

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM:
UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA**

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM:
UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

RESUMO

O presente trabalho monográfico teve por objetivo analisar a competência da produção antecipada de prova quando a relação jurídica se encontra no escopo objetivo de uma convenção de arbitragem. Para tanto, foram examinados alguns aspectos relativos à teoria geral da prova e, posteriormente, procedeu-se à análise de diversas questões da produção antecipada de prova, que sofreu mudanças substanciais com a vigência do novo Código de Processo Civil. Em seguida, foi estudada as regras de interpretação da convenção de arbitragem. Por fim, para que fosse determinada a competência para o processamento da produção antecipada de prova, foram examinadas cinco situações distintas e, a partir disso, foram propostas diretivas para serem usadas como guia na determinação da competência em cada caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA GERAL DA PROVA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM. CONVENÇÃO ARBITRAL.

ABSTRACT

The present work aimed to analyze the jurisdiction for the early production of evidence procedure when the legal relationship is within the objective limits of the arbitration agreement. To do so, it was examined some aspects in relation to the general theory of evidence and then various issues concerning the early production of evidence, which was undergone substantial changes with the new Code of Civil Procedure. Latter, it was studied the rules of interpretation of the arbitration agreement. At least, to determine the jurisdiction of the early production of evidence, it was analyzed five different situations and, in doing so, it was proposed guidelines to be used as a north in the determination of the jurisdiction in each individual case.

KEYWORDS: GENERAL THEORY OF EVIDENCE. EARLY PRODUCTION OF EVIDENCE. JURISDICTION. ARBITRATION. ARBITRATION AGREEMENT.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	7
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO PROBATÓRIO	8
2.1. FINALIDADE E DESTINATÁRIO DA PROVA	8
2.2. DIREITO AUTÔNOMO À PROVA.....	13
3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA	16
3.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	16
3.2. NATUREZA JURÍDICA.....	17
3.3. OBJETO	19
3.4. HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	20
3.4.1. Generalidades.....	20
3.4.2. O Inciso I do art. 381	21
3.4.3. O Inciso II do art. 381.....	22
3.4.4. O Inciso III do art. 381	23
3.4.5. Ação de Exibição de Documento	24
3.5. COMPETÊNCIA	25
3.6. DEFESA.....	28
3.7. RECURSO.....	29
3.8. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.....	31
3.9. SENTENÇA	33
4. REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	35
4.1. A REAL VONTADE DAS PARTES (ART. 112, CÓDIGO CIVIL)	35
4.2. A INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA E A EFICÁCIA DA NORMA EXTRAÍVEL DO ART. 114, CÓDIGO CIVIL	37
4.3. A BOA-FÉ OBJETIVA COMO VETOR INTERPRETATIVO	38
5. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E O JUÍZO ARBITRAL	40
5.1. PREVISÃO EXPRESSA NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ACERCA DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR O PROCEDIMENTO ANTECIPADO DE PROVA.....	40
5.2. O PROCEDIMENTO ANTECIPADO DE PROVA QUANDO HÁ TRIBUNAL ARBITRAL INSTITUÍDO	41
5.3. A OMISSÃO NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O PROCEDIMENTO ANTECIPADO DE PROVA FUNDADO EM URGÊNCIA	43

5.4. A OMISSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FUNDADA NAS HIPÓTESES QUE DISPENSAM A URGÊNCIA	44
5.4.1. Interpretação da Convenção de Arbitragem.....	45
5.4.1.1. Aspectos Gerais.....	45
5.4.1.2. Um exemplo concreto.....	46
5.4.2. Em Princípio, a Competência será do Juízo Arbitral	47
5.4.2.1. A intervenção excepcional do Poder Judiciário	47
5.4.2.2. A Ausência de Poder Executório	49
5.4.2.3. O problema do contraditório.....	50
5.4.2.4. A ausência de pronunciamento judicial na produção antecipada de prova.....	52
5.4.2.5. Outra premissa, mesma conclusão	56
5.5. A EFICIÊNCIA PROCESSUAL.....	57
5.5.1. A Condução Probatória: Poder Exclusivo do Árbitro?	57
5.5.2. A Competência da Produção Antecipada de Prova sob a Ótica da Eficiência Processual.....	59
5.6. A EXISTÊNCIA DE TERCEIROS INTERESSADOS	62
5.7. DIRETRIZES CONSOLIDADAS	63
6. CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

1. INTRODUÇÃO

O direito está em constante transformação. Mais especificamente, o direito processual brasileiro está vivendo um momento de mudanças e reflexões na tentativa de se alcançar um sistema processual coerente, moderno e que procura viabilizar uma tutela jurisdicional cada vez mais efetiva. Esse movimento, marcado pela edição do Código de Processo Civil de 2015 – Lei n.13.105/2015, é resultado do anseio da comunidade jurídica de se ter um processo cooperativo, que acompanha a realidade, o que já não era mais possível sob a vigência do diploma revogado.

Essas ideias trouxeram uma série de inovações em todos os campos do processo civil. Entre elas, tem-se a produção antecipada de prova, que se transformou em um processo autônomo e independente. Mesmo após quatro anos de vigência do Código, a academia parece ainda não ter dado a devida importância ao instituto: muito embora existam diversos artigos científicos sobre o assunto, não há quantidade satisfatória de trabalhos monográficos sobre o tema.

As novas possibilidades de cabimento do procedimento de prova antecipada têm a potencialidade de garantir um processo mais eficaz, colaborativo e justo. Não apenas isso: trata-se de um reconhecimento de que as partes também são protagonistas do processo, abandonando a ideia de que a prova serve apenas ao juiz.

Aliado a isso, tratar-se-á de alguns aspectos de um dos temas mais clássicos do direito processual, mas, ao mesmo tempo, dos mais atuais: o direito probatório. Foi a partir de reflexões acerca do direito probatório, notadamente relativas à finalidade da prova e ao direito à prova, que surgiu o procedimento de prova antecipada tal qual previsto no Código de Processo Civil de 2015.

Por outro lado, tem-se a arbitragem: em que pese seja um instituto extremamente antigo, ganhou força no Brasil apenas em 1996 com a edição da Lei n. 9.307 – a Lei de Arbitragem – e, posteriormente, com a declaração pelo STF de sua constitucionalidade.

O presente trabalho, no entanto, surge de uma lacuna doutrinária – daí sua importância. Muito embora seja possível encontrar alguns escritos, o tema ainda é pouco explorado.

O objetivo do presente trabalho, então, é analisar a competência para processar o procedimento antecipado de prova relacionado a uma relação jurídica abarcada por uma convenção de arbitragem. Este é o foco do trabalho, mas, para alcançá-lo, será necessário examinar aspectos do direito probatório, questões acerca do procedimento antecipado de prova e diversos pontos sobre a arbitragem, bem como a produção de provas na justiça privada e a convenção de arbitragem.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO PROBATÓRIO

Para que seja feito o estudo acerca do procedimento de produção antecipada de prova, é necessário, preliminarmente, que sejam estabelecidos alguns pressupostos e que sejam analisados alguns conceitos inerentes à teoria geral da prova. Portanto, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, este capítulo se dedica ao estudo da parte geral do direito probatório.

2.1. FINALIDADE E DESTINATÁRIO DA PROVA

Podem-se encontrar, na doutrina, inúmeras teorias sobre a finalidade da prova. No entanto, é possível resumi-las em três¹: 1) aquela que sustenta que o fim da prova é estabelecer a verdade; 2) aquela que entende que é fixar os fatos postos no processo; 3) por fim, a que entende que a sua finalidade é buscar o convencimento do juiz, dando-lhe a certeza necessária para sua decisão.

Não tem razão a primeira teoria, na medida em que é impossível alcançar ou de difícil alcance a verdade real. A natural limitação do ser humano não permite que se tenha absoluta certeza de fatos passados. Além disso, a valoração da prova está intimamente ligada ao aspecto subjetivo daquele que a analisa, de modo que, com as mesmas provas, duas pessoas podem chegar a conclusões distintas.

A segunda teoria (fixar os fatos postos no processo), por sua vez, está diretamente relacionada ao sistema legal de provas, no qual a valoração de cada uma é pré-definida pelo legislador, limitando a atividade do juiz². Diante da impossibilidade de se alcançar a verdade real no processo, cria-se, por lei, “*um mecanismo de fixação formal dos fatos processuais*”³. Cabe ao juiz, portanto, apenas a constatação da existência da prova e aplicar o valor estabelecido em lei.

Não é, no entanto, o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro, como se verá adiante. Sob a vigência do Código de 1973, o processo brasileiro, com exceção do tribunal do júri, adotou o sistema do convencimento motivado, por meio do qual o julgador podia apreciar as provas livremente desde que fossem expostas as razões de seu convencimento⁴.

A terceira teoria (buscar o convencimento do juiz), assim como a segunda, surge da noção de que é impossível ser alcançada a verdade real. Contudo, esta última não se conforma com a solução dada pelo legislador de se estabelecer valor *a priori* para a prova⁵. Assim, aqueles que defendem essa

¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. t. I. Buenos Aires: Alberti, 1981, p. 239.

² SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. I. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 393.

³ GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 332.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 414.

⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 60.

teoria entendem que a finalidade da prova é gerar no juiz a certeza do seu convencimento sobre os fatos postos no processo⁶. Liga-se, pois, ao sistema do livre convencimento motivado.

Esse pensamento se pauta no entendimento de que estar provada uma alegação é um ato de vontade do magistrado⁷ – o que não está em consonância com o Estado Democrático de Direito. É dizer: essa teoria leva em consideração a crença subjetiva do juiz sobre a existência ou não de um fato, cumprindo sua finalidade quando produz certeza na sua mente – ignora, assim, a existência de uma realidade objetiva e não se preocupa com a verdade dos fatos.

Em que pese não se possa alcançar uma verdade absoluta, a sua busca⁸ está intimamente ligada a uma decisão justa⁹. Mais que isso, a dissociação entre a finalidade da prova e a busca pela verdade leva o juiz a criar o resultado do processo¹⁰, sem um compromisso com a reconstrução correta dos fatos¹¹. Ignorar a busca pela verdade como a finalidade da prova é, pois, assumir o risco de se ter uma prestação jurisdicional inadequada e injusta¹².

A busca da verdade possível deve, então, ser guia para o processo, na medida em que é condição necessária para uma decisão justa¹³, e “*é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la*”¹⁴.

⁶ Para Eduardo Cambi, por exemplo, a prova cumpriria duas funções, quais sejam, uma interna e uma externa. “A primeira refere-se à cognição, isto é, a prova é um instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, a fim de permitir que, após a discussão e compreensão dos fatos necessários ao julgamento da causa, o juiz possa formar sua convicção. Por outro lado, a prova cumpre, ainda, uma função externa, estando voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional”. CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57

⁷ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157.

⁸ William Santos Ferreira explica: “Em poucas palavras, na sentença a verdade não é a meta, mas expectativa, ou, tecnicamente *máxima probabilidade*. Tanto assim o é, que no caso de incidência de uma *presunção legal relativa*, não havendo prova em contrário, o juiz julga com base no fato presumido, o que nada mais é do que julgar de acordo com a probabilidade e não com a demonstração efetiva que resultaria no *fato provado*”. (grifos originais). FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 281.

⁹ Michelle Taruffo explica que uma decisão justa pressupõe (i) a escolha e interpretação correta da regra jurídica aplicável; (ii) a correta compreensão dos fatos relevantes para o caso e (iii) o emprego de um processo justo e válido. TARUFFO, Michele. **Verdade e Processo**. In: *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 36

¹⁰ Leonardo Greco chama atenção para o fato de que a associação entre a finalidade da prova e a convicção do juiz, transforma o julgado em “um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem de arbítrio [...]”. GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269. 2003-2004*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25636>>. Acesso em: 17 de junho de 2019, p. 231

¹¹ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157.

¹² Leonardo Greco defende que “*a descoberta da verdade é o adequado elemento funcional do conceito de prova, como pressuposto da realização da justiça e da tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos*” (GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269. 2003-2004*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25636>>. Acesso em: 17 de junho de 2019, p. 259-260).

¹³ LANES, Júlio Cesar Goulart. POZATTI, Fabrício Costa. **O juiz como único destinatário da prova (???)**. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório*. DIDIER JR., Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 105.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

Adotando-se, portanto, a busca da verdade como uma das finalidades da prova, não se pode admitir que a fundamentação apenas indique o que formou o convencimento do juiz¹⁵, como ocorre no sistema no livre convencimento motivado. Neste modelo subjetivo “*informações podem ser ignoradas ou desconsideradas, devendo o juiz, simplesmente, na motivação, dar conta daquelas que serviram para formar seu convencimento*”¹⁶.

O mesmo não se pode dizer em relação a um processo que tem a verdade como elemento norteador: o juiz não deve se limitar a mencionar as provas que confirmam a sua decisão. É necessária uma explicação racional que demonstre os motivos pelos quais se chegou a determinada conclusão¹⁷ - uma fundamentação completa e coerente.

Tendo isso em vista, o Código de 2015, adotando um modelo cooperativo de processo, não repetiu o sistema do livre convencimento motivado. O art. 317, CPC-15, trouxe uma sutil mudança em relação ao art. 131 do CPC-73. Enquanto o antigo código previa que “*o juiz apreciará livremente a prova...*”, a nova previsão eliminou a palavra “livremente”, estabelecendo apenas que “*o juiz apreciará a prova constante nos autos...*”. Essa pequena alteração no texto do Código trouxe grande repercussão: o processo brasileiro abandonou o sistema do livre convencimento motivado, o que significa que o juiz não pode valorar a prova de maneira discricionária. Alexandre Câmara explica:

Incumbe ao juiz, ao proferir a decisão, apresentar uma valoração discursiva da prova, justificando seu convencimento acerca da veracidade das alegações, e indicando os motivos pelos quais acolhe ou rejeita cada elemento do conjunto probatório. Em outros termos, cabe ao juiz, na valoração da prova, encontrar a verdade que tenha sido demonstrada no processo através de elementos de prova a ele carreados¹⁸.

Ainda, não prevalece mais o entendimento de que a prova se dirige exclusivamente ao juiz. A ideia de que a prova é destinada ao juiz não está equivocada. É, no entanto, apenas uma de suas finalidades. Não se deve entender o julgador como único destinatário, mas sim todos os sujeitos da relação jurídica processual¹⁹.

¹⁵ Robson Godinho alerta: “O pensamento que persiste na antiga crença de que a prova serve unicamente à formação do convencimento do juiz e autoriza que a fundamentação indique apenas o que lhe formou o convencimento, desobrigando, aparentemente, da atividade de um exame completo do material probatório vem assumindo ares de [...] verdade. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação”. GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 148.

¹⁶ RAMOS, Vitor de Paula. **O procedimento probatório no novo CPC: em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas**. In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR., Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 125.

¹⁷ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 148.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 234.

¹⁹ Nesse sentido o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 369; art. 370, *caput*) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

As partes, sujeitos parciais do processo, precisam se convencer não apenas da sua titularidade da situação jurídica afirmada, como também da capacidade de comprovar os contornos afirmados para aquela relação jurídica²⁰. Isto é: é necessário que as partes se convençam que têm aquele direito e que podem provar essa posição jurídica.

É inclusive esse convencimento íntimo somado à crença – ou não – da demonstrabilidade do direito que permite que as partes moldem o seu comportamento processual e extraprocessual. Em verdade, as partes também realizam valoração da prova, ainda que de modo e com consequências distintas do juiz²¹, para que possam adotar determinada a conduta no caso concreto.

A partir dos elementos colocados à disposição das partes, que servem de fundamento para a tese sustentada, é que pode ser visualizado, por exemplo, o custo-benefício de um recurso ou a busca por uma forma consensual de resolução do conflito como forma de minimizar as perdas. Veja-se que uma parte pode ser titular de uma situação jurídica, mas verificar que não possui meios suficientes para comprová-la. Diante das provas, portanto, as partes adotarão esta ou aquela estratégia processual.

Essa finalidade, voltada para os sujeitos parciais, como já dito, também se sustenta no modelo cooperativo de processo, que ganhou destaque com o novo Código de Processo Civil. O princípio da colaboração se desdobra nos deveres de diálogo, esclarecimento, prevenção e auxílio para com as partes²². Desse modo, não apenas o julgador, mas as partes também estão comprometidas, em determinada medida, com a busca da verdade processual, a qual garante, ao menos em tese, a prolação de uma decisão justa.

Consigne-se, por oportuno, que não era esse o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça ao se manifestar sobre a questão à luz do Código de 1973. Ao interpretar os artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil de 1973, por diversas vezes, o tribunal se pronunciou no sentido de que “*cumpra ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua [da prova] necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado*”²³.

Não parece, contudo, que essa posição prevalecerá à luz do Código de 2015. Nas poucas oportunidades em que o STJ foi provocado a se manifestar sobre as normas extraíveis dos artigos 370 e 371 do novo Código de Processo Civil (equivalentes aos arts. 130 e 131 do CPC/73), a fundamentação

²⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 61.

²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68-69.

²² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 622.786/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 18.12.2014. No mesmo sentido: Recurso Especial 1.440.298/RS, Rel. Ministro Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 07/10/2014; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 264.054/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 18.12.2014; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 569.565/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 10.03.2015.

da decisão foi alterada. No Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial 1.105.171/RJ, o Relator Ministro Ricardo Cueva entendeu:

cumprasse asseverar que a legislação processual civil vigente manteve o princípio da persuasão racional do juiz, em seus artigos 370 e 371, que preceitua caber ao magistrado dirigir a instrução probatória através da livre análise das provas e da rejeição da produção daquelas que se mostrarem protelatórias²⁴.

Em que pese a mudança ter sido sutil, apenas eliminando o fundamento do juiz como único destinatário da prova, talvez ela revele um indício de mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça com a vigência do novo Código, que, como se disse, deu grande destaque ao modelo de processo cooperativo.

Portanto, além do objetivo de convencer o juiz, à finalidade da prova deve ser acrescentado um outro aspecto: o de que as próprias partes se convençam da sua titularidade da situação jurídica afirmada.

Ainda, há quem sustente que a prova tem como finalidade última promover a solução do conflito. Em outras palavras, nessa visão, a prova é vista como um meio essencial para se alcançar o fim da atividade jurisdicional – a adequada solução do conflito²⁵.

Para além das considerações já feitas relativamente à ligação intrínseca entre a necessidade de se buscar a verdade e a finalidade a prova, essa visão também não é correta, pois há situações em que a prova é o objeto principal do processo. Isto é, a prova deixa de ser um mero aspecto incidental que visa contribuir para a solução do litígio. Nesses casos, o próprio processo gira em torno da prova. São as chamadas ações probatórias autônomas.

Explica Flávio Luiz Yarshell:

A exclusiva e estrita vinculação entre prova e julgamento estatal [...] afigura-se visão limitada – e em certa medida, arbitrária – do fenômeno probatório. Com efeito, ela desconsidera o relevante papel que a prova [...] desempenha relativamente aos sujeitos da relação material, atual ou potencialmente conflituosa; inclusive antes da instauração do processo declaratório do direito²⁶.

A essas ações probatórias, agora chamadas, genericamente, de produção antecipada de prova, que coloca a prova como principal aspecto da atividade jurisdicional, é que se dedica parte do presente estudo.

Observe-se que a existência de uma ação autônoma para a produção de prova sem o requisito de urgência só é possível a partir da compreensão de que as partes também são destinatárias da prova.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.105.171/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. em 26.06.2018.

²⁵ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p.75.

²⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25-26.

Sob a ótica de que a prova se limita ao convencimento do juiz, não haveria utilidade ou necessidade de antecipar a produção da prova, senão nas hipóteses de urgência, na medida em que a prova estaria ligada exclusivamente ao julgamento estatal²⁷.

Contudo, como visto, a prova possui papel fundamental na avaliação de riscos pelas partes e funciona como norte para suas condutas. A partir dos elementos fornecidos às partes é que elas poderão pautar suas condutas, seja estimulando autocomposição para minimizar suas perdas, seja contribuindo para uma atuação em juízo mais segura. É, nesse contexto, então, que surge a produção antecipada da prova como importante instrumento na concretização da função desempenhada pela prova.

2.2. DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

Uma tutela jurisdicional adequada e efetiva pressupõe o respeito a todas as garantias decorrentes do devido processo legal, tais quais, a ampla participação das partes no processo, com paridade de armas, exercício do contraditório e da ampla defesa²⁸. Trata-se de direitos constitucionalmente garantidos (art. 5º, LV) e diretamente relacionados com o direito de ação (art. 5º, XXXV).

