



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (“TCC”)

“Procedimento de Produção Antecipada de Provas e Arbitragem: Panorama brasileiro e
análise jurisprudencial do TJSP e STJ”

ANTONIO BORISOVICH DE AGUIAR POLUHOFF
RA 00240942

Professor orientador: Cláudio Finkelstein

SÃO PAULO
2024

ANTONIO BORISOVICH DE AGUIAR POLUHOFF

PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E ARBITRAGEM:
PANORAMA BRASILEIRO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TJSP E STJ

Trabalho de Curso apresentado no Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de conhecimento: Processo Civil, Arbitragem.

Orientação: Cláudio Finkelstein

São Paulo
2024

ANTONIO BORISOVICH DE AGUIAR POLUHOFF

PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E ARBITRAGEM:
PANORAMA BRASILEIRO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TJSP E STJ

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do título Bacharel em Direito

Área de conhecimento: Processo Civil, Arbitragem.

Orientação: Cláudio Finkelstein

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora:

Prof. Cláudio Finkelstein
Direito PUC-SP

Nome:

Nome:

São Paulo
2024

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ana Cecília Ribas de Aguiar e Boris Poluhoff, por sempre terem me apoiado, investido em minha educação e me impulsionarem a ir cada vez mais longe. Obrigado por todos os ensinamentos, exemplos, amor e por, simplesmente, me possibilitarem tudo na minha vida.

Aos meus amigos, colegas e professores que me acompanharam durante esta graduação e com quem tive o prazer e privilégio de compartilhar estes 5 anos de graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a dinâmica entre o procedimento de Produção Antecipada de Provas e a arbitragem no contexto jurídico brasileiro, sob o viés do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Arbitragem. O estudo aborda o caráter cautelar da produção antecipada de provas e suas implicações no âmbito arbitral, antes da instauração do Tribunal Arbitral, assim como as hipóteses sem urgência, em que não haja um litígio formalmente constituído.

A pesquisa se concentra em como a Produção Antecipada de Prova, previsto no CPC/15, contribui para garantir direitos e assegurar a eficácia das provas, analisando a legislação e a doutrina que tratam da relação entre arbitragem e o procedimento de produção de provas e seus impactos na estabilização da demanda. Para isso, o estudo examina tanto decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, as quais abordam a compatibilidade entre a PAP e a arbitragem, bem como as implicações do uso desse mecanismo no direito brasileiro, como o entendimento majoritário da doutrina pátria.

Palavras-chaves: Produção Antecipada de Provas; Arbitragem, Direito à Prova; Código de Processo Civil; Lei de Arbitragem; Cláusula Compromissória; Tribunal Arbitral; Jurisprudência; STJ; TJSP.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the dynamics between the Anticipated Production of Evidence procedure and arbitration in the Brazilian legal context, from the perspective of the 2015 Code of Civil Procedure and the Arbitration Law. The study addresses the precautionary nature of the early production of evidence and its implications in the arbitral context, before the Arbitral Tribunal is established, as well as the non-urgent hypotheses, in which there is no formally constituted dispute.

The research focuses on how the Anticipated Production of Evidence, provided for in the CPC/15, contributes to guaranteeing rights and ensuring the effectiveness of evidence, analyzing the legislation and doctrine that deal with the relationship between arbitration and the procedure for the production of evidence and its impacts on the stabilization of the claim. To this end, the study examines both decisions of the Superior Court of Justice and the São Paulo Court of Justice, which address the compatibility between PAP and arbitration, as well as the implications of using this mechanism in Brazilian law, and the majority understanding of Brazilian doctrine.

