas apenas pelo juízo estatal.

Conclui-se que compreender os argumentos a favor e contra cada um dos juízos em relação à competência da produção antecipada de provas pré-arbitral, sem o requisito de urgência, é necessário para entender tanto a ação em si quanto as características do procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v.3, p. 135-164, 2013. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79/43>. Acesso em: 27 maio 2023.

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção grandes temas do Novo CPC: Direito probatório**. v. 5. 1. ed. Salvador, JusPodivm, 2015.

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e o juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.008, p. 23-40, out. 2019.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral de arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo**. 2018. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BENETI, Ana Carolina. Art. 22-A. *In*: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (Coord.). **Lei de Arbitragem Comentada**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.023.615/SP**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Órgão Julgador: 3ª Turma. Data de julgamento: 14/3/2023.

_____. **Recurso Especial nº 606.345/RS**. Relator: João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de julgamento: 17/5/2007.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção grandes temas do Novo CPC: Direito probatório**. v. 5. 1. ed. Salvador, JusPodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2023. *E-book*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

_____. *Reflexiones sobre el rol de los estudios procesales*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 64, p. 145-157, out./dez. 1991.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro**. 2017. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

DIAS, Jean Carlos. VIEIRA, Débora da Silva. O problema da competência-competência no Código de Processo Civil Brasileiro aos olhos da análise econômica do Direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 293, p. 383-404, jul. 2019.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; _____. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

GOMES NETO, José Mário Wanderley Gomes. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. 2003. 84 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. Breves considerações sobre as relações do Poder Judiciário com a Arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estaduais na fase de constituição do tribunal arbitral). *In*: MARTINS, Pedro Antônio Batista. GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTr, 2002.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

HIRSCHHEIMER, Priscila. **Produção antecipada de prova pré-arbitral sem o requisito da urgência**: uma discussão sobre o direito autônomo à prova. 2020. 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, 2020.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LESSA NETO, João Luiz Lessa. A produção antecipada de provas em situações não urgentes, o poder judiciário e a convenção de arbitragem. *In*: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno (Org.). **Provas e Arbitragem**: teoria, cultura, dogmática e prática. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*.

MARQUES, Lilian Patrus. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e convenção de arbitragem. **Jota**, 08 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/antecipacao-da-prova-sem-o-requisito-da-urgencia-e-convencao-de-arbitragem-08072019>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

MARTINS, Pedro Batista. **Capacidade, consenso e intervenção de terceiros**: uma sobrevida. Disponível em: <<http://batistamartins.com/arbitragem-capacidade-consenso-e-intervencao-de-terceiros-uma-sobrevida-2/>>. Acesso em 6 jun. 2023.

MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 291, p. 427-466, maio 2019.

_____; TORRES, Rodrigo de Assis. A produção antecipada de prova no Judiciário viola a competência do árbitro?. **Migalhas**, 20 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/269294/a-producao-antecipada-de-prova-no-judiciario-viola-o-juizo-arbitral-e-a-competencia-do-arbitro>>. Acesso em: 27 maio 2023.

MEIRELES, Carolina Costa. Produção antecipada de prova e arbitragem: uma análise sobre

competência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 303, p. 451-478, maio 2020.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. Medidas liminares em arbitragem e sociedades limitadas. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. (Org.). **Processo Societário**. v. 1. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Thiago Marinho. Revisitando a confidencialidade da arbitragem. **Migalhas**. 27 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragemlegal/%20344369/revi-sitando-a-confidencialidade-na-arbitragem>>. Acesso em: 6 jun. 2023.

PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). **Direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. SALAMA, Bruno Meyerhof. Economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 15-27, jan./jun. 2008.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 224, n. 9331, p. 41-61, out. 2013.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROSSINI, Igor Bimkowski. **Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário**: breves considerações sobre a competência para sua produção. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod_resource/content/0/ROSSONI%2C%20Igor%20-%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%Aancia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf> Acesso em: 7 jun. 2023.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SCHREIBER, Anderson. Sub-rogação da seguradora na cláusula compromissória. **Consultor Jurídico**. 9 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/seguros-contemporaneos-sub-rogacao-seguradora-clausula-compromissoria>>. Acesso em: 6 jun. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de processo**, São Paulo, v. 260, p. 75-101, out. 2016.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

TIBURCIO, Carmen. Art. 1º. *In*: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (coord.). **Lei de Arbitragem Comentada**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Arbitragem e produção antecipada de prova sem urgência, **Consultor Jurídico**. 16 jun. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-16/paradoxo-corte-arbitragem-producao-antecipada-prova-urgencia2>>. Acesso em 16 jun. 2023.

_____. Inconstitucionalidade do sigilo de processo judicial sobre arbitragem, **Consultor Jurídico**. 13 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/paradoxo-corte-inconstitucionalidade-sigilo-processo-judicial-arbitragem>>. Acesso em 6 jun. 2023.

WALD, Arnoldo; GALÍNDEZ, Valéria. Caso Trelleborg. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 10, p. 243-247, jul./set. 2006.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. 2008. 468 f. Tese de titularidade (Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. Da produção antecipada da prova. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). **Breves comentários do código de processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MEJIAS, Lucas Britto. Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.1219/2015. *In*: CAHALI, Francisco José. RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre (Org.). **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015, São Paulo: Saraiva, 2016, *E-book*.

ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 59, p. 195-211, out./dez. 2018.