O direito fundamental ao contraditório, por sua vez, uma das mais importantes garantias processuais, possui como corolário natural da sua dimensão substancial, o exercício do direito à prova²⁹. Afinal, é o resultado da instrução probatória que vai assegurar a efetiva possibilidade de a parte influenciar na decisão³⁰.

Sem a produção probatória, a violação de direito é inevitável³¹, vez que sua realização impede decisões arbitrárias. Assim, a prova constitui elemento essencial para o Estado Democrático de Direito, ligado diretamente à ideia de processo justo³².

²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *ibidem*, p. 137.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 707.

²⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 50.

³⁰ Nesse sentido, explica Eduardo Cambi: “O direito à prova revela-se um componente essencial da garantia constitucional do contraditório, porque, ao permitir que a parte contradiga os argumentos que lhe são contrários, possibilita que tenha todos os meios necessários para que possa influenciar na obtenção da tutela jurisdicional favorável” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.199).

³¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la Prueba Judicial**. t. I. Buenos Aires: Aguilar, 1981, p. 13-14.

³² MITIDIERO, DANIEL. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, n. 78, n.1, p. 72-73. Na mesma linha: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do direito processual civil**. v. III. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 48.

O direito à prova, pois, é um direito fundamental³³⁻³⁴.

Flávio Luiz Yarshell decompõe o direito à prova em direito de provar e o direito à prova em sentido estrito³⁵.

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que o direito à prova não deve estar necessariamente vinculado ao exercício da ação e de defesa³⁶. A noção de que a prova é indissociável do processo é apenas uma das vertentes do direito à prova, o qual garante que as partes utilizem de todos os meios à sua disposição para demonstrar a sua verdade dos fatos³⁷. Encarar exclusivamente sob essa perspectiva é admitir que o julgador é o único destinatário da prova, o que, como se viu, não é o caso. Na concepção de Flávio Luiz Yarshell, esse seria o direito de provar³⁸.

O direito à prova deve ser visto, também, como um direito autônomo, que prescinde de uma relação controvertida para o seu exercício. É essa vertente do direito à prova que garante que as partes solicitem intervenção do Estado meramente para documentar determinado fato, bem como para recolher elementos para firmar sua convicção íntima, seja para ajuizar ou não uma futura ação, seja para viabilizar a autocomposição³⁹ ou para simples documentação⁴⁰. Nessa visão, a prova também é feita no interesse das partes.

Qualquer que seja sua vertente, o direito fundamental à prova possui conteúdo complexo. Ou seja, é um direito composto de diversas situações jurídicas, dentre as quais está “*o direito à adequada oportunidade de requerer provas, o direito de produzir provas, o direito de participar da produção de provas, o direito de manifestar-se sobre a prova produzida e o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida*”⁴¹.

³³ Para um estudo aprofundado sobre o tema, ver: CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. No mesmo sentido, sustentam: ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 830. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 50.

³⁴ Não bastasse o embasamento constitucional para sustentar a sua fundamentalidade, o direito à prova também encontra respaldo no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica), incorporada ao direito pátrio pelo Decreto nº 678/96, bem como no artigo 14.3, alínea “e” do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 592/92.

³⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211.

³⁶ CALDAS, Adriano. JOBIM, Marco Félix. **A produção antecipada de prova e o novo CPC**. In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR, Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 682.

³⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 51.

³⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 232-233.

³⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *ibidem*, p. 211.

⁴⁰ Para simples documentação são os exemplos do arrolamento de bens e da justificação (art. 382, §§ 1º e 1º, CPC).

⁴¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 51.

O direito à prova perpassa, então, não apenas pela possibilidade de ser requerida em juízo, mas também pelo direito de ser feito um juízo de admissibilidade motivado e pelo direito influenciar, efetivamente, no convencimento do julgador por meio da participação e manifestação acerca das provas produzidas.

3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Neste capítulo, serão analisados os principais aspectos do procedimento da produção antecipada de prova. Não se pretende esgotar o assunto, até porque seria necessário um trabalho monográfico exclusivamente dedicado a esse tema ante à sua riqueza. Enfrentam-se, no entanto, controvérsias centrais acerca da matéria e são feitas algumas reflexões com intuito provocativo.

3.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A existência de ações probatórias autônoma não é um fenômeno recente no Direito brasileiro⁴². Há muito já se admitem procedimentos em que o principal objetivo é a certificação e efetivação do direito à prova⁴³. No entanto, com a constatação da existência de um direito autônomo à prova, e superando-se a ideia do juiz é o seu único destinatário, ampliou-se a disciplina legal das ações probatórias.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a possibilidade de ação probatória autônoma sem o requisito de urgência, como há muito era reclamado pela doutrina⁴⁴. Foi disciplinada, assim, entre os artigos 381 e 383 do CPC, a ação de produção antecipada de prova, na qual se busca justamente o reconhecimento do direito autônomo à prova⁴⁵ e sua respectiva efetivação.

Com a criação desse procedimento autônomo, que prescinde do requisito de urgência, se reconhece que as partes têm, de fato, o direito de produzir provas de forma independente do processo. Não há, inclusive, em relação a algumas hipóteses de cabimento, sequer a necessidade de caráter contencioso para a instauração do procedimento (art. 382, §1º, CPC). Mais ainda, admite-se que as partes também são destinatárias da prova⁴⁶, na medida em que, na produção antecipada, serão elas que farão a valoração da prova produzida. Isto é, da própria avaliação da prova pela parte é que vai definir

⁴² O Código de Processo Civil de 1939 previa no artigo 250: Si qualquer testemunha tiver de ausentar-se, ou si, por motivo de idade ou moléstia grave, fôr de receiar que ao tempo da prova já não exista, poderá, ser inquirida antecipadamente, com prévia notificação dos interessados, entregando-se o depoimento ao requerente nas quarenta e oito (48) horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender. Já o artigo 676, IV, estabelecia: As medidas preventivas poderão consistir: VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

⁴³ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Samo. **Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação**. In: Revista de processo, v. 218, ano 2013, p. 13-45.

⁴⁴ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 359 e ss. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 309 e ss. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. v. VIII, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 327. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Samo. **Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação**. In: Revista de processo, v. 218, ano 2013, p. 13-45.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. **Produção antecipada de prova**. In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 721.

⁴⁶ Nesse sentido, escreve Arruda Alvim: “Esse novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes como destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático”. **Notas sobre o projeto do novo código de processo**. In: Revista de Informação Legislativa, Especial novo Código de Processo Civil, Brasília, ano 48, n. 190, p. 39.

o seu comportamento, podendo até mesmo ser determinante para que não ocorra o ajuizamento de uma nova ação judicial⁴⁷.

O juiz, por outro lado, na produção antecipada autônoma, não faz qualquer valoração da prova produzida. A lei processual, inclusive, proíbe que o magistrado realize qualquer atividade de análise e valoração da prova (art. 382, §2º). Não há, portanto, o reconhecimento de que determinado fato foi provado nem há certificação de existência de determinada relação jurídica. A atividade jurisdicional se limita a viabilizar a produção da prova⁴⁸.

Importante lembrar que a finalidade do procedimento autônomo de prova é de simplesmente satisfazer o direito à prova da parte, sem qualquer vinculação a eventual processo e sem a necessidade de se existir, previamente, caráter contencioso.

Essa é a principal mudança em relação ao Código de Processo Civil de 1973, em que o procedimento só seria admitido nos casos em que houvesse justo receio de que não fosse mais possível produzir a prova no momento adequado – a instrução processual. Em razão da impossibilidade de se aguardar, seja pelo risco de desaparecimento com o decurso do tempo, seja pela extrema dificuldade de se colher a prova em momento futuro, era preciso, efetivamente, antecipá-la. Assim, verificava-se a necessidade de se demonstrar a urgência na produção da prova.

O procedimento de produção antecipada de prova possuía nítido caráter instrumental, eis que era vinculada, inevitavelmente, a um determinado, ainda que eventual, processo⁴⁹. Em que pese a “ação cautelar” tivesse autonomia em relação ao processo principal, não significava independência, na medida em que tinha como finalidade, tão somente, a instrução de outro processo⁵⁰.

3.2. NATUREZA JURÍDICA

Não há na doutrina consenso acerca da natureza jurídica do procedimento da produção antecipada de prova. Talvez isso decorra do fato de que também não há critérios bem definidos para diferenciar a jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa.

Muito embora o procedimento antecipado esteja previsto no capítulo no Código de Processo Civil referente aos meios de prova, não há dúvidas de que possui natureza de ação⁵¹. É realizada, pois,

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p.76.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. **Produção antecipada de prova**. In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 722.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 912.

⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 362.

⁵¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Produção antecipada de prova**. In: Breves comentários ao código de processo civil. WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1151.

atividade jurisdicional⁵². Na produção antecipada de prova, há atuação de terceiro imparcial em situação concretamente deduzida mediante a prolação de ato decisório. Resolvem-se “*questões de fato e de direito – referentes à sua admissibilidade e ao modo de sua realização – que, por seu turno, reclamam a atuação do direito*”⁵³. Mais ainda: há, no mínimo, declaração do direito à produção da prova, que é o próprio mérito da demanda.

Ressalte-se que a produção antecipada de prova é instrumento hábil não apenas para a consecução do escopo jurídico da jurisdição, mas também para a consecução do escopo social⁵⁴, isto é, instrumento apto a promover a pacificação social. Flávio Luiz Yarshell explica com clareza:

No caso da produção antecipada e autônoma da prova, como dito, essa contraposição [certeza *versus* justiça] aparece de forma atenuada: ao mesmo tempo em que se empreende atividade tipicamente cognitiva, relacionada – ainda que indiretamente – ao escopo da atuação da vontade concreta do direito objetivo, busca-se também proporcionar elementos para que o conflito seja superado mediante soluções de autocomposição; o que, como dito, está relacionado ao escopo social do processo. E, novamente, frise-se que dentre as diferentes maneiras pelas quais os órgãos judiciais contribuem para a solução de controvérsias está aquela pela qual referidos órgãos permitem às partes apreciar suas oportunidades de sucesso e encorajam formas de autocomposição, de modo a reduzir a dose de incerteza que o litígio comporta⁵⁵.

Assim, a divergência em relação à natureza do procedimento antecipado de prova fundado nas hipóteses que dispensam urgência não se encontra propriamente na sua natureza jurisdicional. Não há dúvidas que não se trata de processo cautelar, ante a desnecessidade de se demonstrar a urgência ou mesmo de se acautelar algo. Certo, então, que há efetivo exercício de jurisdição, a doutrina diverge se essa prestação jurisdicional tem caráter contencioso ou voluntário⁵⁶.

Nesse ponto, é importante destacar o que se entende por jurisdição voluntária. Sem desconsiderar a vasta literatura e discussões acerca do tema, tem-se como conceito que mais se coaduna com a realidade atual o de Robson Godinho:

⁵² Fredie Didier conceitua jurisdição como “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.189.

⁵³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 270.

⁵⁴ Sobre o tema Cândido Rangel Dinamarco explica: “Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir a vida na sociedade. Sob esse aspecto, a função jurisdicional e a legislativa estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 220-221.

⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 276.

⁵⁶ Ressalte-se que atualmente já se reconhece o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária. Ver, por exemplo: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. v. I. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

“consideramos jurisdição voluntária como atividade jurisdicional estatal⁵⁷, em que, em regra, inexistem partes com interesses antagônicos, mas há potencialidade de litígio, que deve ser exercida em procedimento em contraditório e julgada por terceiro imparcial, com aptidão, em determinadas circunstâncias, para a formação de coisa julgada material, de acordo com os balizamentos postos pelo direito positivo⁵⁸.”

Leonardo Greco⁵⁹ defende que apenas o procedimento de justificação tem natureza voluntária. A natureza jurídica do procedimento da produção antecipada de prova – se jurisdição contenciosa ou voluntária - seria definido em razão do processo principal. É que, para o autor, nos procedimentos probatórios de jurisdição voluntária não há uma decisão acerca do direito das partes e a atividade do juiz é preponderantemente passiva. Não se acolhe esse entendimento, pois não se pode vincular o procedimento autônomo de prova a ação principal, já que sequer há obrigatoriedade de se ajuizar o processo “principal”.

Para Eduardo Talamini⁶⁰, não se trata de “simples jurisdição voluntária”, uma vez que a prova pode se inserir em contexto de conflito ou pode ser estabelecido conflito relativo à produção da prova, como no caso em que o demandado não permite acesso às fontes probatórias.

Fredie Didier Jr.⁶¹ não nega que, de fato, pode ser instaurado o conflito no procedimento antecipado de provas. No entanto, para o autor, é da essência da jurisdição voluntária a litigiosidade potencial⁶². Portanto se o procedimento prescinde da afirmação de um conflito, não haveria como negar sua natureza de jurisdição voluntária. Parecer ser essa a posição mais correta, na medida em que está em consonância com a doutrina mais moderna acerca da concepção de jurisdição voluntária.

3.3. OBJETO

O Código de Processo Civil de 1973 trazia um rol limitado em relação às provas que poderiam ser produzidas no procedimento antecipado. Isso mudou, no entanto, com o Código de 2015.

É permitido, pois, requerer a produção de qualquer prova, inclusive a documental. Em relação à inspeção judicial, destaque-se que é meio de prova em que o juiz entra em contato com o local ou

⁵⁷ Quanto à inclusão da expressão “estatal” no conceito fornecido pelo autor, é importante ressaltar que, ao tratar do tema, o autor, ao certo, não teve em mente a possibilidade de ser transferido para a arbitragem. Tanto é assim que, nas passagens de seu livro, ele explica todos os aspectos de seu conceito, exceto essa expressão.

⁵⁸ GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XIV. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43-45.

⁵⁹ O autor defendia isso à época do CPC-73: GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 68. Com o advento do CPC-15, seu pensamento se manteve: GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 128.

⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. **Produção antecipada de prova**. In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 723.

⁶² Para o autor, a jurisdição voluntária não pressupõe lide, muito embora possa se instaurar um conflito. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 233.

objeto da prova. Isso, no entanto, não impede que seja produzida antecipadamente. No entanto, caso venha a ser utilizada em processo futuro, por óbvio, a prova não terá o valor originário, na medida em que o juiz que produziu a prova pode ser diferente daquele que sentenciar.

Ainda, o procedimento de produção antecipada de prova não é cabível quando se tratar de direito à acesso ou ciência de documento, coisa ou informação⁶³. O direito que se quer ver satisfeito na produção antecipada é apenas o direito à prova. Para o acesso a dados, a Constituição prevê ação específica – *habeas data* (art.5º, LXXII, CF).

3.4. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Analisar-se-á neste momento, as hipóteses de cabimento da produção antecipada de prova presentes no art. 381, CPC. Para além destas, o Código de Processo Civil permite duas possibilidades de produção antecipada de prova: o arrolamento de bens (art. 381, §1º) e o processo de justificação (art. 381, §5º).

3.4.1. Generalidades

Na petição inicial da produção antecipada de prova, o requerente deve demonstrar “*as razões que justificam a necessidade de antecipação de prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair*” (art. 382, CPC). São esses os fatos que compõem a causa de pedir da ação.

Isso significa que, muito embora as hipóteses de cabimento da produção antecipada de prova sejam extremamente amplas, o juiz não deve automaticamente aceitar a postulação. Toda e qualquer pretensão deve passar pelo crivo da admissibilidade do magistrado e, no processo autônomo de prova, não poderia ser diferente⁶⁴.

Assim, a expressão “*as razões que justificam a necessidade*” significa que o autor deve descrever a relação jurídica e suas circunstâncias fáticas, com a demonstração de, pelo menos, a *potencial* controvérsia que possa vir a ser instaurada. Observe-se que, enquanto na hipótese de urgência, a relevância e pertinência da prova estão diretamente ligadas a uma controvérsia já existente, as demais hipóteses se relacionam com uma controvérsia potencial. É necessário, pois, demonstrar a posição do autor em uma possível demanda, bem como explicar com clareza os motivos pelos quais o procedimento deve ser processado – ou seja, o fundamento da ação.

⁶³ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p.76.

⁶⁴ ALVES, André Bruni Vieira. **Da admissibilidade na produção antecipada de prova sem o requisito da urgência**. In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 703.

Já em relação a precisão dos fatos, trata-se de imposição do legislador para evitar abusos nos procedimentos probatórios. Não se pode permitir, por meio da ação antecipada de prova, a prática de *fishing expeditions* - uma investigação especulativa. A expressão importada do sistema de *common law*⁶⁵ significa uma tentativa de conseguir informações da outra parte na esperança de achar algo relevante⁶⁶. Ou seja, não se podem admitir ações em que o autor pretende “pescar” informações⁶⁷.

Assim, o procedimento só será admissível se os fatos sobre os quais a prova recairá forem precisamente traçados, bem como se for demonstrada a relevância e pertinência da prova – esta última diretamente relacionada às hipóteses de cabimento do procedimento probatório, tema sobre o qual passa-se à análise a seguir.

3.4.2. O Inciso I do art. 381

A primeira hipótese de cabimento da produção antecipada de prova conserva a previsão do Código de 1973, ao permitir que seja requerida a prova quando “*haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação*”.

Trata-se da tradicional situação de urgência, em que há risco de a prova (meio) não poder ser mais produzida caso se aguarde o momento próprio no curso da ação principal. Busca-se, então, que a prova “perpetue a memória da coisa” (prova *ad perpetuam rei memoriam*). É o caso, já muito exemplificado pela doutrina, na qual testemunha se encontra enferma, de modo que, se for aguardado o momento da audiência, a prova estaria inviabilizada, ou, v.g., o imóvel, prestes a desabar, que precisa ser objeto de perícia imediata.

Observe-se, ainda, que o novo Código de Processo Civil manteve a terminologia (produção antecipada de prova), que foi muito criticada doutrina⁶⁸. Essa imprecisão decorreria do fato de que o

⁶⁵ A expressão surgiu nos anos 1800 no contexto do *discovery* na Inglaterra. Sobre o assunto, ver: THORNBURG, Elizabeth G. **Just Say no Fishing: The lure of metaphor**, 40 U. Mich. J.L. Reform 1: 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=895413; Acesso em: 24 junho de 2019.

⁶⁶ GARNER, Bryan A. **Black’s Law Dictionary**. 10 ed. Estados Unidos: Thomson Reuters, s/d, p. 754

⁶⁷ As *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration* (diretrizes de condutas amplamente aceitas na arbitragem internacional), com o objetivo de evitar pedidos genéricos de *disclosure* (revelação de documentos e informações), estabelece: “Art. 3(3). O pedido da parte deve conter: (a) (i) a descrição de cada documento requerido suficiente para identificá-lo ou (ii) a descrição em detalhe suficiente (incluindo a matéria) de uma categoria restrita e específica de documentos que há crença razoável que exista [...] (b) uma declaração de como os documentos requeridos são relevantes para o caso e para seu resultado”. Tradução nossa. No original: “Art. 3(3). A Request to Produce shall contain: (a) (i) a description of each requested Document sufficient to identify it, or (ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist; (b) a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome.” In: INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA Rules on the Taking of Evidence In International Arbitration*. Adopted by a resolution of the IBA Council. Londres, 2010. Disponível em: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil**. t. XII. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 254. SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 362.

que se pretende com o procedimento é assegurar a prova, e não propriamente produzir. No entanto, essa crítica advém da antiga ideia de que a prova é submetida a três fases (proposição, admissão e produção). Atualmente, fala-se em uma quarta fase: a valoração da prova.

Na produção antecipada de prova, portanto, há efetivamente a produção da prova (meio), não meramente sua asseguarção⁶⁹. O que não ocorre é a valoração. Essa distinção é crucial.

Se a urgência para o adiantamento da prova se der no curso do processo em que ela será utilizada, essa prova será efetivamente valorada, e não meramente produzida, como ocorre na hipótese de o requerimento ser feito antes do ajuizamento da “ação principal”. É importante perceber isso, pois, no caso da produção da prova ser anterior à “causa principal”, o processo será sempre antecedente e seguirá o rito previsto no Capítulo XII, Seção II, do Código de Processo.

Se a situação de urgência, no entanto, ocorrer no curso do procedimento que ela será utilizada, tem-se a produção da prova incidental, antes do momento adequado à sua produção no processo pendente – o momento da instrução. Nesse caso, o adiantamento da prova estará fundado no art. 139, VI, CPC, que permite que o juiz altere a ordem de produção dos meios de prova. Assim, não estará sujeito ao procedimento previsto nos artigos 381 e seguintes do Código, que traz uma série de limitações, em razão de seu caráter sumário.