Keywords: Anticipated Production of Evidence; Arbitration; Right to Evidence; Code of Civil Procedure; Arbitration Law; Compromissory Clause; Arbitral Tribunal; Case Law; STJ; TJSP.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo de 2015
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
PAP	Produção Antecipada de Prova
Art.	Artigo
LAB	Lei de Arbitragem Brasileira (Lei nº 9.307/96)
CAM-AMCHAM	Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação – Câmara de Comércio Brasil e Canadá
CCI	Corte de Comércio Internacional
LCIA	London Court of International Arbitration
CMA-CIESP/FIESP	Câmara de Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP
FGV-CAM	Câmara FGV de Mediação e Arbitragem

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1. O direito autônomo à prova e sua relação com o procedimento de antecipação da prova:	11
1.2 A produção de provas no Common Law e no Civil Law:.....	16
2. Elementos e natureza do procedimento de produção antecipada de prova:.....	18
2.1. O procedimento de produção antecipada de provas em sede cautelar:.....	24
3. A arbitragem	27
3.1. A cláusula compromissória: sua natureza e extensão	31
3.2. Cautelares pré arbitrais: produção antecipada de prova.....	34
3.3. A produção de provas em sede de arbitragem	38
3.4. A conduta do árbitro na instrução do procedimento e a resistência da parte em produzir as provas	41
3.5. Os efeitos da prova antecipada e a estabilização do procedimento arbitral:	43
4. A jurisprudência nacional sobre o procedimento de produção antecipada de provas em sede pré arbitral:	48
4.1. Favorável à possibilidade de produção de provas anterior à instauração da arbitragem:	
4.1.1. Desfavorável à possibilidade de produção de provas anterior à instauração da arbitragem:	52
4.1.2. Caso prático: Renova Energia S/A x Fundo de Investimento Blue Moon:...	
5. Conclusão	58
Bibliografia.....	60

Introdução

Nos últimos anos o ordenamento jurídico pátrio atravessou e continua atravessando diversas mudanças em muitos segmentos. Em 2002, após mais de 80 anos, o Código Civil passou por uma ampla reforma, de modo a acompanhar as – eternas e contínuas – mudanças da sociedade. Hoje, passados 22 anos de sua edição, o diploma civilista já conta com um anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas em cooperação com o Senado Federal para uma nova reforma. O mesmo se aplica ao Código de Processo Civil brasileiro.

O antigo Código de Processo Civil datava de 1973, quando em 2015 foi revogado através da Lei 13.105/2015, que incorporou uma série de mudanças, abarcando desde previsões do novo Código Civil de 2002, como novas previsões processuais devidas à incorporação da internet em vários setores do cotidiano, como, por exemplo, o processo eletrônico (Lei nº 11.419/06), a recepção de novos dispositivos oriundos de tratados internacionais assinados ou ratificados pelo Brasil, entre outras previsões.

Entre as maiores mudanças que vieram com ambas as reformas, pode-se citar a recepção expressa em ambos os diplomas à arbitragem como um método alternativo de resolução de disputas. Com efeito, a lei brasileira antigamente não acolhia a arbitragem como atualmente, isso porque, o legislador até então simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito), como também a sentença arbitral era objeto de homologação, ao contrário do previsto atualmente.

A cláusula arbitral ou a cláusula compromissória foi completamente desprestigiada no direito interno pátrio até o advento da Lei nº 9.307/1996. Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, não era permitida a instauração do juízo arbitral a não ser na presença do compromisso arbitral, único instrumento que era capaz de autorizar a exceção prevista no art. 301, IX, do CPC/73.

Os progressos atingidos referente à arbitragem no Brasil, foram progressivos ao longo dos anos. No entanto, muito antes das reformas *supra* mencionadas, o país foi signatário em diversas convenções, entre elas: a) a Convenção de Nova York de 1959, tendo sido promulgada em 2002; b) a Convenção do Panamá de 1975, tendo sido promulgado em 1996; c) a Convenção de Montevideú de 1979; d) o Protocolo de Las Leñas de 1992, tendo entrado em vigor em 2009 e; e) o Acordo de Buenos Aires de 1998,

tendo sido decretado em 2003. Tudo isso, aos poucos, fez com que os métodos alternativos de resolução de conflitos fossem florescendo não só no Brasil, como no mundo todo, impulsionado pelo processo de globalização.

A Lei de Arbitragem Brasileira, por sua vez, foi sancionada em 1996, decretando de uma vez por todas que os indivíduos capazes podem se valer da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sendo cada vez mais um método adotado no Brasil, o que o transforma atualmente em um dos maiores *hubs*¹ da arbitragem², graças a sua ativa comunidade.