3.4.3. O Inciso II do art. 381

O processo civil passou, nos últimos anos, por profundas modificações. A reflexão acerca da primazia da solução judicial de litígios culminou em um sistema de Justiça multiportas, em que se entende que há, para além da tutela judicial, diversos meios adequados de solução de conflitos que prestam uma tutela efetiva, tais quais a mediação, conciliação e a arbitragem.

Essa nova visão acerca do processo, somada à valorização da autonomia das partes, naturalmente, teve grande impacto no Código de 2015: é inegável a predileção à solução consensual de litígios (art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC). Assim, o novo Código quebrou paradigmas, sobretudo, em matéria probatória.

A segunda hipótese (art. 381, II, CPC) para se ajuizar a produção antecipada de prova, bem demonstra essa nova realidade: “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”. Nesta hipótese, dispensou-se o requisito de urgência e se passou a admitir a antecipação da prova com único objetivo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito.

⁶⁹ Em sentido contrário, Araken de Assis: “*uma coisa é a asseguarção da prova, sempre de forma antecedente, em razão da urgência; outra, a produção antecipada da prova incidentalmente*”. ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. II, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 291.

Essa previsão, de cunho eminentemente satisfativo, consagra o direito autônomo à prova e reforça a ideia de que as partes também são destinatárias da prova. Mais ainda, essa possibilidade se mostra fundamental para o estímulo de soluções consensuais de litígios, eis que as partes, de posse das provas produzidas, calculam sua probabilidade de êxito em eventual demanda e, com isso, possuem maiores condições de negociação.

Com isso, busca-se a promoção de soluções negociadas, sem a intervenção do Judiciário, evitando prejuízos desnecessários tanto para as partes, como para a própria justiça estatal.

3.4.4. O Inciso III do art. 381

O último inciso do *caput* do artigo 381, CPC, estabelece, como fundamento legal para a produção antecipada de prova a situação em que “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*”. Eis aqui mais uma inovação do CPC.

Essa previsão, assim como a anterior, ratifica que as partes também são destinatárias da prova, não apenas o juiz. É um dispositivo que privilegia a economia processual, na medida em que, por meio da produção antecipada, evitam-se ações temerárias. Com o lastro probatório obtido por meio do procedimento antecipado, a parte que pretendia ajuizar uma ação se convence da inexistência da prova do fato que lastrearia sua pretensão (ou seu direito) e, assim, não se submete a um processo desnecessário. Por meio dessa ação também possibilita, por exemplo, que a parte que deseja ajuizar uma ação verifique quem é o verdadeiro legitimado passivo.

É, também, por meio do acesso prévio às provas que as partes podem traçar estratégias, verificar se compensa ou não ajuizar uma ação judicial e, caso seja ajuizada, de que modo será seu comportamento nesta ação. Aqui, há uma verdadeira valoração das provas pelas partes.

Pode ocorrer, ainda, uma desistência parcial da pretensão, seja no seu aspecto objetivo, desistindo de um dos pedidos que pretendia veicular na ação, seja no seu aspecto subjetivo, hipótese na qual se pode verificar a inviabilidade de ajuizar ação contra um dos sujeitos que se pretendia incluir no polo passivo. E mais, o procedimento pode permitir que o autor da ação (futura) veicule pedido líquido e com maior segurança, evitando-se, pois, despesas processuais, honorários de sucumbência e, até mesmo, condenação por litigância de má-fé⁷⁰.

Percebe-se, portanto, que a produção antecipada de prova pode não apenas servir como guia na estratégia adotada pelas partes, como também busca diminuir a litigiosidade exagerada, que onera um sistema judiciário já deficiente.

⁷⁰ MEIRELES, Edilton. **Pedido líquido, contestação e antecipação da produção de provas no processo do trabalho**. In: Revista dos Tribunais, v. 985, ano 2017, p. 133-148.

3.4.5. Ação de Exibição de Documento

O novo Código de Processo Civil extinguiu o procedimento cautelar específico para exibição de documento, que era regulado pelo Código de 73 (arts. 844 e 845). Foi mantida, porém, a medida incidental de exibição de documento nos arts. 396 a 404, CPC.

Essa ação, no entanto, é cabível quando se tem um processo em curso, em que a parte deseja obter um documento da parte adversária ou de um terceiro, podendo ser na forma de incidente processual, na hipótese do documento se encontrar na posse da parte adversária, ou processo incidente, contra um terceiro particular⁷¹.

Assim, ante a ausência de procedimento autônomo, seja cautelar ou não, destinado a exibição de documento, a doutrina diverge acerca da medida cabível. Há quem defenda que, quando o pedido se fundar em urgência, deve ser aplicado o regramento do processo cautelar⁷² (arts. 305 a 310) e, subsidiariamente, o procedimento antecipado de prova⁷³.

Ocorre que se verifica a incompatibilidade, em diversos aspectos, do procedimento cautelar para a exibição de documento. Em primeiro lugar, a medida cautelar em caráter antecedente está necessariamente ligada a um ajuizamento futuro de um processo, na medida em que, se não ajuizado o processo principal, cessa a eficácia da tutela concedida (art. 309, CPC). Por outro lado, no caso da exibição de documentos, o sujeito pode requerer o documento apenas porque tem o direito de obtê-lo, sem necessariamente haver uma controvérsia instaurada. Em segundo lugar, essa alternativa desconsidera a existência de um direito autônomo à prova, em que a parte também figura como destinatário e possui o direito de valorar a prova, traçando suas estratégias.

Assim, prevalece o entendimento de que a parte, desejando ter acesso a um documento, pode se valer do procedimento antecipado de prova⁷⁴⁻⁷⁵, até porque, o atual CPC, em seus arts. 381 a 383,

⁷¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 276.

⁷² Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Medeiros Neto e Patrícia Oliveira, é possível requerer o documento mediante o procedimento cautelar ou procedimento comum. OLIVEIRA NETO, Olavo de. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. **Curso de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Editora Verbatim, 2016, p. 262.

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. **A exibição de documento ou coisa, a súmula 372 do STJ e o novo Código de Processo Civil**. In: In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 562.

⁷⁴ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 317-318; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 277; BERALDO, Leonardo de Faria. **Comentários às Inovações do Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 163-164. No mesmo sentido, enunciado 129 da II Jornada de Processo Civil do Conselho da Justiça Federal: É admitida a exibição de documentos como objeto de produção antecipada de prova, nos termos do art. 381 do CPC.

⁷⁵ João Carvalho Filho defende que se deve adotar o procedimento previsto no artigo 396 e ss., utilizando o regramento da produção antecipada de prova apenas no caso de produção da prova e não mera exibição. CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova antecipada no Código de Processo Civil brasileiro**. Dissertação apresentada à Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017, p. 149-150.

não veda a ação de produção antecipada de prova documental. Necessário, no entanto, compatibilizar o procedimento antecipado de prova e a exibição do documento. É que o próprio Código estabelece uma extensa lista de motivos para que a parte se escuse de exhibir o documento ou coisa (art. 404), ao mesmo tempo em que proíbe a defesa no procedimento antecipado de prova. Muito embora se defenda que o requerido pode sim apresentar defesa, consoante se discorrerá adiante, essa necessidade ganha especial relevo na exibição de documento, justamente porque a parte pode se escusar de apresentar.

Por outro lado, o procedimento antecipado de prova prevê a possibilidade de se requerer a prova em caráter de urgência ou apenas para “justificar ou evitar o ajuizamento de uma ação” ou mesmo para viabilizar a autocomposição extra e pré-processual. Tem-se, portanto, hipóteses mais extensas do que na seção referente a exibição de documento, sobretudo, considerando a urgência. Por isso, é preciso que os dois procedimentos sejam aplicados em conjunto no que forem compatíveis⁷⁶.

3.5. COMPETÊNCIA

Parte da doutrina, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, em razão da deficiente previsão legislativa, vinculava a competência da ação cautelar de produção antecipada de prova ao local de propositura da ação principal, gerando, pois, diversos problemas, inclusive de ordem prática. O novo Código, no entanto, resolveu as principais discussões doutrinárias acerca da competência para o procedimento probatório.

Quanto à competência territorial, o art. 381, §2º, CPC, prevê que a competência é do juízo do foro onde a prova deva ser produzida ou do foro do domicílio do réu. Assim, é estabelecida, pela lei, competência concorrente ou alternativa⁷⁷. Trata-se de possibilidade de *forum shopping*, em que o autor possui o direito potestativo de optar pelo foro que entender mais vantajoso⁷⁸. *A priori*, portanto, o requerente pode optar por qualquer desses juízos.

Flávio Yarshell⁷⁹ critica essa opção legislativa. Para o autor, o local onde deva ser produzida a prova deveria ser prioritário, em razão de seu caráter funcional, que privilegia o interesse público. Assim, desde que não viole o devido processo legal e o acesso à justiça, deve-se preferir o local em que se situam as fontes de prova.

⁷⁶ Em que pese não ter fundamentado nesse sentido, esse parece ter sido o entendimento encampado pelo Superior Tribunal de Justiça: “apresentado o documento [...] o autor definirá se ajuizará ou não ação de conhecimento. Adequada, portanto, a ação autônoma de exibição para o fim proposto (CPC, arts. 381 e 396)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.774.987/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 08.11.2018.

⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

⁷⁸ BRAGA, Paula Sarno. **Competência adequada**. In: Revista de Processo, v. 219, ano 2013, p. 20.

⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Produção antecipada de prova**. In: Breves comentários ao código de processo civil. WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1152.

Sucedede que a liberdade concedida pela lei não é irrestrita, como parece crer Flávio Luiz Yarshell. Há, em verdade, um dever de controle da competência pelo magistrado⁸⁰. Na escolha do juízo, devem-se equilibrar os interesses “tanto na conveniência do foro escolhido para o autor, quanto na óptica das garantias fundamentais do processo”⁸¹, sobretudo observando o princípio da competência adequada⁸²⁻⁸³.

Em verdade, todo o sistema de competência deve ser aplicado sob um viés principiológico⁸⁴. Isso significa para o autor que, ao escolher o juízo da propositura da ação, deve respeitar os princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, eficiência, acesso à justiça, cooperação e boa-fé⁸⁵. Por outro lado, para o juiz, implicará declínio da competência caso se verifique abuso de direito processual ou violação à boa-fé processual⁸⁶.

Não faz sentido, por exemplo, ajuizar ação com a finalidade de ouvir uma testemunha em foro distinto daquele em que ela será ouvida. Seria necessária uma carta precatória apenas para realizar o ato processual, cuja satisfação é o único objetivo da demanda. Essa situação vai diretamente de encontro com o princípio da eficiência.

Levando isso em consideração, Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria sustentam que o foro de domicílio do réu é excepcional⁸⁷. Não se pode, no entanto, desconsiderar, por completo, a determinação legal. A lei processual estabelece dois foros concorrentes⁸⁸, não cabendo,

⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Tese para professor titular apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017, p. 374.

⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. *ibidem*, p. 589.

⁸² Princípio introduzido no direito brasileiro por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Explicam os autores que “com a inserção desse princípio o próprio juiz da causa, dentro do controle de sua competência, utilizando a norma da *Kompetenzkompetenz* [...] evitaria julgar causas para as quais não fosse o juízo mais adequado, quer em razão do direito ou dos fatos debatidos, que em razão das dificuldades de defesa do réu. Também seria evitado o uso da competência para obter vantagens processuais, trabalhando como limite para que a regra da competência por prevenção não se torne uma disputa pelo foro”. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. v. 4. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 106.

⁸³ O princípio da competência adequada está relacionado com a ideia de “melhor jurisdição”, afastando, desde modo “esquemas abstratos rígidos de competência, especificamente quando estes se apresentem inadequados concretamente, com base em critérios não arbitrários e racionalmente justificados”. HARTMANN, Guilherme Kronemberg. **Controle da competência adequada no processo civil**. Rio de Janeiro: Tese de doutorado apresentada e defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018, p. 121.

⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Tese para professor titular apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017, p. 257.

⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *ibidem*, p. 599.

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 250-253.

⁸⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 169.

⁸⁸ Edilton Meireles defende que a regra estabelecida é alternativa. O autor, ainda, vai além: “E aqui cabe, então, perguntar-se se essa regra da produção da prova no local onde ela deva ser produzida é de competência territorial absoluta ou não. A princípio se pode afirmar que sim. Isso porque, como dissemos, não é razoável se propor a ação em um juízo e toda a prova ser produzida em outra, cabendo aquele primeiro somente encaminhar a carta precatória e encerrar o feito (sem se manifestar sobre o fato objeto da prova). Logo, a ação antecipatória deve ser proposta no local onde ela deva ser produzida, enquanto regra de competência territorial absoluta, mas relativizável em respeito ao direito constitucional do acesso à justiça. [...] Relativa, porém, sem dúvida, será a competência territorial no caso em que a prova possa ser produzida em qualquer juízo (depoimento pessoal, exame pericial em

hipoteticamente, preferir um em detrimento de outro. Deve ser observado, pois, no caso concreto, qual o foro mais adequado, podendo, inclusive, ambos conciliarem os interesses em jogo. Assim, não se pode dizer que há uma hierarquia entre os juízos competentes. A escolha cabe ao autor.

É bem verdade que, na maioria das situações pensadas hipoteticamente, o juízo mais adequado será aquele onde se situa a coisa ou onde reside a testemunha. No entanto, a criatividade humana não consegue imaginar todas as situações possíveis de acontecer. Tendo isso em vista, defende-se que não há ordem de prioridade entre os foros estabelecidos em lei. A competência adequada deve ser analisada no caso concreto, sob a ótica das garantias processuais.

O novo Código também pôs fim à antiga controvérsia quanto à prevenção ou não do juízo em que foi proposta a produção antecipada de prova⁸⁹. O art. 381, §3º, prevê expressamente que a ação voltada à produção antecipada de prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. Se, então, a prova produzida antecipadamente for utilizada em alguma demanda, esta última seguirá as regras gerais de competência⁹⁰.

Por fim, o §4º do art. 381 estabelece que, nas produções antecipadas de prova promovidas em face da União, de autarquia ou de empresa pública federal⁹¹, a competência será da Justiça Estadual no caso de ausência na localidade de Vara Federal (ressalvadas as hipóteses de competência das Justiças do Trabalho e Eleitoral). Com isso, o legislador unificou a regra já prevista para a ação de justificação, prevista no art. 15, II, da Lei n. 5.010/1966. Ressalte-se, ainda, que para a justificação continua aplicável o enunciado 32 da Súmula do STJ⁹²⁻⁹³.

coisa móvel, exame pericial-médico do autor, etc) ou quando cumulada com aquela que tem local próprio para ser produzida”. MEIRELES, Edilton. **Produção antecipada de provas**. In: Estudos aprofundados – Magistratura do Trabalho. CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (Orgs). v. 1. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 834.

⁸⁹ O Código de Processo Civil de 2015 consolidou o entendimento já previsto no enunciado 263 da Súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos: A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal.

⁹⁰ Em sentido contrário, Daniel Amorim Assumpção Neves: “entendo que a solução dada pelo legislador não foi a mais adequada. Entendo que a incidência ou não do fenômeno da prevenção dependa, fundamentalmente, do foro que for considerado competente para conhecer o processo probatório e o foro competente para o processo que eventualmente venha a seguir. Se houver identidade de foros, é até possível – e aconselhável – falar em prevenção do juízo da ação probatória para conhecer a ação principal, ou seja, se ambas as demandas, pelas regras de competência, forem propostas perante a mesma Comarca ou Seção Judiciária, será possível defender que a vara que produziu a prova antecipadamente esteja preventa para conhecer e julgar o processo principal”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 243.

⁹¹ Apesar da omissão, inclui-se, nesta regra, também a produção de prova em face de fundação de direito público integrante da Administração Federal.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da Súmula n. 32: “Compete a justiça federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entidades que nela tem exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II, da Lei 5010/66”.

⁹³ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

3.6. DEFESA

A primeira parte do artigo 382, §4º, CPC, estabelece que não se admitirá defesa na produção antecipada de prova. Esse artigo, no entanto, precisa ser aplicado com temperança.

Em primeiro lugar, a vedação estabelecida pelo referido artigo não guarda coerência com o §1º do mesmo artigo – a citação dos interessados, na medida em que não se pode conceber a citação para que a parte seja mera expectadora⁹⁴. A função da citação é possibilitar que alguém participe do processo, que ocorre mediante o exercício do contraditório.

Segundo, a impossibilidade de se defender está relacionada diretamente com a eficácia da prova. Como já se disse algumas vezes no presente trabalho, a prova só poderá ser oposta contra quem participou da sua produção. Se essa participação se limitasse a observar o autor da ação produzir a prova, não haveria sequer sentido em citar a parte. A importância da citação reside, justamente, na possibilidade de participação efetiva dos interessados em produzir a prova. Se aos requeridos fosse vedado qualquer tipo de defesa, o contraditório não seria exercido e, conseqüentemente, a prova jamais poderia ter eficácia contra eles.

Além disso, se o artigo for aplicado em sua literalidade, vedando a defesa (quase) completamente, ele seria inconstitucional. A Constituição garante a todos o devido processo legal, que possui, como dos mais importantes corolários, o contraditório, que só pode ser diferido em situações excepcionais – como nos casos de extrema urgência.

É verdade que o procedimento antecipado de prova é simplificado, mas vedar completamente a possibilidade de contraditório é inconcebível⁹⁵. O dispositivo deve ser interpretado, pois, conforme a Constituição, ou seja, a limitação estabelecida se justifica somente em relação a discussão acerca da valoração da prova⁹⁶, que ocorrerá em momento posterior, jamais no procedimento antecipado (art. 382, §2º, CPC).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart não concordam com essa posição. Para os autores, somente é permitido que as partes discutam, por meio de petição ao juiz da causa ou, eventualmente, por recurso, o indeferimento parcial ou total do pedido de antecipação da prova e que “*somente no processo em que aquela prova seja efetivamente produzida é que terá sentido alguma reação por parte desses interessados*”⁹⁷.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. **Produção antecipada de prova**. In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 730.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie. *ibidem*, p. 730.

⁹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Produção antecipada de prova**. In: Breves comentários ao código de processo civil. WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. p. 1165.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 50-51

Esse entendimento também é compartilhado por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, que defendem que a parte pode alegar qualquer matéria de ordem pública, mas a ampla defesa e do contraditório, que poderiam ser alegados por contestação, “*ficam diferidos para o momento processual adequado*”⁹⁸.

Sucedo que a discussão no processo em que a prova é utilizada não é a mesma do procedimento da produção antecipada da prova. Dessa forma, não haveria um contraditório diferido, mas uma verdadeira supressão da garantia constitucional.

Desse modo, a vedação do artigo deve ser compreendida como a ausência de via específica para impugnação, bem como a proibição de discussão em torno do mérito da causa em que a prova pode ser utilizada⁹⁹.

É possível, pois, o réu discutir tanto matérias processuais, quanto de mérito. Pode ser levantada, por exemplo, questão de competência do juízo – afinal se o próprio Código estabelece regra de competência, obviamente ela pode ser debatida pelo réu, a ilegitimidade da parte, até porque não é razoável impor uma pessoa a participar do procedimento que não lhe interessa¹⁰⁰, a pertinência e utilidade da prova – requisitos de admissibilidade – e a suspeição e impedimento do juiz e das testemunhas, entre outras hipóteses.

Quanto às matérias de mérito, é defeso ao réu discuti-las em face da relação jurídica que poderá ser objeto de processo posterior. No entanto, o mérito do procedimento probatório é a própria produção de prova. Assim, é permitido discutir o modo de produção da prova, eventuais danos que aquela prova pode causar ao requerido¹⁰¹ e, nos casos de urgência, a existência da verossimilhança e o perigo de dano¹⁰².

3.7. RECURSO

O legislador, visando manter a simplicidade do procedimento antecipado de prova, vedou a possibilidade de ser interposto recurso, exceto contra decisão que indeferir completamente a produção antecipada de prova (art. 382, §4º, CPC).

É preciso interpretar esse artigo.

Se o requerente cumular pedidos, por exemplo a produção prova pericial e testemunhal, e o juiz indeferir as duas, será o caso de apelação, expressamente autorizado pelo artigo supracitado. No entanto,

⁹⁸ Destaque-se que os autores não esclarecem o que, para eles, seria matéria de ordem pública. NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 (livro eletrônico).

⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

¹⁰⁰ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. II, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 316.

¹⁰¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 513.

¹⁰² ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. II, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 318

se houve indeferimento apenas de uma delas, não há como conceber que essa decisão é irrecorrível. A decisão é parcial de mérito e se encontra em situação análoga à primeira situação. Por isso, deve-se permitir a interposição de agravo de instrumento fundado no art. 1.015, II, CPC¹⁰³.

Além disso, o supracitado artigo autoriza apenas ao “requerente originário” interpor o recurso no caso de indeferimento da prova. É preciso fazer duas observações. Primeiro, ainda que o requerido tenha interesse na produção daquela prova, ele fica sujeito à vontade do requerente. Isso significa que, caso o requerente não recorra daquela decisão e o requerido tiver interesse na produção daquela prova, este último deve ingressar com uma nova demanda. Segundo, no caso do pedido contraposto ser indeferido, isto é, o pedido formulado pelo réu, apenas ele poderá interpor o recurso. Nesse caso, o réu da demanda é o requerente originário da prova.

Flávio Luiz Yarshell, ainda, defende que o referido artigo deve ser interpretado à luz da Constituição Federal e, por isso, entende que ele apenas veda a interposição de recurso quanto à valoração da prova ou ao mérito da decisão¹⁰⁴.

Trata-se o recurso aqui como um desdobramento do contraditório. Como já dito, não se pode suprimir completamente a defesa da ação probatória. Assim, é possível arguir questões acerca da competência, o modo de produção da prova ou, até mesmo, o direito à intimidade em relação à determinado documento. Estas são matérias que devem ser discutidas no curso do procedimento ou perdem o seu objeto – no caso de só poderem ser suscitadas no processo principal. À parte interessada deve ser dado, pois, o direito de recorrer.

Não é concebível prejudicar uma parte apenas porque a prova não está sendo produzida na “demanda principal”. Observe-se, por exemplo, que a decisão que versa sobre exibição de documento ou coisa é agravável (art. 1.015, VI, CPC). Se, então, a parte deixar para solicitar no curso do “processo principal” e for deferida, a parte contrária poderá agravar de instrumento alegando, por exemplo, o sigilo para se escusar de exibir um documento. Na hipótese de se entender que é vedado recurso no procedimento antecipado de prova, a essa mesma parte, que possui a garantia do sigilo, estaria sendo negada a possibilidade de ter revista sua decisão, em uma situação idêntica. Nesse exemplo, fica clara a situação de vantagem que seria dada à parte requerente se a prova for pleiteada antecipadamente, em detrimento de aguardar a “demanda principal”.

¹⁰³ DIDIER JR., Fredie. **Produção antecipada de prova**. In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 730. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil** anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 279.

¹⁰⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Produção antecipada de prova**. In: Breves comentários ao código de processo civil. WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1165.

O que não se deve permitir é o recurso que verse acerca da valoração da prova, afinal, sequer pode ser discutida no procedimento antecipado. Mas entender que o recurso foi completamente vedado pelo legislador é não permitir que seja exercido o contraditório da mesma maneira que poderia ser feito se a prova fosse produzida posteriormente. Em sendo a ação de produção antecipada de prova um procedimento no qual se antecipa o que poderia ser realizado na “demanda principal”, naquela é assegurado o direito ao recurso nas mesmas hipóteses previstas nesta outra ação, além da hipótese expressamente mencionada no art. 382, §4º, do CPC.

3.8. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A intervenção de terceiro é o ingresso de um sujeito no processo pendente entre outros sujeitos. Trata-se de fenômeno que amplia subjetivamente a demanda e abrange uma série de modalidades.

No título III, relativo à intervenção, o Código de Processo Civil disciplina as figuras da assistência – simples e litisconsorcial, denunciação da lide, chamamento ao processo, desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*. Além desses institutos, tem-se também a técnica de correção do polo passivo¹⁰⁵, a reconvenção subjetiva e o recurso de terceiro prejudicado (art. 996).

Antes de se verificar como se dá a intervenção na antecipação probatória, é necessário verificar em que medida as suas hipóteses são compatíveis com este procedimento.

Nesse sentido, na produção antecipada de prova, já pode-se eliminar, pelo menos da forma como prevista no Código, a possibilidade de intervenções por meio do chamamento ao processo, denunciação da lide¹⁰⁶ e a desconsideração da personalidade jurídica. Todos esses institutos estão necessariamente vinculados a uma pretensão condenatória e, por isso, não há compatibilidade com o procedimento da produção antecipada de prova. No entanto, é altamente recomendável que aquele que seria denunciado, chamado ou aquele que seria atingido pela desconsideração em eventual processo seja citado para participar da produção probatória. É a única forma de garantir que a prova possa ser utilizada com a eficácia antecipatória contra o sujeito futuramente, o que poderá ocorrer na forma da assistência ou intervenção forçada inominada.

Justamente, a intervenção por meio da assistência, seja simples ou litisconsorcial, é perfeitamente compatível com a produção antecipada de prova. O sujeito, então, para intervir no processo como assistente, deve demonstrar seu interesse jurídico, que, no procedimento antecipado de prova, se confunde com o interesse no acompanhamento da produção probatória.

¹⁰⁵ Fredie Didier JR. considera a técnica de ampliação do polo passivo como intervenção de terceiro decorrente da resposta do réu, assim como a reconvenção que amplia subjetivamente a demanda. DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 616.

¹⁰⁶ Nesse sentido, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 75.646/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 03.02.1998.

Para Lia Carolina Batista Cintra, no procedimento antecipado de prova, a admissibilidade da assistência é ampliada, na medida em que pode ser voluntária ou provocada¹⁰⁷. Esta última¹⁰⁸ seria autorizada pelo artigo 382, §1º, do Código de Processo Civil.

No entanto, a intervenção provocada não é propriamente uma assistência, na medida em que o regime jurídico é diferente. Por um lado, o interessado não está sujeito às limitações da assistência simples – como a sujeição à vontade do assistido. Por outro, a assistência litisconsorcial pressupõe que a sentença influa na relação entre o assistente e o adversário do assistido (art. 124, CPC), o que nem sempre será o caso.

Pode-se, então, considerar como uma espécie de intervenção de terceiro forçada inominada, que é especialmente importante nas situações em que se vislumbra, no eventual processo principal, a denunciação da lide¹⁰⁹, chamamento ao processo ou outra hipótese litisconsórcio facultativo unitário. Como se disse, tanto a denunciação quanto o chamamento são intervenções típicas de um procedimento condenatório. Assim, a forma de a prova produzida ser eficaz contra esse terceiro e, ao mesmo tempo, compatível com a produção antecipada de prova, é se utilizar da intervenção provocada.

Por fim, ainda que o terceiro convocado não participe efetivamente do processo, a prova será eficaz contra ele¹¹⁰. É que o sujeito não pode se beneficiar da sua contumácia, impedindo que a prova faça efeitos contra si. Isso seria contrário a boa-fé processual, bem como ao princípio da cooperação.

¹⁰⁷ CINTRA, Lia Carolina Batista. **Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de prova**. In: Processo em jornadas: XI jornadas brasileiras de direito processual XXV Jornadas ibero-americanas de direito processual. LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.) Salvador: JusPodivm, 2016, p. 591.

¹⁰⁸ A assistência provocada já era admitida no procedimento antecipada de prova sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 pela doutrina e pela jurisprudência. Cândido Rangel Dinamarco defendia que “em processo cautelar instaurado em contemplação de um futuro processo de conhecimento (cautelar preparatório), para que os atos realizados possam produzir eficácia perante terceiro a parte tem o ônus de simplesmente provocar sua intimação a intervir como assistente, sem lhe denunciar a lide”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 410. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: “A admissão [...] de intervenção de terceiro em ação cautelar de produção antecipada de prova, na forma de assistência provocada, visa garantir a efetividade do princípio do contraditório, de modo a assegurar a eficácia da prova produzida perante aquele que será denunciado à lide, posteriormente, no processo principal”. STJ, REsp n. 213.556/RJ, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma, j. em 20.08.2001.

¹⁰⁹ Cândido Rangel Dinamarco, em relação à denunciação da lide, explica: “Pretendendo fazer depois a denunciação da lide, a parte sente que, não provocando a participação do terceiro no processo cautelar, mais tarde a prova produzida antecipadamente não será eficaz perante esse garante. Mediante o processo cautelar preparatório de produção antecipada de prova, esta se processa em momento e sede deslocados e não fica adstrita à espera da oportunidade que ordinariamente lhe é reservada, nos trâmites do processo principal. Fora isso, porém, a prova assim produzida há de observar os ditames legais ordinários fixados no capítulo pertinente e, acima deles, a regra fundamental expressa no princípio do contraditório. Segundo este, não se legitima qualquer provimento emitido perante uma pessoa sem que ela haja sido admitida a participar do procedimento que o preparou. Trata-se de importantíssima garantia constitucional, e, conseqüentemente, precisa ser observada inclusive nos casos de terceiro litisdenciado. [...] Para isso, basta que a parte (pretendendo fazer-lhe depois a denunciação no processo principal) requeira a sua citação para fazer parte do processo da produção antecipada da prova. Se o terceiro comparecer e efetivamente participar, ele o fará na condição de assistente do denunciante; se se omitir e ficar ausente (revel), a prova produzida será igualmente eficaz perante ele, em virtude da denunciação feita. Tal é a “eficácia da intervenção”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiro no processo cautelar**. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. 92, ano 1985, p. 10-11.

¹¹⁰ RODRIGUES, Daniel Colnago. **A assistência provocada no processo civil brasileiro**. In: Revista de processo. v. 240, ano 2015, p. 349-371.

O *amicus curiae*, por outro lado, é compatível, na medida em que pode intervir, de modo provocado ou espontaneamente, para prestar esclarecimentos técnicos-científicos acerca da prova produzida¹¹¹. Como, no entanto, não haverá valoração da prova, não se vislumbra muita utilidade na intervenção do *amicus curiae*. A depender, no entanto, da repercussão social ou especificidade técnica da matéria, eventualmente, poderá ser convocada pessoa com representatividade adequada.

A reconvenção que amplia subjetivamente a demanda pode ocorrer na produção antecipada de prova, no entanto, de modo diferente do que ocorre no processo declarativo. Trata-se, em verdade, de pedido contraposto, não propriamente a reconvenção, vez que há limitação cognitiva.

Quando ao recurso de terceiro prejudicado, deve ser permitido que o interponha na mesma hipótese que for permitido às partes do processo. Já em relação à técnica de correção do polo passivo, muito embora o Código preveja a impossibilidade de apresentar defesa, como se viu, é plenamente possível que o réu alegue ilegitimidade passiva, isto é, que demonstre não possui qualquer relação com os fatos probando. Nessa hipótese, pode incidir os artigos 338 e 339 do Código de Processo Civil, sobretudo com vistas a concretizar a efetividade processual.

3.9. SENTENÇA

Ao final do procedimento, o juiz vai proferir sentença constitutiva, na medida em que certifica e efetiva o direito da parte de produzir determinada prova. Além disso, é homologatória¹¹². Homologar a produção da prova significa que o processo se encaminhou regularmente e empresta-lhe nova eficácia¹¹³, de equivalência judicial¹¹⁴. A homologação torna a validade da prova indiscutível, imutável,

¹¹¹ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

¹¹² DIDIER JR., Fredie. **Produção antecipada de prova**. IN: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 732; YARSHELL, Flávio Luiz. **Produção antecipada de prova**. In: Breves comentários ao código de processo civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1166. Em sentido contrário: FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada de prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: **Produção antecipada de prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. 2 ed. Londrina: Thoth, 2019, p. 129. Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidieto a sentença é meramente extintiva. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 319.

¹¹³ Pontes de Miranda explica em relação a homologação de sentença estrangeira que a ação de homologação tem “o fito de conferir a esse título a produção de *eficácia de sentença* dentro do país. [...] A homologação reconhece à sentença estrangeira *toda a* eficácia (força e efeitos), que a sentença estrangeira teria no país [...] e a *habilita-a* àquela que a lei brasileira lhe colhe, a mais”. (grifos originais). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. I. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 79 e 81. Trata-se de situação análoga à produção antecipada de prova: é conferida à prova toda a eficácia que teria dentro do processo que seria produzida. Sem a homologação a prova possui eficácia, porém a mesma que teria uma prova produzida extrajudicialmente, assim como ocorre com a sentença estrangeira que, sem a homologação, possui eficácia, porém não produz efeitos dentro do país. Por isso que se diz que a homologação confere nova eficácia – no caso da produção antecipada de prova, a eficácia judicial.

¹¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 382.

no entanto, a validade e eficácia não dependem da homologação¹¹⁵. Desse modo, a prova pode ser utilizada para outros fins – que não em um processo – enquanto ainda não foi homologada.

Haverá decisão de mérito relativo ao direito à produção antecipada da prova¹¹⁶. Se julgada improcedente a demanda de produção de prova, essa decisão quer dizer que não foi reconhecido o direito à produção da prova de forma antecipada da parte requerente. Não poderá, no entanto, ser valorada a prova (art. 382 §2º, CPC), de modo que o juiz não pode se pronunciar acerca do fato probando. A valoração apenas ocorrerá no processo que a prova for utilizada, se for o caso.

A prova produzida terá a mesma eficácia para ambas as partes – o requerente e o requerido. Qualquer um deles pode utilizar a prova produzida em seu favor. Terceiros também podem se utilizar daquela prova, mas apenas contra aqueles que efetivamente participaram do procedimento antecipado mediante contraditório, salvo na situação de prova emprestada.

Assim como ocorre com a validade da prova, há formação de coisa julgada relativa à existência ou não do direito à prova¹¹⁷⁻¹¹⁸. No caso de ser deferida e realizada a produção probatória, faltará ao requerente interesse jurídico em ajuizar novo procedimento, salvo se houver circunstâncias novas¹¹⁹.

Findo o procedimento, os autos permanecerão em cartório por um mês e, posteriormente, serão entregues ao promovente da medida (art. 383, CPC).

¹¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Produção antecipada de prova**. In: Breves comentários ao código de processo civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1166.

¹¹⁶ Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell já lecionava: “quando se pensa na produção autônoma de prova e no escopo de atuação da vontade do direito objetivo, há que se ter em conta as hipóteses de rejeição da demanda. Nesses casos, além da mais evidente negação do direito à prova, pode haver afirmação – ainda que não exatamente na parte dispositiva da sentença – de direitos que, no confronto com aquele que foi negado, preponderem em certo no caso concreto. É pensar na rejeição da demanda de antecipação de prova pela prevalência das garantias do sigilo ou intimidade”. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 272.

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova antecipada no Código de Processo Civil brasileiro**. Dissertação apresentada à Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017, p. 199.

¹¹⁸ Robson Godinho esclarece: “para que determinado provimento esteja apto a adquirir a qualidade de coisa julgada, terá ele de preencher quatro requisitos: a) provimento há de ser jurisdicional; b) o provimento há que versar sobre o mérito da coisa (objeto litigioso), pouco importando se o mérito tem natureza material (regra) ou processual (rescisória, p. ex.); c) o mérito deve ser analisado em cognição exauriente; d) tenha havido coisa julgada formal, seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo não uso delas”. GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XIV. GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XIV. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 103. Levando em consideração, então, que o procedimento antecipado de prova possui natureza jurisdicional (seja contenciosa, seja voluntária), que o provimento reconhece ou não a existência do direito à prova (mérito da causa), que as partes podem se manifestar acerca do mérito, bem como acerca de outras questões que não estão relacionadas com a valoração da prova e, por fim, que há possibilidade de recorrer também dessas questões, há formação da coisa julgada material.

¹¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

4. REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A cláusula compromissória, antes da vigência da Lei de Arbitragem, era entendida como um pré-contrato, segundo o qual as partes se obrigavam a celebrar um compromisso arbitral, não havendo a possibilidade de execução específica da cláusula¹²⁰.

No entanto, a Lei 9.307/96 modificou substancialmente esse quadro, na medida em que outorgou à cláusula compromissória execução específica e se reconheceu, efetivamente, como um negócio jurídico. Por meio da cláusula compromissória, as partes manifestam sua vontade de submeter à competência do árbitro o processamento e julgamento de determinado litígio.

A convenção de arbitragem revela o desejo das partes em submeter controvérsias decorrentes de determinada relação jurídica à arbitragem e se trata de uma das maiores expressões da autonomia privada¹²¹. Naturalmente, como todo negócio jurídico, a convenção de arbitragem encontra seus limites na função social do contrato e na boa-fé, e é regida pelas regras de direito privado. Em razão disso, os parâmetros interpretativos para as cláusulas compromissórias também serão fornecidos pelo direito privado, assim como ocorre nos negócios jurídicos. São algumas dessas regras que se passa a analisar¹²².

4.1. A REAL VONTADE DAS PARTES (ART. 112, CÓDIGO CIVIL)

Como importante regra de interpretação contratual, aplicável às cláusulas compromissórias, tem-se o art. 112, Código Civil, segundo o qual “*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”.

Trata-se de regra de interpretação que busca valorizar a real vontade das partes, isto é, os propósitos da declaração em detrimento do sentido literal que eventualmente a redação da cláusula possa exprimir. Essa norma privilegia a autonomia privada, na medida em que busca a comum intenção das partes quanto ao conteúdo contratual, que pode não ser refletido na linguagem utilizada.

A regra é fundamental na interpretação de qualquer negócio jurídico, inclusive, quando se tratar de cláusula compromissória. Não raramente, as convenções de arbitragem são postas no contrato ao

¹²⁰ NUNES PINTO, José Emilio. **A cláusula compromissória à luz do código civil**. In: Revista de Mediação e Arbitragem, v. 4, ano 2005, p. 34-47.

¹²¹ Sobre a autonomia privada como essência da arbitragem, ver: LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais**. Direito brasileiro e comparado. In: Revista dos Tribunais, v. 686, ano 1992, p. 73-89.

¹²² A Medida Provisória 881 modificou o art. 423 do Código Civil, passando a valer com a seguinte redação: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente. Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no caput, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida”. Trata-se de consolidação da regra *contra proferentem*, já há muito presente em diplomas internacionais. É o caso, por exemplo, do art. 4.6. do UNIDROIT *Principles*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Acesso em: 20 de maio de 2019. Neste trabalho não se analisa este critério interpretativo, no entanto, na vigência da referida Medida Provisória e se, posteriormente, for convertida em lei, essa regra também deve ser aplicada à cláusula compromissória.

final de longas negociações em relação aos demais termos contratuais, sem a ela ser dada a devida atenção¹²³. Nesse sentido, são redigidas cláusulas pouco claras, que podem, até mesmo, serem patológicas¹²⁴.

Pela norma extraída do art. 112, portanto, deve-se prestigiar a intenção declarada pelas partes. Isso significa que o intérprete deve extrair o que verdadeiramente as partes almejavam ao inserir determinada cláusula; as suas reais vontades consubstanciadas em suas declarações. Parece repetir o óbvio, no entanto, é importante deixar claro que não é qualquer intenção que deve ser utilizada como parâmetro de interpretação. As intenções meramente subjetivas, não exteriorizadas, não podem servir de norte para a interpretação – esses são propósitos não declarados. Deve-se buscar tudo aquilo que foi exteriorizado, seja por escrito, seja por meio de comportamentos, pois são essas as declarações que refletem aquilo que as partes desejavam regular. Apenas assim que é possível se verificar qual interpretação mais se aproxima com o que pretendiam as partes ao firmar aquela cláusula.

Nesse sentido são as lições de Paula Forgioni:

Tanto a declaração, quanto o comportamento hão de ser interpretados a partir de fatos concretos, segundo o *espírito do contrato*. Isso inclui a análise do comportamento posterior das partes como indício de intenção comum que as moveu quando da celebração¹²⁵.

Em verdade, deve-se analisar não apenas o comportamento posterior¹²⁶, como destaca a autora, mas o comportamento das partes durante toda a relação contratual - desde os comportamentos anteriores, na fase negocial, por meio de minutas, cartas de intenções, *e-mails*, etc., até o final de sua execução¹²⁷.

¹²³ Selma Lemes destaca: “Enfim, como a cláusula compromissória é denominada de “cláusula da meia noite” no sentido de que sua inclusão em contrato que foi precedido de longas negociações e, às vezes, durante muitos meses, sua inserção no contrato se verifica quando todos já estão estafados e se lembram de sua existência [...]. Nesse passo, simplesmente copiam a cláusula de um outro contrato ou inovam de modo a negligenciar na redação da cláusula”. (LEMES, Selma Maria Ferreira. **Quando as cláusulas compromissórias demandam interpretação**. In: Revista Direito ao Ponto, Arbitragem e Mediação, Edição Especial II – Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo, CIESP/FIESP, Ano 4, n. 7, 2011, p. 13-14).

¹²⁴ Termo utilizado pela primeira vez em 1974 por Frederic Eisemann para designar cláusulas arbitrais que contém defeitos capazes de tumultuar a marcha normal do procedimento. EISEMANN, Frédéric. **La Clause de arbitrage pathologic**. Commercial Arbitration – Essays in memoriam Eugenio Minoli, 1974 apud FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; e GOLDMAN, Berthold, **Traité de l'arbitrage commercial international**. Paris: Litec, 1996, p. 283.

¹²⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 262.

¹²⁶ Antonio Junqueira de Azevedo defendeu que “o comportamento posterior das partes é universalmente reconhecido como uma espécie de ‘interpretação autêntica’ do contrato”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 165.

¹²⁷ BENACCHIO, Marcelo. **Interpretação dos contratos**. In: Teoria geral dos contratos. NANNI, Giovanni Ettore. LOTUFO, Renan (coords.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 369.

4.2. A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E A EFICÁCIA DA NORMA EXTRAÍVEL DO ART. 114, CÓDIGO CIVIL

O art. 114 dispõe que “*os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente*”.

Qualquer renúncia de direito há de ser vista com ressalvas. Não se pode abranger algo pela renúncia que não estava prevista originalmente. Não se interpreta extensivamente. As exceções são interpretadas de forma estrita.

Observe-se que interpretação estrita não se confunde com a restritiva¹²⁸. Esta última diminui a extensão da declaração, enquanto a primeira não permite ampliações. Nas lições de José Paulo Cavalcante “*se não é possível ampliar, também não se deve restringir o alcance da renúncia: os limites da abdicação devem ser fixados exatamente conforme resulte do exame, sem prejuízos, do ato abdicativo*”¹²⁹.

Esse vetor interpretativo também deve ser observado quanto às cláusulas compromissórias. Firmar uma convenção arbitral significa renunciar ao direito ao acesso à justiça estatal. Trata-se, pois, de ajuste excepcional e sempre vinculada à vontade das partes¹³⁰.

Na doutrina internacional¹³¹, esse princípio tem sido rejeitado, sob o fundamento de que ele está baseado no fato da arbitragem constituir uma exceção ao princípio da jurisdição estatal, quando, em verdade, a arbitragem já é unanimemente considerada um meio normal de resolução de litígios¹³². Ocorre que, muito embora a arbitragem seja de fato uma via adequada de solução de conflitos, tornando-se algo relativamente comum¹³³, é uma via que implica inevitavelmente em renúncia à jurisdição estatal¹³⁴ e, portanto, trata-se de renúncia de direito.

¹²⁸ Glauco Barreira Magalhães Filho explica que a interpretação restritiva “se dá quando a letra da lei é mais ampla que o espírito da lei, havendo necessidade do aplicador do Direito restringir o alcance das palavras contidas no texto normativo”. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 50.

¹²⁹ CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 130.

¹³⁰ Na verdade, o respeito à autonomia privada é o próprio fundamento para a Lei de Arbitragem ter sido declarada constitucional. Ver: STF, SE 5.206, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001.

¹³¹ SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. 1. ed. The Hague, Kluwer International, 1999, p. 260.

¹³² Na doutrina nacional, Selma Lemes escreve: “considerando o critério consensual que predomina em todos os temas da arbitragem, a interpretação estrita deve ser considerada exceção à regra”. LEMES, Selma Maria Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**. In: Reflexões sobre Arbitragem, *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. MARTINS, Pedro Batista. GARCEZ, José M. Rossani (orgs.) São Paulo: LTr, 2002, p. 188-208.

¹³³ Pesquisa feita em 2018 demonstra que entre 2010 e 2017 houve um aumento de 114,84% de procedimentos arbitrais iniciados. LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem em Números e Valores**. 2018. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 248

Recorde-se que a interpretação estrita não significa que se deve interpretar nos exatos limites da linguagem utilizada. Isto é, não se confunde com a interpretação literal¹³⁵. Não se trata de regra incompatível com àquela prevista no art. 112, Código Civil. Necessário se faz, em verdade, ao interpretar a cláusula compromissória, conjugar a busca pela vontade das partes às limitações decorrentes da sua natureza de renúncia¹³⁶.

Deve-se privilegiar a interpretação que confere efeito útil para às partes. Por essa razão que tem se falado no princípio do efeito útil da cláusula compromissória¹³⁷, segundo o qual, havendo dúvida, prestigia-se a interpretação que confere validade à cláusula arbitral¹³⁸. Em verdade, esse princípio nada mais é do que aplicação da boa-fé objetiva à interpretação da cláusula compromissória, como será melhor analisado no próximo tópico.

4.3. A BOA-FÉ OBJETIVA COMO VETOR INTERPRETATIVO

A boa-fé objetiva, conforme recorrente lição doutrinária, tem seu campo de incidência nos mais diversos áreas do Direito, mostrando-se, sobretudo, como princípio fundamental do Direito Privado. No Código Civil, inclusive, são encontradas diversas previsões atribuindo diferentes papéis à boa-fé objetiva.

Em verdade, pode-se atribuir à boa-fé objetiva três funções, quais sejam, (i) a função restritiva de exercícios de direitos, (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios e, por fim, (iii) a função hermenêutica-integrativa do contrato¹³⁹. No que se refere à primeira função, a boa-fé exerce um papel restritivo no exercício de direitos. Isto é, proíbe comportamentos que, muito embora sejam aparentemente legais, estão em contrariedade com o padrão de comportamento que se espera da pessoa, muitas vezes, em razão a confiança gerada na outra parte em decorrência de outro comportamento anterior – seja comissivo, seja omissivo. Trata-se de uma verdadeira tutela da confiança.

¹³⁵ “Tratando-se de renúncia e de negócios benéficos, a lei determina a interpretação restritiva, o que não significa de modo algum interpretação meramente literal. Significa, tão somente, estar vedada a extensão analógica, baseada na *eadem ratio* ou interpretação ampliativa”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 547).

¹³⁶ Alerta Selma Lemes: “a primeira ilação obrigatória a influenciar qualquer regra de hermenêutica na área arbitral é que ninguém incluiria, em sua consciência, as formas autocompositivas ou heterocompositivas de solução extrajudicial de conflitos se não tivesse minimamente a intenção de utilizá-las”. (LEMES, Selma Maria Ferreira. **Quando as cláusulas compromissórias demandam interpretação**. In: Revista Direito ao Ponto, Arbitragem e Mediação, Edição Especial II – Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo, CIESP/FIESP, Ano 4, n. 7, 2011, p. 13-14).

¹³⁷ Esse princípio foi inspirado no artigo 1.191 do *Code Civile* Francês: Quando uma cláusula é suscetível de dois significados, o que lhe dá efeito prevalece sobre aquele que não produz nenhum (tradução livre). Do original: Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em 25 de junho de 2019.

¹³⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Quando as cláusulas compromissórias demandam interpretação**. In: Revista Direito ao Ponto, Arbitragem e Mediação, Edição Especial II – Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo, CIESP/FIESP, Ano 4, n. 7, 2011, p. 13-14.

¹³⁹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 56.

Já na segunda função, a boa-fé tem o papel de criar deveres que não aqueles previstos no instrumento contratual. São os chamados deveres anexos ou acessórios, que impõem que os contratantes ajam com honestidade, lealdade e diligência, e surgem independentemente da vontade das partes. Trata-se, pois, de função integrativa da boa-fé, na medida em que confere às partes outros deveres, para além daqueles expressamente previstos no negócio jurídico¹⁴⁰.

Por fim, a boa-fé assume a função de cânone interpretativo¹⁴¹. Nesse sentido, impõe que a interpretação dada às cláusulas contratuais prestigie o significado que esteja mais de acordo com a lealdade e honestidade. Como resultado dessa função, o Código Civil prevê no artigo 113 que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé*”.

Por óbvio, esse parâmetro interpretativo se aplica às cláusulas compromissórias. Impede, pois, que sejam feitas interpretações maliciosas ou que visem prejudicar a contraparte, como, por exemplo, impedir o prosseguimento do processo arbitral simplesmente porque a cláusula está mal redigida, gerando alguma obscuridade. O sentido da manifestação deve, então, corresponder aos padrões de lealdade e honestidade.

Isso significa que o intérprete deve conferir à cláusula compromissória sua eficácia, que é justamente permitir instituição da arbitragem, e não a impedir. Mais ainda, a boa-fé, atuando como vetor interpretativo, permite até mesmo a “extensão”¹⁴² da cláusula compromissória, na medida em que comportamentos concludentes podem ser verificadores de consentimento com à arbitragem¹⁴³.

Em outras palavras, a boa-fé impõe às partes respeito à cláusula compromissória, de forma que se uma delas negar sua eficácia, seja retirando, seja restringindo seus efeitos, a contraparte poderá exigir a instituição da arbitragem: é essa a interpretação que, em circunstâncias normais (isto é, excetuando as causas de invalidade ou ineficácia), privilegia a boa-fé, atingindo o verdadeiro espírito do contrato.

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 563.

¹⁴¹ “quando do exercício da função hermenêutica integrativa, a boa-fé não atua simplesmente como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes negociantes, mas, também, na integração das lacunas porventura exigidas”. (DUARTE, Ícaro de Souza. **Hermenêutica contratual contemporânea, cláusulas gerais e a boa-fé objetiva**. In: *Hermenêutica aplicada*. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ASSIS JR., Luiz Carlos de. (coords.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161)

¹⁴² “Extensão subjetiva da cláusula compromissória” foi a expressão que se consolidou para designar a situação em que um terceiro não signatário é atingido pelos efeitos da cláusula compromissória. No entanto, não se trata propriamente de uma extensão, na medida em que todas as partes vinculadas à cláusula efetivamente consentiram com a arbitragem.

¹⁴³ Para uma leitura mais aprofundada sobre o assunto, ver: MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, §57. TEPEDINO, Gustavo. **Consensualismo na arbitragem e teoria dos grupos de sociedades**. In: *Revista dos Tribunais*, v. 903, ano 2011, p. 9 e ss. Na jurisprudência nacional, ver o emblemático *Caso Trelleborg*, que, muito embora não trate especificamente da boa-fé, o consentimento foi verificado a partir do comportamento da parte não signatária. BRASIL. TJSP, AP. Cív. 2674504600. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Desembargadora Constança Gonzaga, julgado em 24.05.2006.

5. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E O JUÍZO ARBITRAL

As análises feitas até esse momento visaram estabelecer algumas premissas necessárias para se enfrentar a questão principal objeto deste trabalho: saber qual o juízo competente (estatal ou arbitral) para processar o procedimento de prova antecipada quando há uma convenção de arbitragem que abrange a relação jurídica.

Nesse sentido, para encontrar a resposta para a questão, é necessário examinar, separadamente, cinco situações distintas. Primeira, quando as partes expressamente preveem na convenção de arbitragem a competência para a produção antecipada de prova; segunda, no caso de o tribunal arbitral já estar instituído; terceira, na hipótese em que não há previsão expressa na convenção de arbitragem. Essa última situação, por sua vez, subdivide-se em duas: *(i)* os casos de urgência (art. 381, I, CPC) e *(ii)* quando não há urgência (art. 381, II e III, CPC). Por fim, tem-se a hipótese em que o procedimento de prova antecipada exige a participação de terceiros interessados.

Ao examinar cada uma dessas situações serão estabelecidas diretrizes para fixar a competência do procedimento antecipado de prova.

5.1. PREVISÃO EXPRESSA NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ACERCA DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR O PROCEDIMENTO ANTECIPADO DE PROVA

A primeira hipótese é aquela na qual as partes preveem expressamente na convenção de arbitragem qual será o juízo competente para processar o eventual procedimento de prova antecipada. Nesse caso, não há maiores dificuldades.

As partes são livres para determinar a competência da ação probatória, já que se encontra na sua esfera de disponibilidade¹⁴⁴. Assim, as partes podem, desde logo, definir o juízo competente: ou o estatal ou o arbitral. A previsão expressa é, inclusive, a medida que mais gera segurança jurídica para as partes, na medida em que não suscita qualquer dúvida quanto à competência.

¹⁴⁴ Neste caso, a disponibilidade é “a possibilidade que as partes têm de dispor de suas posições e faculdades processuais; e também do procedimento estabelecido em lei, tomando decisões que lhe parecerem mais acertadas à defesa dos seus interesses”. DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **Disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 374.

Havendo, pois, convenção de arbitragem válida que determine expressamente a competência, a produção antecipada de prova deve ser processada perante o juízo escolhido pelas partes.

Nessa situação, ainda, enquadra-se aquela na qual as partes não determinam na convenção de arbitragem qual o juízo competente, mas, desde logo, fixam a câmara arbitral, cujo regulamento contém previsão expressa desta questão. Neste caso, será competente o juízo definido nas regras da câmara em face da adesão das partes. O regulamento da câmara escolhida passa a fazer parte da convenção de arbitragem, vinculando as partes a todas as suas previsões.

Pode ocorrer a situação em que se estabelece o juízo arbitral como competente para processar a produção antecipada de prova e, posteriormente, uma das partes ajuíza o procedimento na justiça estatal. Se a outra parte não alegar a existência de convenção de arbitragem, sua conduta importa renúncia ao juízo arbitral (art. 337, X e §6º, CPC)¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

Tem-se, então, a primeira diretriz:

i) a convenção de arbitragem pode estabelecer em que juízo – arbitral ou estatal – será processada a produção antecipada de prova, vinculando as partes a essa previsão.

5.2. O PROCEDIMENTO ANTECIPADO DE PROVA QUANDO HÁ TRIBUNAL ARBITRAL INSTITUÍDO

A segunda situação ocorre quando, muito embora não haja previsão expressa na convenção de arbitragem acerca da competência para a produção antecipada de prova, o tribunal arbitral já está constituído.

A Lei n. 9307/1996 considera instituída a arbitragem quando o árbitro aceita a nomeação ou, se forem vários, todos aceitam (art. 19). Alguns regulamentos preveem especificamente quando se dá a aceitação. Para a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil

¹⁴⁵ Essa hipótese, inclusive, reforça a tese defendida no capítulo 2.9 deste trabalho de que deve ser permitida defesa no procedimento da prova antecipada de prova. Seria absurdo permitir que o procedimento fosse feito na justiça estatal, quando há previsão expressa sobre a competência do juízo arbitral, apenas porque a parte ré não tem instrumento hábil para suscitar a incompetência.

¹⁴⁶ De acordo com Fredie Didier JR. essa renúncia deve ser interpretada restritivamente (art. 114, Código Civil). Prossegue: “regra de interpretação cuja incidência, nesse caso se torna ainda mais necessária, pois se está diante de uma renúncia tácita. Assim, deve-se interpretá-la no sentido de que o réu abdicou da jurisdição arbitral apenas para a discussão daquele determinado objeto litigioso; a convenção de arbitragem permanece existente para a solução de outro litígio”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 749.

(CAMARB), por exemplo, considera-se aceito o encargo quando da assinatura no Termo de Arbitragem (Art. 6.3, Regulamento de arbitragem da CAMARB)¹⁴⁷.

A partir do momento em que é constituído o tribunal, a competência para produção antecipada de prova é do juízo arbitral. Se a prova a ser produzida é relativa a uma relação jurídica submetida à convenção de arbitragem e o tribunal já está instaurado, todas as medidas concernentes a essa relação serão de competência do árbitro¹⁴⁸. Se as partes já instauraram o procedimento de elegeram a arbitragem como a via para resolver os seus conflitos, não há razão para, com o tribunal instaurado, buscar o Poder Judiciário – o que ocorre nas hipóteses de urgência, como será desenvolvido abaixo.

Além disso, esse entendimento decorre de interpretação do art. 22-B, *caput* e parágrafo único, da Lei de Arbitragem, que transfere ao árbitro o poder de conceder medidas cautelares após a instituição da arbitragem. Neste momento, todos os poderes são transferidos ao árbitro, podendo o Judiciário interferir excepcionalmente nas hipóteses de necessidade de medidas coercitivas ou por meio de pedido de cooperação pelo tribunal (art. 22-C, Lei de Arbitragem).

Ressalte-se, ainda, que a situação tratada neste tópico é peculiar. Observe-se que, no caso do litígio já está instaurado, e apenas se deseja adiantar a produção probatória, não se trata do procedimento autônomo de produção antecipada de prova, conforme já explicado anteriormente.

A hipótese seria, então, aquela na qual já há um tribunal formado para resolver um litígio e se deseja produzir antecipadamente uma prova, decorrente da mesma relação jurídica, porém relativo a outro litígio. Na eventualidade de ser instaurado esse segundo litígio, não necessariamente ele será processado perante o mesmo tribunal. No entanto, para que se considere o tribunal constituído, é preciso que se trate da mesma relação jurídica.

Em outras palavras, se as mesmas partes possuem duas relações jurídicas distintas – por exemplo, dois contratos completamente independentes entre si – e em uma delas há o litígio instaurado, na outra deseja-se produzir a prova antecipadamente, nesta última não pode considerar que há tribunal instaurado. É hipótese tratada adiante.

De qualquer modo, chega-se à segunda diretiva:

ii) instituído o juízo arbitral, será de competência do árbitro o processamento do procedimento antecipada de prova relativo ao litígio objeto da demanda, não havendo convenção de arbitragem em outro sentido.

¹⁴⁷ Disponível em: <http://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2019/04/regulamento-camarb.pdf>. Acesso em: 06 junho de 2019.

¹⁴⁸ Exceto medidas executivas por expressa proibição legal.

5.3. A OMISSÃO NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O PROCEDIMENTO ANTECIPADO DE PROVA FUNDADO EM URGÊNCIA

A terceira hipótese que pode ocorrer é a de não haver previsão na convenção de arbitragem acerca da competência para a ação probatória autônoma e uma das partes deseja ajuizá-la com fundamento na urgência de sua produção (art. 381, I, CPC).

A resposta para essa questão também é simples: tem competência o Poder Judiciário¹⁴⁹. Trata-se de aplicação do art. 22-A da Lei de Arbitragem, na medida em que o que se requer é justamente uma tutela de urgência.

Ressalte-se que algumas câmaras de arbitragem preveem procedimento de “arbitragem de emergência” para que, se as partes desejarem, elas possam transferir exclusivamente para o juízo arbitral a competência para conceder medidas de urgência mesmo antes da instauração do procedimento, sem o prejuízo de demora da constituição do tribunal. No entanto, os regulamentos também estabelecem, via de regra, que, para que seja acionado o árbitro de emergência, é necessário que haja previsão expressa na convenção de arbitragem¹⁵⁰. Não se trata, então, de omissão.

Se ocorrer, no entanto, de a câmara eleita pelas partes não exigir a previsão expressa para que o árbitro de emergência possa ser acionado, entende-se que a competência arbitral é facultativa¹⁵¹ – pode ser ajuizada a produção antecipada de prova no juízo arbitral ou na justiça estatal. Se o regulamento ou as partes não excluïrem expressamente a competência do Poder Judiciário para apreciar as medidas de urgência, a previsão legal (art. 22-A, Lei de Arbitragem) pode conviver tranquilamente com a possibilidade de árbitro de emergência¹⁵².

¹⁴⁹ No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 170-171; YARSHELL, Flávio Luiz e 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 (orgs). *Arbitragem: Estudos Sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 244-245. TJSP. Agravo de Instrumento nº 2083200-80.2014.8.26.0000, Relator Des. Claudio Godoy, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 03/02/2015

¹⁵⁰ Ver, por exemplo, art. 5.1.3 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado; art. 1º, §2º, b da Resolução Administrativa 32/2018 do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; art. 7.5 c/c 7.6 do Regulamento de Arbitragem e Mediação da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná.

¹⁵¹ Pedro Guilhardi explica: “Grande parte dos regulamentos de arbitragem das instituições internacionais já contempla a possibilidade de as partes submeterem a disputa ao assim denominado árbitro de emergência, sem prejuízo, claro, de, caso assim optarem, submeterem o pleito urgente ao Poder Judiciário competente, eis que ainda não formado o Tribunal Arbitral”. (GUILHARDI, Pedro. **Medidas de urgência na arbitragem**. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 49, ano 2016, p. 67-101).