Com o maior uso do instituto, não obstante os constantes ajustes que a comunidade jurista promove em parceria com o judiciário e legislativo, para melhor desenvolvimento da arbitragem no Brasil, invariavelmente, ocorrem conflitos entre o texto normativo e a prática forense cotidiana, devido a interpretações diversas do texto da lei que acabam culminando em dúvidas quanto à aplicação de determinados temas e dispositivos das leis em situações concretas do dia a dia.

Por vezes, podem ocorrer determinadas situações, não obstante a prévia estipulação da cláusula compromissória, em que uma parte requer a produção de provas contra a outra no judiciário, através do procedimento de produção antecipada de provas. Esse procedimento, regulado pela Lei nº 13.105/15, distingue-se dos demais, tanto comum quanto especial, por não ter, em si, caráter litigioso. Entre as hipóteses de instauração do procedimento, o art. 381, I, do CPC/15, prevê o caráter cautelar do procedimento de produção antecipada de prova.

Esse foi o ocorrido em uma recente demanda promovida pelo Fundo de Investimento Blue Moon em face da Renova Energia, no TJSP. A Lei nº 9.307/96, prevê acertadamente cenários onde as partes podem se socorrer ao judiciário antes de instituído o Tribunal Arbitral, não sendo raras as ocasiões em que as partes se valem dessa possibilidade, ante o risco de perecimento do seu direito.

O acesso à tutela jurisdicional estatal é viabilizado quando preenchido o requisito da urgência (*periculum in mora e fumus boni iuris*), sendo previsto ainda a cessação dos efeitos da cautelar obtida, caso a parte interessada não requeira a instituição da arbitragem

¹ “O Brasil hoje é largamente reconhecido como sendo uma jurisdição favorável à arbitragem. Um país “Arbitration Friendly” no jargão internacional” (Cf. FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no Brasil: evolução histórica. Revista Internacional Consinter de Direito. Ano VI – Número X, 2020. pp. 427).

² Conselho de Justiça Federal. *Jurisprudência do STJ consolidou arbitragem no Brasil, afirma corregedora nacional*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/marco/jurisprudencia-do-stj-consolidou-arbitragem-no-brasil-afirma-corregedora>. Acesso em: 02.10.2024.

no prazo de 30 dias³. É o que se passa a elaborar sobre, analisando o panorama brasileiro quanto a arbitragem e o procedimento de produção antecipada de prova, sob a ótica da doutrina e a jurisprudência do TJSP e do STJ, na aplicação dos institutos.

1. O direito autônomo à prova e sua relação com o procedimento de antecipação da prova:

Antes de se adentrar na temática do procedimento de produção antecipada de prova, cumpre esclarecer alguns pontos sobre a expressão “*prova*”.

A expressão “*prova*” para Eduardo Arruda Alvim, pode ser compreendida em dois significados: um objetivo, abrangente dos meios destinados a convencer o juiz dos fatos relativos ao processo; outro subjetivo, relativo à convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos⁴.

Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco conceitua “*prova*” como a demonstração, no processo, da veracidade das afirmações de fato relevantes para o julgamento. Para ele, o ato de provar é justamente demonstrar essa veracidade das afirmações da parte⁵.

No ordenamento jurídico pátrio, o direito à prova advém do princípio do devido processo legal (art. 5º, XXXV, da CF/88 e art. 2º do CPC/2015), bem como do direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88 e arts. 9º e 10º do CPC/2015). Referido direito também é previsto no Pacto de San José de Costa Rica (art. 8º, f), o qual o país foi signatário e incorporou ao direito interno através do Decreto nº 678/92.

Ainda sobre a expressão “*prova*”, ensina Freddie Didier Jr. que, em se tratando do sentido jurídico da palavra, existem três acepções com a qual a expressão é utilizada, sendo elas: “a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental, etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado*

³ LAB, Art. 22-A. §º único. “Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.”