¹⁵² O art. 29(7) do Regulamento da CCI expressamente regula essa questão: “[a]s disposições sobre o Árbitro de Emergência não têm a finalidade de impedir que qualquer parte requeira medidas cautelares ou provisórias urgentes a qualquer autoridade judicial competente a qualquer momento antes de solicitar tais medidas e, em circunstâncias

Interessante notar ainda que não se aplica ao procedimento de produção antecipada de prova o disposto no parágrafo único do art. 22-A da Lei de Arbitragem, segundo o qual a medida de urgência perde sua eficácia se não instaurada em 30 (trinta) dias a arbitragem. A justificativa para isso é exatamente a mesma para que não fosse aplicado às ações probatórias o prazo de eficácia da medida cautelar previsto no Código de Processo Civil de 1973, já analisado anteriormente. Após esse prazo, a prova não perde sua utilidade e não altera os fatos verificados. A produção antecipada de prova não é medida cautelar.

Fixa-se, então, a terceira diretiva:

iii) na omissão da convenção de arbitragem, o Poder Judiciário possui competência para processar a produção antecipada de prova fundada na alegação de urgência na sua produção.

5.4. A OMISSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FUNDADA NAS HIPÓTESES QUE DISPENSAM A URGÊNCIA

Outra situação que pode ocorrer é aquela na qual as partes nada dispõem na convenção de arbitragem sobre a competência para processar a produção antecipada de prova e uma das partes pretende ajuizar a ação probatória sem caráter de urgência, ou seja, fundado na hipótese prevista no art. 381, II, CPC e/ou art. 381, III, CPC.

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

Assim, não há uma resposta única para a questão. É necessário examinar o caso concreto para que seja definida a competência. Por essa razão, optou-se por analisar os argumentos, alguns já trazidos pela doutrina e outros não, e, a partir dessa investigação, fixar diretrizes para auxiliar na definição do juízo competente para processar o procedimento de antecipação probatória diante do caso concreto.

apropriadas, até mesmo depois de tal solicitação, nos termos do Regulamento. Qualquer requerimento de tais medidas a uma autoridade judicial competente não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem. Quaisquer pedidos e medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria". Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/ICC-865-1-POR-Arbitragem-Mediacao.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2019.

5.4.1. Interpretação da Convenção de Arbitragem

Neste tópico, primeiro serão analisados aspectos da interpretação para que seja fixada a diretriz para se determinar a competência para o processamento da produção antecipada de prova e, posteriormente, será analisada uma situação concreta, aplicando-se as premissas anteriormente postas.

5.4.1.1. Aspectos Gerais

Quando as partes não preveem expressamente a competência para o processamento da produção antecipada de prova, a interpretação da convenção de arbitragem é o que primeiro passo para resolver o problema. Isso porque, muito embora não esteja explícita a vontade das partes, a pactuação pode conter indícios da sua intenção.

Como se sabe, a arbitragem é expressão da autonomia privada, de modo que ninguém pode ser obrigado a se submeter ao juízo arbitral sem o consentimento. Por isso, deve-se buscar a manifestação de vontade das partes para definir a competência do procedimento probatório.

Inicialmente, devem ser observados os parâmetros interpretativos do negócio jurídico, já analisados nesse trabalho. É necessário, pois, que se busque a real intenção das partes consubstanciada em suas declarações. Analisam-se, assim, os comportamentos durante a negociação, conclusão e execução do contrato como forma de buscar o que as partes, realmente, desejavam regular.

Ao mesmo tempo, a interpretação deve respeitar os ditames da boa-fé. Isto é, as consequências jurídicas decorrentes da interpretação da convenção de arbitragem não podem afrontar os padrões de lealdade e honestidade. Ainda, é preciso conferir efeito útil à convenção de arbitragem – a simples inclusão da convenção de arbitragem indica a intenção de submeter todos os conflitos à justiça privada.

Além disso, não são permitidas interpretações extensivas da convenção de arbitragem, na medida em que ela se caracteriza como um negócio jurídico por meio do qual há renúncia de direito.

Recorde-se, ainda, que a Medida Provisória 881/2019 alterou o Código Civil para acrescentar mais um parâmetro interpretativo. O art. 423, Código Civil, estabelece que o contrato deve ser interpretado contra quem redigiu a cláusula controvertida. Essa regra é especialmente importante nos contratos de adesão, na medida em que serve como desincentivo aos redatores da cláusula inserirem convenções de arbitragens vagas para, posteriormente, serem usadas em seu favor.

A partir disso, pode-se estabelecer, então, uma diretiva para o caso de omissão na convenção de arbitragem:

iv) no silêncio da convenção de arbitragem e na ausência de urgência, para definir a competência do procedimento antecipado de prova é necessário, em primeiro lugar, interpretar a convenção de arbitragem de acordo com os ditames da boa-fé, buscar a real intenção das partes e, ainda, respeitar os limites interpretativos dos negócios que implicam renúncia, de acordo com os arts. 112 a 114 do Código Civil.

5.4.1.2. Um exemplo concreto

Essa diretriz pode ser mais bem analisada em situações concretas, razão pela qual se optou por trazer um caso real, em que havia convenção de arbitragem omissa quanto à competência para a produção antecipada de prova e uma das partes ajuizou a ação probatória no Poder Judiciário. A parte contrária, então, arguiu a incompetência da justiça estatal¹⁵³.

Na cláusula, as partes determinaram que não estaria vedado “recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção de medidas cautelares, para a execução específica de obrigações contidas neste contrato e para a execução da sentença de outras decisões arbitrais”¹⁵⁴.

Observa-se que as partes, em momento nenhum, estabeleceram a competência para a produção antecipada de prova. Ocorre que os contratantes excetuaram expressamente em quais casos seria permitida a intervenção do Poder Judiciário, ainda que para ratificar os poderes já previstos em lei. Desse modo, é possível concluir que se desejassem que a produção antecipada de prova sem caráter de urgência também pudesse ser processada perante a justiça estatal, as partes teriam adicionado ao rol de exceções essa possibilidade.

Essa interpretação observa, em primeiro lugar, a regra que impõe ao intérprete buscar a real intenção das partes. Veja-se que, ao inserir as hipóteses em que o Judiciário poderia intervir, as partes deixam claro que em qualquer outra situação é o juízo arbitral competente para processar a demanda. Pode-se extrair, pois, que, neste caso concreto, a vontade das partes, ao firmar o contrato, era de que qualquer procedimento fosse processado na arbitragem.

Nota-se, também, que é uma interpretação que privilegia a boa-fé, pois confere efeito útil à convenção de arbitragem. Isto é, permite que a cláusula produza seus efeitos, não sendo demais

¹⁵³ Neste caso pretende-se analisar exclusivamente a redação da convenção de arbitragem, na medida em que nenhuma das partes suscitou comportamentos ou declarações anteriores que pudessem demonstrar manifestação de vontade quanto ao procedimento antecipatório.

¹⁵⁴ As informações foram omitidas para preservar o sigilo do processo.

dizer que se evadir da arbitragem previamente pactuada não condiz com os padrões de confiança gerada em face da pactuação respectiva.

Por fim, não é feita uma interpretação extensiva da convenção de arbitragem, na medida em que, quando pactuada a arbitragem, a intervenção do Poder Judiciário passa a ser excepcional, ponto que será melhor desenvolvido adiante.

Neste caso, pois, considerando exclusivamente a diretriz *iv* acima indicada, a competência seria do juízo arbitral.

5.4.2. Em Princípio, a Competência será do Juízo Arbitral

Como se demonstrou, o primeiro passo para determinar a competência será interpretar a convenção de arbitragem. Sucede que pode ocorrer de a cláusula ou os comportamentos das partes não contenham elementos para que seja determinada a competência. É o caso, por exemplo, de ser incluída uma cláusula padrão, muitas vezes sugerida pela câmara arbitral escolhida. Nesse caso, supera-se a primeira diretiva e é necessário que se estabeleça a competência para a produção antecipada de prova.

Neste tópico, então, utilizar-se-á uma metodologia um pouco diferente das demais. Primeiro será fixada a diretiva para que, posteriormente, sejam demonstrados os motivos pelos quais se defende a posição ali posta. Tem-se, pois, a quinta diretiva:

v) na omissão da convenção de arbitragem, o juízo arbitral, via de regra, será competente para processar a produção antecipada de prova sem o requisito de urgência.

Para entender essa afirmação será necessário, em primeiro lugar, examinar as razões que a justificam e, em sequência, rebater alguns argumentos trazidos pela doutrina para defender posição contrária.

5.4.2.1. A intervenção excepcional do Poder Judiciário

São atribuídos à convenção de arbitragem dois efeitos: um positivo e um negativo¹⁵⁵. O efeito negativo conduz à abstenção do Poder Judiciário para julgar qualquer causa que recaia nos limites objetivos da convenção de arbitragem¹⁵⁶. A eficácia positiva, por outro lado, confere

¹⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 120.

¹⁵⁶ Nesse sentido, Jean Carlos Dias leciona: “é vedado ao juiz o conhecimento do conflito cuja solução foi consensualmente endereçada a esse equivalente jurisdicional?”. DIAS, Jean Carlos. **O efeito processual da convenção de arbitragem**. In: Revista Dialética de Direito Processual, v. 98, ano 2011. p. 56.

efetividade à cláusula, na medida em que vincula as partes a submeter seus litígios ao juízo arbitral.

Assim, a existência da convenção de arbitragem torna obrigatória a jurisdição arbitral, salvo se houver renúncia, expressa ou tácita, de todas as partes que firmaram o pacto. Permite-se, no entanto, intervenções excepcionais do Poder Judiciário. Segundo Caio Cesar Rocha, essa intervenção possui três funções:

- (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 legal¹⁵⁷.

Além disso, o Poder Judiciário pode conceder tutelas de urgência (art. 22-A, Lei de Arbitragem) e cooperar com o árbitro, quando provocado (art. 22-C, Lei de Arbitragem). Trata-se, pois, de situações excepcionalíssimas, que visam apenas assegurar a efetividade e higidez do processo arbitral¹⁵⁸.

Significa dizer, então, que excetuados os casos acima listados, é o árbitro quem possui competência para processar a demanda. Prestigia-se, assim, o juízo arbitral. 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 arbitragem¹⁵⁹.

Esse princípio, muito embora se tenha desenvolvido internacionalmente¹⁶⁰, encontra no ordenamento brasileiro 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.

¹⁵⁷ ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 289. Destaque-se que a dissertação foi escrita antes da edição da Lei n. 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem. Por isso o autor não menciona as tutelas de urgência e cooperação.

¹⁵⁸ Eduardo Damião Gonçalves alerta: “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: Reflexões sobre arbitragem. MARTINS, Pedro A. Batista. GARCEZ, José Maria Rossani (coords.). São Paulo: LTr, 2002, p. 212.

¹⁵⁹ HANOTIAU, Bernard. *L’arbitrabilité et la favor arbitrandum: un reexamen*. *Journal du Droit International*. v. 121, n. 4, ano 1994, p. 899-966.

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio. MASSA, Dieg. **Análise da decisão “BG Group PLC vs Republica Argentina” proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 88, ano 2014, p. 211-237.

Levando isso em consideração é que se afirma que, na ausência de estipulação expressa, a produção antecipada de prova deve ser considerada como incluída no escopo da convenção de arbitragem¹⁶¹. Essa conclusão respeita os efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem, ao mesmo tempo que preserva a vontade das partes de que os litígios decorrentes da relação jurídica fossem resolvidos por arbitragem.

Além disso, raciocínio contrário seria criar mais uma hipótese de interferência do Judiciário que, como se viu, deve ser excepcional¹⁶². Não há, a princípio¹⁶³, motivo que justifique essa intervenção para o procedimento antecipado de prova.

5.4.2.2. A Ausência de Poder Executório

Poder-se-ia, ainda, utilizar como argumento contrário à produção antecipada de prova no juízo arbitral, a ausência de poder executório do árbitro, o que poderia dificultar o procedimento.

Sucedo que essa dificuldade também poderia ser encontrada pelo árbitro na fase instrutória da “demanda principal”, de modo que não é argumento válido para afastar a competência da justiça privada¹⁶⁴. Se o fundamento fosse apto a alterar a competência do procedimento probatório, inviabilizaria o árbitro a instruir qualquer demanda a ele submetida. Em verdade, impediria o árbitro de proferir também decisões de urgência, que, assim como a produção antecipada de prova, é um procedimento sumário e, eventualmente, necessita de auxílio

¹⁶¹ No mesmo sentido decisão proferida pela 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem: "Dessarte, três são as hipóteses de requerimento de uma produção antecipada de provas: [...] Não existe restrição quanto a quais provas podem ser produzidas antecipadamente, daí porque admissíveis quaisquer delas, desde que lícitas e possíveis, inclusive as documentais. Para que cabível um procedimento de produção antecipada de provas prévio à arbitragem, entende o Juízo que se faz imprescindível a urgência, já que o art. 22- A da Lei nº 9.307/96 [Lei de Arbitragem LA] assim prevê expressamente [...]. Por consequência, as outras hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas viabilidade de autocomposição ou prévio conhecimento dos fatos não justificam a propositura de um procedimento cautelar pré-arbitral em razão, justamente, da ausência de urgência. Nessas situações, o procedimento deve ser proposto diretamente perante o tribunal arbitral." TJSP, 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem, processo nº 1004160- 81.2019.8.26.0100. DJe 11.03.2019. No mesmo Sentido: TJSP, 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem, processo nº 1125900-40.2018.8.26.0100. DJe 08.01.2019.

¹⁶² Nesse mesmo sentido: Flávio Luiz Yarshell e Lucas Britto Mejias: “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 e 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 (orgs). Arbitragem: Estudos Sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 244-245).

¹⁶³ Fala-se a princípio, pois, como será demonstrado abaixo, existem situações que justificam a intervenção.

¹⁶⁴ ROSSONI, 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://www.academia.edu/37575479/Produ%C3%A7%C3%A3o_antecipada_de_prova_sem_requisito_da_urg%C3%Aancia_e_ju%C3%ADzo_arbitral_no_direito_societ%C3%A1rio_breves_considera%C3%A7%C3%B5es_sobre_a_compet%C3%Aancia_para_sua_produ%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 20 de junho de 2019, p. 10.

do Judiciário para efetivar a decisão. Neste último caso, contudo, não há dúvidas de que da competência do juízo arbitral (art. 22-B, parágrafo único, Lei de Arbitragem).

No caso de resistência da parte contrária, a própria Lei de Arbitragem e o Código de Processo Civil preveem mecanismo de cooperação com o Poder Judiciário para que este possa auxiliar o juízo arbitral a efetivar suas decisões (art. 22-C e art. 237, respectivamente).

Eduardo Talamini¹⁶⁵ entende que se o requerente da produção antecipada de prova já souber de antemão que haverá resistência da parte contrária, a competência se altera para o Poder Judiciário. Essa exceção, no entanto, deve ser vista com ressalvas.

A mera possibilidade do requerido resistir não é apto a alterar a competência. Isso só deve ocorrer em situações excepcionalíssimas, em que há claras evidências de oposição da parte contrária.

Observe-se, por exemplo, a situação em que o sujeito A envia notificação para B, solicitando determinado documento, sob pena de ser ajuizada a produção antecipada de prova. B, no entanto, não entrega o documento requerido. Poderia se pensar que, neste caso, haveria clara resistência de B e, portanto, justificaria a alteração da competência. Ocorre que B pode alegar, na ação probatória, direito à intimidade e, por isso, deve ser escusado do dever de exibi-lo. Neste caso, compete ao tribunal arbitral decidir acerca da existência ou não do direito suscitado por B para, posteriormente, e se necessário, o Poder Judiciário impor medidas coercitivas.

Se, por outro lado, o comportamento de B demonstrasse inequivocamente que a recusa do documento é injustificada, e esse fosse o único objeto da produção antecipada de prova, poder-se-ia justificar a transferência para o judiciário, em razão do princípio da razoabilidade. Essa possibilidade de alteração de competência será melhor analisada mais adiante.

5.4.2.3. O problema do contraditório

José Victor Zakia e Gabriel Visconti defendem que o Judiciário é competente para processar a produção antecipada de prova, nesses casos de omissão da convenção de arbitragem. Os autores defendem, entre outros motivos, que a validade da decisão proferida pelo árbitro seria questionável, na medida em que não há possibilidade de defesa. Isso, para os autores, importaria

¹⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101

violação ao contraditório e, portanto, anulação com base no art. 32, VIII, Lei de Arbitragem. Defendem, então, os autores:

Não só isso, mas da forma como regulada – isto é, sem a possibilidade de apresentação de defesa e com a mera inclusão de “interessados” –, seria bastante questionável se a decisão proferida pelos árbitros ao final seria válida. A sentença arbitral, da forma como previsto no art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem, deve ser resultado de um procedimento no qual foram respeitados os princípios gerais do processo, como o contraditório, a ampla defesa, entre outros. A produção antecipada de provas, ao não permitir que o “interessado” apresente defesa, poderia, a nosso ver, resultar em uma sentença arbitral nula¹⁶⁶.

Não parece, no entanto, que esse é um argumento válido para defender a jurisdição estatal. Em primeiro lugar, conforme já demonstrado no capítulo 2 deste trabalho, a proibição constante no art. 382, §4º, CPC, está voltada para a impossibilidade de se discutir a valoração da prova. Não se pode conceber a completa supressão do contraditório, ou a previsão seria manifestamente inconstitucional.

Em segundo lugar, assim como a Lei de Arbitragem prevê expressamente o contraditório como princípio a ser observado (art. 21, §2º), o Código de Processo Civil também o faz (art. 7º, 9º e 10, dentre outros). Ambos os processos possuem como garantia fundamental o exercício do contraditório. Aliás, trata-se de princípio constitucional e um dos mais importantes do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, se este argumento for utilizado para afastar a jurisdição arbitral, do mesmo modo deveria ser utilizado para afastar a jurisdição estatal – o que não parece fazer qualquer sentido. Nessa visão, a produção antecipada de prova perderia completamente seu objeto: ele não poderia ser processado perante o juízo arbitral, tampouco o estatal. Se for o caso, cabe, em verdade, ao árbitro¹⁶⁷ ou juiz, no caso concreto, exercer o controle de constitucionalidade e afastar a incidência do artigo art. 382, §4º, CPC – pelo menos em sua interpretação literal.

Além disso, se, por um lado, a sentença arbitral poderia ser anulada com fundamento no art. 32, VIII, da Lei de Arbitragem, por outro, a decisão judicial poderia ser rescindida com base no art. 966, V, CPC, no caso de desrespeito ao contraditório.

Sob o ponto de vista trazido pelos mencionados autores, portanto, ambas as jurisdições se encontram exatamente na mesma situação, afinal, deve-se respeitar o devido processo legal

¹⁶⁶ ZAKIA, José Victor Palazzi. VISCONTI, Gabriel Caetano. **Produção antecipada de prova** em arbitragem e jurisdição. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 59, ano 2018, p. 195-211.

¹⁶⁷ Sobre a possibilidade de o árbitro exercer o controle incidental de constitucionalidade, ver: NERY JR. Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, livro eletrônico.

tanto no processo arbitral, como no judicial. Esse argumento não deve, então, ser utilizado para defender qualquer das posições: seja a competência do juízo estatal, como fazem os autores, seja a competência do juízo arbitral.

5.4.2.4. A ausência de pronunciamento judicial na produção antecipada de prova

O art. 382, §2º, CPC, prevê que, na produção antecipada de prova, é defeso ao juízo se pronunciar sobre a ocorrência ou não do fato e suas respectivas consequências jurídicas. Tendo isso em vista, alguns autores defendem que essa previsão afasta a competência do juízo arbitral para a produção antecipada de prova.

Marcelo Mazzola sustenta:

Primeiro, porque, no procedimento em questão, o juiz não se pronunciará "sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas" (art. 382, § 2º, do CPC/15). Ou seja, não há vencido e vencedores, tampouco a formação de coisa julgada¹⁶⁸.

Muito embora este autor não tenha desenvolvido mais a sua ideia, o que torna difícil sua exata compreensão, acredita-se que o que se pretendeu argumentar é que na produção antecipada de prova não há decisão da controvérsia, e, por isso, processá-lo na justiça estatal não fere a competência do juízo arbitral.

De fato, não há decisão sobre a potencial controvérsia que se pode instaurar. No entanto, conforme explicado no capítulo 2, há decisão da existência ou não do direito à produção da prova, que, por ser o próprio mérito da ação, faz coisa julgada. Isso significa dizer, então, que, se no procedimento antecipado de prova, o juízo entender que a parte não possui o direito de produzir a prova requerida, o juiz da causa que eventualmente poderá ser ajuizada está vinculado a essa decisão, salvo se se verificarem circunstâncias novas¹⁶⁹.

Além disso, é o juízo que processa a produção antecipada que atesta a validade da prova produzida, não podendo ser contestada posteriormente. Assim, o juízo da “causa principal”, muito embora possa mandar repetir a prova caso ache necessária, não pode o fazer sob o fundamento de invalidade dela, pois, neste ponto, também, há coisa julgada.

Há, portanto, clara atividade jurisdicional no procedimento da produção antecipada de

¹⁶⁸ MAZZOLA, Marcelo. **Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”**. In: Revista de Processo, v. 291, ano 2019, p. 427-466.

¹⁶⁹ Reconhece-se, nesse ponto, que, em grande parte dos casos, haverá circunstâncias novas, que seria a própria ação. Podem, no entanto, existir casos – ainda que raros – em que as circunstâncias não alteram como, por exemplo, no caso de se ajuizar uma produção antecipada de prova para liquidar o pedido da “ação principal”.

prova, de forma que a competência deve ser do juízo arbitral. Veja-se que, ao firmar uma convenção de arbitragem, as partes renunciam à jurisdição estatal, transferindo a competência para a arbitragem. Essa competência, por sua vez, não se limita à decisão final sobre a controvérsia. Não se pode pensar que a atividade exercida pelo árbitro se resume à tomada da decisão final quanto à controvérsia. O julgamento envolve toda a condução do procedimento até a decisão final.

Assim, é competente o árbitro para decidir acerca de todas as questões, inclusive o direito da parte de produzir prova e sua validade. Não faz sentido pensar que sua competência está adstrita somente à “matéria de fundo”, ou seja, à decisão do direito material. As partes, ao escolherem a jurisdição arbitral para dirimir suas controvérsias, estão abarcando todas as controvérsias, ainda que potencial¹⁷⁰, sejam materiais, sejam processuais¹⁷¹.

Em sentido contrário, sustentam Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria e Paula Sarno, para quem, na produção antecipada de prova “*não há decisão sobre o litígio nem certificação do direito abrangido pela convenção de arbitragem*”¹⁷².

De fato, não há decisão acerca do direito material. Contudo não se pode pensar que a convenção de arbitragem se limita a isso. A cláusula transfere a atividade jurisdicional ao árbitro, devendo ser ele competente para apreciar qualquer pedido das partes.

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-competência¹⁷³, norma decorrente dos arts. 8º e 20, §2º, da Lei de Arbitragem e art. 485, VII, CPC¹⁷⁴, amplamente reconhecida pela

¹⁷⁰ Observe-se que essa controvérsia é em tese. Pode ocorrer de, na situação concreta, a outra parte não se opor à produção da prova. No entanto, isso não altera a conclusão. O mesmo poderia ocorrer em um processo de conhecimento: o autor deduz o seu pedido, e o réu pode concordar.

¹⁷¹ Nesse sentido, defende Igor Rossoni: “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”. (ROSSONI, 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://www.academia.edu/37575479/Produ%C3%A7%C3%A3o_antecipada_de_prova_sem_requisito_da_urg%C3%Aancia_e_ju%C3%ADzo_arbitral_no_direito_societ%C3%A1rio_breves_considera%C3%A7%C3%B5es_sobre_a_compet%C3%Aancia_para_sua_produ%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 20 de junho de 2019).

¹⁷² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil.** v. II, 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 170-171.

¹⁷³ Antônio Menezes Cordeiro explica: “Como reflexo positivo da convenção de arbitragem, o tribunal arbitral chama a si a apreciação do caso, decidindo se pode fazê-lo. Consequentemente [...] estes [o Estado] ficam privados de competência para apreciar o tema (reflexo negativo). MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Arbitragem.** Coimbra: Almedina, 2015, p. 203.

¹⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** v. I. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 752.

doutrina¹⁷⁵ e jurisprudência¹⁷⁶ 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 arbitragem¹⁷⁷.

Além disso, quando as partes firmam uma convenção de arbitragem, há uma genuína expectativa que todo o procedimento seja processado perante o juízo arbitral, salvo hipóteses excepcionais. Quer dizer, então, que as partes esperam que a prova seja produzida perante o árbitro. Seria um contrassenso afirmar que a justiça estatal é competente para produzir a prova apenas porque ela está sendo materializada antes do processo que eventualmente poderá ser utilizada. A competência para a produção probatória não se transfere pelo momento de sua produção.

Em sentido contrário, José Victor Zakia e Gabriel Visconti sustentam que a produção da prova não oferece uma prestação jurisdicional e, em razão disso, afastam a competência da arbitragem:

Podemos observar que a disciplina legal e a forma pela qual o legislador optou por regular a ação autônoma de produção de provas é no mínimo peculiar. Uma vez que tal ação não busca resolver uma disputa, não tem nem mesmo natureza de ação de “jurisdição voluntária” e não tem como objetivo último a pacificação social, por ora, consideramos que é possível questionar seu caráter jurisdicional.

Não se tratando de ação que demande prestação jurisdicional, entendemos possível defender que a existência de cláusula compromissória não desloca para os árbitros a competência para decidir acerca de uma possível ação autônoma de produção de provas.

A função exercida pelos árbitros é fundamentalmente jurisdicional, pois são imbuídos de poderes para aplicar o direito sobre determinado litígio,

¹⁷⁵ Cândido Rangel Dinamarco leciona: “é a competência do próprio árbitro para em primeiro lugar decidir sobre a concreta existência da jurisdição arbitral”. DINAMARCO Cândido Rangel. **A Arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94.

¹⁷⁶ Voto da Ministra Regina Helena Costa no Conflito de Competência nº 139.519/RJ: “Isso porque revela-se a necessidade de observância dos arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, que conferem ao juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no princípio da competência-competência, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre os limites de suas atribuições, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 139.519/RJ. Primeira Seção. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 11/10/2017. Mais recentemente a Ministra Nancy Andrighi se manifestou: “Como corolário do princípio competência-competência, dispostos nos arts. 8º e 20 da Lei 9.307/96, a legislação brasileira sobre arbitragem estabelece uma precedência temporal ao procedimento arbitral, permitindo que seja franqueado o acesso ao Poder Judiciário somente após a edição de sentença arbitral”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.656.643/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 12.04.2019.

¹⁷⁷ Nesse sentido, sem tratar especificamente da questão ora em debate, defendem Francisco Müssnich e Marcela Travassos: “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: Processo Societário. v. I. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (orgs). 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 242.

pacificando eventual disputa havida entre as partes, observando ainda procedimentos específicos que respeitem as garantias do devido processo legal. A ação autônoma de produção de provas, da forma como disciplinada pelo NCPC, nos parece incondizente com essa premissa, pois não representa situação que deva ser resolvida por meio de provimento jurisdicional.

Para os autores, então, a produção antecipada de prova não possui natureza jurisdicional, por isso não estaria abarcada pela convenção de arbitragem¹⁷⁸. Em verdade, não há uma prestação jurisdicional no sentido de pronunciar-se sobre o fato controverso e suas consequências jurídicas. No entanto, como se disse, há pronunciamento sobre a existência ou não do direito à produção da prova, que constitui o próprio mérito da ação probatória, assim como há coisa julgada relativa à validade da prova. Há, pois, provimento jurisdicional. A discordância, nesse caso, está na premissa adotada, pois não se aceita o entendimento dos autores de que inexistente atividade jurisdicional¹⁷⁹.

No entanto, ainda que fosse mera atividade administrativa, como parecem entender os autores¹⁸⁰, a competência é do juízo arbitral, pois a produção da prova é relativa à uma relação jurídica submetida a uma convenção de arbitragem. Trata-se conclusão que respeita a boa-fé objetiva, na medida em que, como se demonstrou, quando as partes pactuam uma convenção de arbitragem, cria-se legítima expectativa de que ela valerá para todo procedimento decorrente daquela relação. Não apenas isso. Como já explicado, o efeito negativo da convenção de arbitragem impõe a abstenção do Poder Judiciário, de forma que sua interferência deve ser mínima.

Além disso, ainda que a atividade do árbitro seja essencialmente jurisdicional, deve ser ele competente também para resolver questões administrativas que um juiz seria competente para resolver, desde que respeitada as limitações legais. A própria Lei de Arbitragem equipara o árbitro ao juiz (art. 18), de modo que a competência do primeiro só não será igual ao do segundo nos casos em que houver norma – seja lei, seja vontade das partes – que impeça isso de acontecer, como ocorre, por exemplo, em questões de família.

¹⁷⁸ Ressalte-se que os autores afastam a natureza jurisdicional sob o fundamento de que não promove a pacificação social. Contudo, já foi demonstrado no capítulo 2 deste trabalho que a produção antecipada de prova é instrumento hábil à consecução do escopo social da jurisdição – a pacificação social.

¹⁷⁹ Nesse ponto, verifica-se contradição dos autores. Eduardo Talamini é citado como referência para a afirmação “não tem nem mesmo natureza de ação de “jurisdição voluntária”. Ocorre que, muito embora Talamini não entenda ser hipótese de jurisdição voluntária, o autor reconhece o caráter jurisdicional do procedimento antecipado de prova, diferentemente dos autores. TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

¹⁸⁰ José Victor Zakia e Gabriel Visconti não esclarecem qual acreditam ser a natureza jurídica do procedimento antecipado de prova. No entanto, eliminam, por completo, a possibilidade de ser exercício de atividade jurisdicional.

5.4.2.5. Outra premissa, mesma conclusão

O tópico anterior partiu da premissa que a produção antecipada de prova é totalmente autônoma e independente de eventual processo que possa ser instaurado. Em sendo independente, uma vez assegurado o direito à prova (com mais razões se admitindo recurso sobre a questão), a decisão transita em julgado, não podendo ser discutida, inclusive, a validade da prova produzida. Há, no entanto, quem entenda que não há possibilidade de defesa, recurso, tampouco formação da coisa julgada¹⁸¹.

Nesta hipótese, admitir-se-ia a discussão acerca da validade da prova produzida no processo principal, pois o procedimento antecipado seria uma mera fase daquele, sem autonomia. Integrar-se-ia, portanto, ao processo principal como uma de suas fases, em que a questão decidida antecipadamente poderá ser impugnada ao final, quando da apelação. Logo não haveria coisa julgada quanto à questão. Ainda que não se concorde com essa posição, é importante, para se estabelecer o diálogo, demonstrar que, mesmo adotando essa premissa, a competência para a produção antecipada de prova sem urgência, nos casos de omissão da convenção de arbitragem, é do juízo arbitral.

Observe-se que a conclusão acerca da competência da ação probatória não se pautou apenas no argumento de que há formação de coisa julgada e, portanto, no caso de ser processada no Poder Judiciário, há invasão da competência do árbitro.

Conforme se explicou, a intervenção da justiça estatal é excepcional e decorre de alguma norma que permita que isso ocorra – a lei ou a vontade das partes. Na ausência de previsão expressa, o efeito negativo da convenção de arbitragem impõe a abstenção da justiça estatal nas questões processuais que decorrem da relação jurídica.

Além disso, trata-se de interpretação que privilegia a boa-fé, na medida em que, ao firmar uma convenção de arbitragem, cria-se uma legítima expectativa de que qualquer questão processual será resolvida pela arbitragem. Não é razoável pensar que a competência do árbitro se limite à decisão da questão fundo – o direito material discutido. Repete-se: a competência para a produção da prova não altera de acordo com o momento em que é produzida.

Além disso, admitindo que o árbitro pode rever o direito à prova e a validade da prova produzida, produzir a prova perante a justiça estatal importaria violação à economia processual.

¹⁸¹ MAZZOLA, Marcelo. **Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”**. In: Revista de Processo, v. 291, ano 2019, p. 427-466.

No caso do árbitro, na “demanda principal”, entender pela invalidade da prova, a mesma prova seria produzida duas vezes, implicando duplicidade da mesma atividade jurisdicional.

O processo, em termos práticos, não deve oferecer menos do que poderia – trata-se de aplicação do princípio da eficiência processual – e não deve permitir procedimentos inúteis. Seria exatamente o que ocorreria no processamento perante o judiciário, permitindo que, posteriormente, a prova fosse discutida na arbitragem. Ainda que a produção probatória anterior seja determinante para o ajuizamento da “ação principal”, o procedimento não estaria sendo aproveitado em sua máxima eficiência, na medida em que toda a prova produzida correria o risco de ser repetida pelo juízo arbitral.

Ressalte-se que, com isso, não está se admitindo a impossibilidade do árbitro repetir uma prova. Muito pelo contrário, se se entender ser necessária, o tribunal deve repetir a prova, complementando-a. É que permitindo que a validade da prova seja posteriormente discutida na arbitragem não está conferindo ao procedimento o melhor resultado que poderia ser oferecido.

Processando, pois, a ação probatória junto à arbitragem, a validade seria atestada pelo árbitro, sem a possibilidade, quiçá necessidade, de ser rediscutida em eventual processo que possa ser instaurado. Nesse caso, o árbitro já teria acompanhado toda a produção probatória e se assegurado de sua validade.

Tem-se, então, que a produção antecipada de prova pode ser medida que aumenta a eficiência, respeitando a economia processual e evitando diligências inúteis.

5.5. A EFICIÊNCIA PROCESSUAL

Para a análise do tema é necessário, ainda, chamar a atenção para a incidência do princípio da eficiência, de modo a se obter uma resposta adequada. Antes disso, no entanto, destaca-se a possibilidade de delegação do poder de condução da produção de provas.

5.5.1. A Condução Probatória: Poder Exclusivo do Árbitro?

Antes, porém, de analisar a competência da produção probatória sob a ótica da eficiência processual, é necessário traçar uma premissa: a condução da prova é atividade delegável.

Explica-se. Para além de outros poderes conferidos ao árbitro quando eleita a via arbitral, são atribuídos os poderes de conduzir, gerenciar e fiscalizar o procedimento arbitral e, ao final, proferir decisão com potencial de definitividade. Esse poder decisório é intransferível. É da

essência da atividade jurisdicional exercida pelo árbitro a solução da controvérsia. Quanto a isso, não há dúvidas.

Por outro lado, o poder de conduzir e fiscalizar – pelo menos uma parte do procedimento – pode ser transferido. Isso ocorre por meio da carta arbitral. O art. 22-C da Lei de Arbitragem e o art. 69, §1º, CPC, preveem a possibilidade de o árbitro solicitar ao Judiciário a prática de determinado ato, seja porque não possui competência para fazer – como os poderes executivos – seja para conferir efetividade ao procedimento. Assim, a carta arbitral passou a integrar o sistema de cooperação judiciária.

Entre os atos passíveis de serem transferidos por meio da cooperação, tem-se que pode ser solicitada a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos (art. 69, CPC)¹⁸². Isso significa, então, que o árbitro pode solicitar ao Judiciário a produção de alguma prova¹⁸³. Ressalte-se que o pedido de cooperação, pelo menos em relação aos atos que o árbitro tem competência para efetivar por si só, deve ser feito com o objetivo de aprimorar a eficiência do ato processual¹⁸⁴, não podendo ser transferido sem que haja necessidade.

Tudo isso demonstra que o poder para produzir a prova não é exclusivo do árbitro, ainda que a via arbitral tenha sido eleita pelas partes como juízo competente para processar e julgar a demanda. É possível que o Judiciário realize a oitiva de uma testemunha, fiscalize a produção de uma prova pericial ou realize audiência, desde que isso seja em prol da eficiência do procedimento. Trata-se de medida que visa aprimorar o processo arbitral, conferindo uma tutela jurisdicional mais adequada.

¹⁸² Fredie Didier Jr. diferencia a cooperação por solicitação (que é o caso ora analisado) e a cooperação por concertação. Defende, no entanto, que as disposições desses modos de cooperação transitam livremente, de forma que a previsão do art. 69, §2º, II, CPC, pode ser aplicada ao pedido de cooperação entre o árbitro e o Poder Judiciário. DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional**, material inédito não publicado, gentilmente cedido pelo autor, 2019.

¹⁸³ Para Cassio Scarpinella Bueno “Os pedidos de cooperação podem envolver a prática de qualquer ato processual, independe de forma específica e deve ser prontamente atendido”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

¹⁸⁴ Nesse sentido, Thais Lunardi: “A ideia de uma atuação cooperativa não deve ficar adstrita apenas ao âmbito interno do processo, enquanto orientadora da conduta das partes e do juiz na prática dos atos processuais. Não por outra razão, os arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil preveem regras que compõem o rol da chamada “cooperação nacional”, com a previsão de ferramentas para colaboração entre juízos de competências diversas, para a implementação de medidas voltadas à prática adequada dos atos processuais”. (LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. Tese apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 166).

5.5.2. A Competência da Produção Antecipada de Prova sob a Ótica da Eficiência Processual

A doutrina, ao tratar do tema da produção antecipada de prova em arbitragem, muito tem utilizado o argumento da eficiência e economia processual para afastar a competência do juízo arbitral da ação probatória que não está fundada em urgência.

Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria sustentam que utilizar a via arbitral apenas para fiscalizar a produção da prova é medida demasiadamente onerosa¹⁸⁵. Marcelo Mazzola, por sua vez, defende que entender que o Judiciário é competente para o procedimento antecipado é medida “fundamental para reduzir os custos”¹⁸⁶.

De fato, um procedimento arbitral tende a ser financeiramente mais custoso que um processo no Judiciário. Essa afirmativa, porém, nem sempre é verdadeira. É sabido, por exemplo, que nos Estados Unidos o procedimento arbitral, em geral, é menos custoso que o estatal¹⁸⁷. Tudo, na realidade, dependerá de quanto se cobra pelo serviço.

No entanto, ainda que seja mais custoso, isso não é razão suficiente para afastar a competência do juízo arbitral. Naturalmente, os sujeitos da relação jurídica sabem – ou deveriam saber – que será necessário dispendir mais recursos quando optam por firmar uma convenção de arbitragem, de modo que isso não pode ser utilizado, posteriormente, como argumento para afastar a sua competência.

Além disso, ainda que os custos da arbitragem sejam, em regra, elevados, as partes têm autonomia para decidir em que juízo serão processados os seus litígios, submetendo-se a todos os ônus decorrentes dessa escolha. Trata-se, pois, de exercício da liberdade das partes, e sua autonomia deve prevalecer.

A onerosidade do procedimento, no entanto, pode não decorrer dos custos financeiros propriamente ditos, mas dispêndio de tempo – afetando verdadeiramente a eficiência do procedimento. Isso ocorre porque a constituição do tribunal arbitral demanda um lapso temporal

¹⁸⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 171.

¹⁸⁶ MAZZOLA, Marcelo. **Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns 'curtas-metragens'**. In: Revista de Processo, v. 291, ano 2019, p. 427-466.

¹⁸⁷ A American Arbitration Association (AAA), por exemplo, para uma causa comercial com valor de um milhão de dólares (cerca de quatro milhões de reais), cobra a quantia base de US\$ 12.325,00, que corresponde a 1,28% do valor econômico do litígio, in: AMERICAN Arbitration Association (AAA), AAA court- and time-tested rules and procedures. 2019. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial_Arbitration_Fee_Schedule_1.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

maior em comparação ao Judiciário, em que os juízes são pré-constituídos e basta que o processo seja distribuído.

Consigne-se, por oportuno, que o princípio da eficiência é norma processual que decorre do devido processo legal¹⁸⁸ e se trata da relação entre os meios empregados e os resultados obtidos. De acordo com Michele Taruffo, esse princípio possui uma dupla perspectiva: de um lado, relaciona-se com a celeridade e o baixo custo e, de outro, com a qualidade da decisão e sua fundamentação de forma a alcançar um resultado adequado, correto e justo¹⁸⁹. Ainda de acordo com esse autor, atinge-se a eficiência quando se encontra um equilíbrio entre as duas facetas.

Neste momento, no entanto, interessa-nos analisar o primeiro aspecto. Conforme já dito, no Brasil, os custos, de fato, tendem a ser menores se a ação de produção antecipada de prova for processada no Judiciário. Contudo, por si só, isso não é razão para deslocar a competência. Por outro lado, ainda que haja um dispêndio de tempo e esforço maior na arbitragem para dar início ao procedimento, o processamento em si perante o juízo arbitral é, normalmente, mais rápido em comparação com o processamento frente à justiça estatal. Assim, deve-se, no caso concreto, ponderar se o ajuizamento da produção antecipada de prova na arbitragem gerará um ônus excessivo às partes.