⁴ ALVIM, Eduardo Arruda, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira. Direito Processual Civil – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 808.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. Teoria Geral do Processo – 34. Ed., rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2023. pgs. 435.

dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir”⁶.

Dos entendimentos supramencionados, tem-se que a atividade probatória tem como principal destinatário o juiz. Apesar de esse já ter sido o entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial no país, contemporaneamente, não se restringe mais apenas ao juiz como destinatário da prova.

De acordo com Eduardo Arruda Alvim, tanto a atividade como o resultado da atividade probatória também são do interesse das partes, que possuem o direito constitucionalmente previsto de produzir a prova, seja para influenciar o juiz na resolução de mérito como, também, para verificarem as perspectivas e a conveniência da utilização de métodos autocompositivos⁷, até mesmo para desafogar um judiciário que ano após ano vê o número de processos em tramitação aumentar, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça⁸.

Nesse mesmo sentido, ensina Freddie Didier Jr. que além da prova ter como finalidade convencer o magistrado sobre as alegações de fato das partes, “*a prova também tem por finalidade permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas*”⁹.

O livre convencimento das partes, além de ser reflexo dos princípios da cooperação processual¹⁰ e acesso à justiça¹¹, também se coaduna com o princípio da economicidade processual, onde entende-se que, entre duas alternativas, se deve escolher a menos onerosa às partes e ao próprio Estado¹². Com efeito, a possibilidade de uma parte

⁶ DIDIER JR., Freddie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória – 14. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. v. 2. Pgs. 50.

⁷ ALVIM, Eduardo Arruda, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira. Direito Processual Civil – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 815.

⁸ <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/> Acesso em: 02.10.2024.

⁹ DIDIER JR. Freddie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória – 14. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. v. 2. Pgs 63.

¹⁰ CPC/15, Art. 6º: “*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

¹¹ CPC/15, Art. 3º: “*Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*”.

¹²<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-intervistas/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana->

verificar se de fato é titular de um direito ou se teve seu direito infringido pela *ex adversa*, antes de ajuizar propriamente uma ação pleiteando o que lhe entende ser devido, economiza não apenas o erário público, mas como o próprio funcionamento do judiciário.

O procedimento de produção antecipada de provas já existia no Código de Processo Civil de 1973, prevendo a possibilidade de uma parte requerer a produção antecipada de prova cautelar. Contudo, o procedimento à época, regulamentado pelos arts. 846 até 851, estava inserido na Seção VI, Capítulo II dos Procedimentos Cautelares Específicos, sendo um reflexo da concepção de que apenas o juiz seria destinatário da prova. Ao contrário do disposto no Código de Processo Civil de 2015, onde o procedimento é previsto no Capítulo XII da Parte do Procedimento Comum, acolhendo assim a ideia de que as partes também são destinatárias da prova.

A ação cautelar de produção de prova à época de vigência do CPC/73, de acordo com José Miguel Garcia Medina e Fernando da Fonseca Gajardoni, tinha como finalidade a preservação dos elementos da prova, a fim de que os mesmos fossem admitidos e avaliados em outra ação. Contemplava, portanto, verdadeira pretensão à segurança da prova¹³. À época, a instrumentalidade cautelar, no caso, se operava em relação ao *direito à prova*, ou seja, buscava-se a preservação daquilo que seria objeto de prova.

Por sua vez, o atual procedimento de produção antecipada da prova, disciplinado nos arts. 381 a 383 do CPC/15, é aplicável a duas hipóteses diversas: a) a primeira, prevista no inciso I do art. 381, reproduz a possibilidade, já existente no CPC/73 (art. 846 e ss.), de produção em caráter cautelar, motivada pelo risco de se tornar impossível ou muito difícil a produção da prova na instrução da ação principal; b) já a segunda, considerada uma inovação com relação ao CPC antigo, é agrupada nos incisos II e III do art. 381, que refere-se à consagração do direito do jurisdicionado de produzir prova independentemente da pendência ou do ajuizamento futuro de uma ação judicial.