Não se trata, pois, de definição *a priori* de que a competência é do Poder Judiciário, sob o argumento de que a arbitragem onera excessivamente os custos do procedimento, como apontam alguns autores. É, em verdade, uma ponderação entre a excepcional intervenção do Poder Judiciário e o princípio da eficiência, que, como corolário do devido processo legal, também deve ser observado na arbitragem.

Neste ponto, interessa ainda que seja feita uma análise econômica do Direito, em que o processo deve ser analisado sob três perspectivas: tempo, especialização e custo¹⁹⁰ – todos estes fatores influenciam no custo da transação¹⁹¹. Em relação ao primeiro aspecto, muito embora a arbitragem demore mais que o processo judicial para ser iniciada, a justiça privada tende a ser

¹⁸⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro**. In: Revista de Processo, v. 233, ano 2014, p. 65-84.

¹⁸⁹ TARUFFO, Michele. **Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation**. Disponível em: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>. Acesso em 25 de fevereiro de 2019, p.3.

¹⁹⁰ 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. In: Revista de Processo. v. 293, ano 2019, p. 383-404.

¹⁹¹ Guilherme Cassi e Oksandro O. Gonçalves, utilizando-se do conceito fornecido por Giovani Magalhães Matins Filho, definem que “custos de transação são os custos que os agentes econômicos assumem para adquirir informação ou para negociar com outros agentes, além dos custos inerentes à concretização e ao cumprimento da negociação pactuada”. CASSI, Guilherme Helfenberger Galino. GONÇALVES, Oksandro O. **A adoção da cláusula compromissória como incentivo à diminuição dos custos de transação nos contratos**. In: Revista de Direito Empresarial, n. 3, ano 2015, p. 186.

mais ágil e célere no processamento, inclusive, em razão da possibilidade de ser acordado o prazo máximo para finalização.

A especialização, por sua vez, é uma das grandes vantagens da arbitragem, porquanto as partes podem escolher o árbitro com expertise para a solução de sua controvérsia. Na produção antecipada de prova, ainda que não haja decisão, esse conhecimento técnico específico pode ser útil na condução probatória, evitando que, posteriormente, a prova seja repetida.

Por fim, os custos, conforme já tratado, tendem, de fato, serem menores na justiça estatal, embora isso nem sempre seja verdadeiro. Se se levar em consideração o tempo como fator que eleva os custos, é difícil afirmar quanto verdadeiramente custa um processo no Poder Judiciário¹⁹².

Vê-se, assim, que a afirmação de que a arbitragem é excessivamente onerosa e, por isso, a competência da produção antecipada de prova deve ser do Judiciário, não é necessariamente correta. A arbitragem pode ser sim medida que menos gera prejuízo às partes, em razão, sobretudo, do tempo em que é processada, eficiência que é conduzida e a especialidade do árbitro. Desse modo, a análise deve ser feita no caso concreto, para que apenas em situações excepcionálissimas a produção antecipada de prova, cuja relação jurídica está abarcada por uma convenção de arbitragem, seja processada na justiça estatal.

Ressalte-se que eventual transferência de competência para o Poder Judiciário processar a ação probatória não fere a competência do juízo arbitral. Como demonstrado acima, o poder para a produção da prova não é exclusivo do árbitro, podendo, mediante razões para que isso ocorra, ser transferido para a justiça estatal. Se no curso do procedimento arbitral é permitido que o Judiciário coopere com o árbitro para produção probatória, não há motivo para que o mesmo não possa ocorrer na produção antecipada de prova. Muito embora o requerimento seja feito pela parte – e não pelo árbitro como ocorre na cooperação, demonstra-se com isso que a condução da prova pode ser transferida para o Poder Judiciário. Em razão disso, permite-se que, em situações excepcionais, o Judiciário processe a ação probatória.

¹⁹² Nesse sentido, Antonio Pugliese e Bruno Salama observam: “Com 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”. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. SALAMA, Bruno Meyerhof. **Economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor**. In: Revista Direito GV São Paulo. Jan/jun 2008, p. 19.

Pode ocorrer, por exemplo, de as partes firmarem uma convenção de arbitragem com sede da arbitragem fora do país, mas uma delas pretende ajuizar um procedimento antecipado de prova para a oitiva de uma testemunha que mora no Brasil. Nesse caso, não tem cabimento que a competência seja do juízo arbitral, pois, além de ser um procedimento para ouvir apenas uma testemunha, o juízo e a testemunha estariam em países diferentes. Justifica-se, pois, a interferência do Judiciário.

Nesse mesmo sentido, sustenta Eduardo Talamini:

Em princípio, as ações probatórias autônomas relativas a determinado litígio estão abrangidas pela convenção arbitral para ele estipulada. [...] Mas podem existir fatores que concretamente justifiquem a antecipação probatória perante a autoridade judiciária. [...] pode haver situações em que a produção probatória que se pretende antecipar é extremamente singela e de curta duração (por exemplo, ouvida de uma única testemunha), de modo que seria desproporcional, por sua extrema onerosidade, complexidade e demora, constituir um tribunal arbitral apenas para isso. Também em tais casos justifica-se a competência judiciária¹⁹³.

Assim, a partir das ideias expostas, pode ser fixada mais uma diretiva:

vi) excepcionalmente, a competência para processar a produção antecipada de prova sem urgência poderá ser transferida para a justiça estatal, quando, em um juízo de ponderação e a partir de circunstâncias concretas, for verificado que o processamento perante o juízo arbitral vai gerar um ônus excessivo às partes.

5.6. A EXISTÊNCIA DE TERCEIROS INTERESSADOS

A última hipótese que pode ocorrer é quando existem terceiros interessados na produção antecipada de prova. Nesse caso, entende-se por terceiro como o sujeito que não está abrangido pela convenção de arbitragem.

Quando isso ocorrer, a competência do procedimento antecipado de prova será do Poder Judiciário. As razões para isso são óbvias. O elemento essencial da arbitragem é o consentimento, de modo que ninguém pode ser forçado a se submeter à jurisdição arbitral. Note-se, ainda, que, muito embora a arbitragem possua caráter jurisdicional, sua origem é negocial. Os contratos, por sua vez, possuem seus efeitos produzidos entre as partes, não podendo aproveitar ou prejudicar terceiros. Portanto a abrangência dos efeitos se limita às partes que consentiram com o negócio jurídico – seja de forma expressa, seja de forma tácita.

¹⁹³ TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de processo, v. 260, ano 2016, p. 74-101.

Isso significa que os efeitos da convenção de arbitragem não atingem terceiros interessados na produção antecipada de prova, transferindo, assim, a competência para a justiça estatal.

Note-se que essa situação – a possibilidade de existir terceiros interessados – foi utilizada por Marcelo Mazzola como argumento para afastar a jurisdição arbitral em qualquer hipótese em que a convenção de arbitragem for omissa e a ação probatória não for fundada em urgência. Sucede que, em abstrato, isso não pode ser razão para afastar a competência arbitral. Apenas quando verificado concretamente que há terceiros interessados é que a competência é transferida, inclusive, nos casos em que já há tribunal constituído, pelas razões já expostas.

É o que ocorre, por exemplo, no caso em que A firma um contrato de compra e venda de um terreno com B, que contém uma convenção de arbitragem. Posteriormente, surgem dúvidas acerca da área que abrange este terreno. A, então, resolve entrar com produção antecipada de prova para verificar se ajuizará uma ação em face de B (art. 381, III, CPC). Sucede que a área que A deseja verificar poderá invadir o terreno de C, de modo que C também deseja participar da produção antecipada de prova – e, eventualmente, utilizar aquela prova. Nesse caso, C em nenhum momento firmou a convenção de arbitragem, de forma que não pode ser submetida a jurisdição arbitral.

Chega-se, assim, a mais uma diretriz:

vii) a existência de terceiros interessados não sujeitos à convenção de arbitragem afasta a competência do juízo arbitral para processar o procedimento antecipado de prova.

5.7. DIRETRIZES CONSOLIDADAS

Diante de tudo que foi desenvolvido neste capítulo, então, chegou-se a sete diretrizes que devem ser observadas para fixar a competência para processar o procedimento antecipado de prova. As diretrizes servem como um norte para isso, mas É necessário que se atente a todas as ponderações feitas ao longo deste capítulo para que no caso concreto se chegue à solução mais adequada.

Seguem, então, as diretrizes:

i) a convenção de arbitragem pode estabelecer em que juízo – arbitral ou estatal – será processada a produção antecipada de prova, vinculando as partes a essa previsão.

- ii)* instituído o juízo arbitral, será de competência do árbitro o processamento do procedimento antecipado de prova relativo ao litígio objeto da demanda, não havendo convenção de arbitragem em outro sentido.
- iii)* na omissão da convenção de arbitragem, o Poder Judiciário possui competência para processar a produção antecipada de prova fundada na alegação de urgência na sua produção.
- iv)* no silêncio da convenção de arbitragem e na ausência de urgência, para definir a competência do procedimento antecipado de prova é necessário, em primeiro lugar, interpretar a convenção de arbitragem de acordo com os ditames da boa-fé, buscar a real intenção das partes e, ainda, respeitar os limites interpretativos dos negócios que implicam renúncia, de acordo com os arts. 112 a 114 do Código Civil.
- v)* na omissão da convenção de arbitragem, o juízo arbitral, via de regra, será competente para processar a produção antecipada de prova sem o requisito de urgência.
- vi)* excepcionalmente, a competência para processar a produção antecipada de prova sem urgência poderá ser transferida para a justiça estatal, quando, em um juízo de ponderação e a partir de circunstâncias concretas, for verificado que o processamento perante o juízo arbitral vai gerar um ônus excessivo às partes.
- vii)* a existência de terceiros interessados não sujeitos à convenção de arbitragem afasta a competência do juízo arbitral para processar o procedimento antecipado de prova.

6. CONCLUSÃO

A partir dos estudos realizados se constatou que a produção antecipada de prova possui o objetivo de satisfazer o direito à prova, tornando-o protagonista do processo. Isto é, o direito à prova deixa de ser um elemento instrumental, necessariamente vinculado a uma demanda que discuta algum direito material, e passa a ser o próprio mérito da ação.

Já em relação à arbitragem se apontou que as suas convenções devem ser interpretadas conforme os arts. 112 a 114 do Código Civil. Isto é, deve-se privilegiar a boa-fé e a real intenção das partes, mediante a análise de seus comportamentos.

Contudo, é de se concluir que, para se determinar a competência para o processamento da produção antecipada de prova, quando a relação jurídica está abarcada por uma convenção de arbitragem, é necessário que sejam seguidas diretrizes:

- i)* a convenção de arbitragem pode estabelecer em que juízo – arbitral ou estatal – será processada a produção antecipada de prova, vinculando as partes a essa previsão.
- ii)* instituído o juízo arbitral, será de competência do árbitro o processamento do procedimento antecipada de prova relativo ao litígio objeto da demanda, não havendo convenção de arbitragem em outro sentido.
- iii)* na omissão da convenção de arbitragem, o Poder Judiciário possui competência para processar a produção antecipada de prova fundada na alegação de urgência na sua produção.
- iv)* no silêncio da convenção de arbitragem e na ausência de urgência, para definir a competência do procedimento antecipado de prova é necessário, em primeiro lugar, interpretar a convenção de arbitragem de acordo com os ditames da boa-fé, buscar a real intenção das partes e, ainda, respeitar os limites interpretativos dos negócios que implicam renúncia, de acordo com os arts. 112 a 114 do Código Civil.
- v)* na omissão da convenção de arbitragem, o juízo arbitral, via de regra, será competente para processar a produção antecipada de prova sem o requisito de urgência.
- vi)* excepcionalmente, a competência para processar a produção antecipada de prova sem urgência poderá ser transferida para a justiça estatal, quando, em um juízo de ponderação e a partir de circunstâncias concretas, for verificado que o processamento perante o juízo arbitral vai gerar um ônus excessivo às partes.
- vii)* a existência de terceiros interessados não sujeitos à convenção de arbitragem afasta a competência do juízo arbitral para processar o procedimento antecipado de prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de prova sem o requisito da urgência. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Direito probatório**. Coleção grandes temas do novo CPC. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 693-708.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARGENTINA. **Ley Nacional 17454**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Notas sobre o projeto do novo código de processo**. In: Revista de Informação Legislativa, Especial novo Código de Processo Civil, Brasília, ano 48, n. 190.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. II, t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENACCHIO, Marcelo. Interpretação dos contratos. In: NANNI, Giovanni Ettore. LOTUFO, Renan (coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 361-393.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem – nos termos da Lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

BRAGA, Paula Sarno. **Competência adequada**. In: Revista de Processo, v. 219, ano 2013, p. 13-41.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 75.646/SP**. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 03.02.1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 622.786/MG**. Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 18.12.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 264.054/RS**. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 18.12.2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 569.565/RS**. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 10.03.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.105.171/RJ**. Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. em 26.06.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 139.519/RJ**. Primeira Seção. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, j. em 11/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.440.298/RS**. Rel. Ministro Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 07/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.500.667/RJ**. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 19.08.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.656.643/RJ**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 12.04.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.774.987/SP**. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 08.11.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 213.556/RJ**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 20.08.2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem, **processo nº 1004160- 81.2019.8.26.0100**. DJe 11.03.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem, **processo nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. DJe 08.01.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2083200-80.2014.8.26.0000**. Relator Des. Claudio Godoy, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 03/02/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 2674504600**. 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargadora Constança Gonzaga, j. em 24.05.2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A exibição de documento ou coisa, a súmula 372 do STJ e o novo Código de Processo Civil**. In: In: Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil** anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÜHLER, Michael. DORGAN, Carroll. Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration - Novel or Tested Standards? **Journal of International Arbitration**, v. 17, issue 1.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Tese para professor titular apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

CALDAS, Adriano. JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Direito probatório**. Coleção grandes temas do novo CPC. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.677-692.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 234.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova antecipada no Código**

de Processo Civil brasileiro. Dissertação apresentada à Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017.

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino. GONÇALVES, Oksandro O. **A adoção da cláusula compromissória como incentivo à diminuição dos custos de transação nos contratos.** In: Revista de Direito Empresarial, n. 3, ano 2015, p. 181-200.

CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de prova. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Processo em jornadas: XI jornadas brasileiras de direito processual XXV Jornadas ibero-americanas de direito processual.** Salvador: JusPodivm, 2016, p. 581-595.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro.** In: Revista de Processo, v. 233, ano 2014, p. 65-84.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **Disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo.** Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

DIAS, Jean Carlos. **O efeito processual da convenção de arbitragem.** In: Revista Dialética de Direito Processual, v. 98, ano 2011, p. 55-60.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** v. I. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Produção antecipada de prova.** In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Direito probatório.** Coleção grandes temas do novo CPC. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 721-734.

DIDIER JR, Fredie. **Cooperação judiciária nacional,** material inédito não publicado, gentilmente cedido pelo autor, 2019.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil.** v. II. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR, Fredie. CABRAL, Antonio do passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas.** Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. **Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação.** In: Revista de Processo, v. 218, ano 2013, p. 13-45.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil.** v. 4. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DINAMARCO Cândido Rangel. **A Arbitragem na teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DINAMARCO Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO Cândido Rangel. **Intervenção de terceiro no processo cautelar**. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. 92, ano 1985, p. 08-13.

DUARTE, Ícaro de Souza. Hermenêutica contratual contemporânea, cláusulas gerais e a boa-fé objetiva. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ASSIS JR., Luiz Carlos de. (coords.). **Hermenêutica aplicada**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la Prueba Judicial**. t. I. Buenos Aires: Aguilar, 1981.

EISEMANN, Frédéric. La Clause de arbitrage pathologique. In: MINOLI, Eugenio. Arbitrage commercial: essais in memoriam Eugenio Minoli = Commercial arbitration: essays in memoriam Eugenio Minoli, Torino: Unione, 1974.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada de prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio. RODRIGUES, Daniel Colnago, ANTUNES, Thiago Caversan (Orgs.). **Produção antecipada de prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. 2 ed. Londrina: Thoth, 2019, p. 117-134.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 22 ed. São Paulo: Leud, 2005.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 10 ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2014.

GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XIV. São Paulo: Saraiva, 2018.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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 A. Batista. GARCEZ, José Maria Rossani (coords.). **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTr, 2002, p. 209-224.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269. 2003-2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25636>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

GUILHARDI, Pedro. **Medidas de urgência na arbitragem**. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 49, ano 2016, p. 67-101.

HANOTIAU, Bernard. **L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un reexamen**. In: Journal du Droit International. v. 121, n. 4, ano 1994, p. 899-965.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. **Controle da competência adequada no processo civil**. Rio de Janeiro: Tese de doutorado apresentada e defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

LANES, Júlio Cesar Goulart. POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito probatório**. Coleção grandes temas do novo CPC. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 97-112.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. **Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado**. In: Revista dos Tribunais, v. 686, ano 1992, p. 73-89.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem em Números e Valores**. 2018. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>.

Acesso em: 20 maio 2019.

LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista. GARCEZ, José M. Rossani (orgs.). **Reflexões sobre Arbitragem**, in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 188-208.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Quando as cláusulas compromissórias demandam interpretação**. In: Revista Direito ao Ponto, Arbitragem e Mediação, Edição Especial II – Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo, CIESP/FIESP, Ano 4, n. 7, 2011. Disponível em: <http://direitoao ponto.com.br/quando-as-clausulas-compromissorias-demandam-interpretacao/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. Tese apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARINONI, Luis Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Panorâmica sobre as provas na arbitragem**. In: JOBIM, Eduardo. MACHACO, Rafael Bicca (coords.). Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 328-357.

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

MAZZUOLI, Valerio. MASSA, Dieg. **Análise da decisão “BG Group PLC vs Republica Argentina” proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 88, ano 2014, p. 211-237.

MEIRELES, Edilton. **Pedido líquido, contestação e antecipação da produção de**

- provas no processo do trabalho.** In: Revista dos Tribunais, v. 985, ano 2017, p. 133-148.
- MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (Orgs). **Estudos aprofundados** – Magistratura do Trabalho. v. 1. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 813-843.
- MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Arbitragem.** Coimbra: Almedina, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98
- MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova.** In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 78, n. 1, p. 72-73.
- 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 J. (orgs). **Processo Societário.** v. I. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem.** São Paulo: Atlas, 2014.
- NERY JR. Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book.
- NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas.** São Paulo: Saraiva, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. VIII, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. **Curso de direito processual civil.** v. II. São Paulo: Verbatim, 2016.
- PINTO, José Emilio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil.** In: Revista de Mediação e Arbitragem, v. 4, ano 2005, p. 34-47.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil,** t. I. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** t. XII. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. SALAMA, Bruno Meyerhof. **Economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor.** In: Revista Direito GV São Paulo. Jan/jun 2008, p. 15-28.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC: em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito probatório**. Coleção grandes temas do novo CPC. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 121-140.

ROCHA, Caio Cesar Vieira, **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **A assistência provocada no processo civil brasileiro**. In: Revista de processo. v. 240, ano 2015.

ROSSONI, 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://www.academia.edu/37575479/Produ%C3%A7%C3%A3o_antecipada_de_prova_sem_requisito_da_urg%C3%Aancia_e_ju%C3%ADzo_arbitral_no_direito_societ%C3%A1rio_breves_considera%C3%A7%C3%B5es_sobre_a_compet%C3%Aancia_para_sua_produ%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 20 jun. 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/d.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. v. I. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015** In: Revista de Processo, v. 260, ano 2016, p. 75-101.

TARUFFO, Michele. **Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation**. Disponível em: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

TARUFFO, Michele. Verdade e Processo. In: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Trad. Daniel Mitidiero. Madrid: Marcial Pons, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Consensualismo na arbitragem e teoria dos grupos de sociedades**. In: Revista dos Tribunais, v. 903, ano 2011, p. 9-25.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. II. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

THORNBURG, Elizabeth G. **Just Say no Fishing: The lure of metaphors**, 40 U. Mich. J.L. Reform 1: 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=895413; Acesso em: 24 jun. 2019.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. In: WAMBER, Teresa Arruda

Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz e 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 (orgs). **Arbitragem**: Estudos Sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 237-248.

ZAKIA, José Victor Palazzi. VISCONTI, Gabriel Caetano. **Produção antecipada de prova em arbitragem e jurisdição**. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 59, 2018, p. 195-211.