A nova previsão, de acordo com Eduardo Arruda Alvim, “refere-se à consagração do direito do jurisdicionado de produzir prova independentemente da pendência ou do ajuizamento futuro de uma ação judicial voltada a satisfazer um direito material”¹⁴. Trata-se de um reflexo da visão contemporânea, abarcada pelo atual CPC, de que as partes

[piske#:~:text=Pelo%20princ%C3%ADpio%20da%20economia%20processual,%C3%A9%20crit%C3%A9rio%20de%20economia%20processual](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Pelo_princípio_da_economia_no_processual&oldid=15000000). Acesso em: 02.10.2024.

¹³ MEDINA, José Miguel Garcia, Fábio Caldas de Araújo, Fernando da Fonseca Gajardoni. Procedimentos cautelares e especiais – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Processo civil moderno; v. 4), pgs. 160.

¹⁴ ALVIM, Eduardo Arruda, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira. Direito Processual Civil – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 838.

também são destinatárias da prova, tendo em vista ser um direito constitucionalmente previsto¹⁵.

Nessa mesma linda, ao examinar a regra do art. 381 do CPC/2015, pontua Freddie Didier Júnior que “[...] também aqui há o reforço à ideia de que as provas também possuem as partes como destinatárias. Busca-se a produção antecipada da prova para que se possa obter um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma demanda futura ou a certeza de que essa demanda seria inviável”¹⁶

Sobre o direito autônomo a prova, foi o Flávio Luiz Yarshell quem inicialmente propôs com maior profundidade teórica a ideia que representou uma mudança no entendimento sobre o papel da prova dentro do processo, principalmente em relação à sua função autônoma ao direito material subjacente¹⁷:

“[...] direito à prova, [é] entendido como desdobramento necessário dos direitos de ação e de defesa, no contexto do devido processo legal e do contraditório.”

(YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova., São Paulo: Malheiros, 2009. pg. 208.)

Yarshell, a respeito do direito autônomo à prova e a concepção sobre a quem ela se destina, pontuou ainda sobre as diferenças do sistema do *Common Law* no *Civil Law*:

“Certo que tal reconhecimento [sobre o direito autônomo à prova] parece ter surgido com maior naturalidade nos sistemas de common law pela circunstância de que ali, como já mencionado, a iniciativa probatória historicamente esteve – e, em boa medida, continua a estar – a cargo das partes; em oposição aos sistemas europeus continentais, nos quais, de um modo geral, ainda tem proeminência o papel do juiz na obtenção do material probatório, com um certo caráter subalterno daquele reservado aos sujeitos parciais.”

(YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova., São Paulo: Malheiros, 2009. Pg. 209.)

¹⁵ CF/88, Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”.

¹⁶ DIDIER JR., Freddie, Curso de direito processual civil, vol. 2, 17ª ed., Salvador, JusPodivm, 2022, pág. 140.

¹⁷ YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 208.

Para o ilustre jurista, todos têm o direito de ir a juízo para pleitear a busca, a obtenção e a pré-constituição de certa prova, mesmo fora das hipóteses de urgência. “*Todos, enfim, têm o direito de demandar a antecipação da prova, ainda que não haja perigo. A isso se poderia até mesmo chamar de ‘direito à ‘prova’*”¹⁸. Nessa mesma linha, ainda em relação ao direito autônomo à prova e o procedimento:

“*Assim, enquanto a ação – ressalva feita a suas diferentes concepções – pode ser entendida como direito de invocar do Estado um provimento jurisdicional e a defesa como o direito do demandado de ter levadas em consideração suas alegações, o direito à prova têm sido concebido, de um lado, como o direito de empregar todos os meios disponíveis a fim de se demonstrar a verdade dos fatos em que funda uma pretensão ou resistência; e de outro, como o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos, através de todos os meios, diretos e contrários, de que se disponha*”.

(YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova., São Paulo: Malheiros, 2009. Pg. 208)

João Luiz Neto Lessa define o direito autônomo à prova como um mecanismo que não necessariamente se relaciona com um litígio ou com a comprovação de fatos controvertidos em um processo. O direito à prova, segundo ele, pode ser exercido sem que exista litígio algum. “*Mesmo quando se exerce o direito à constituição de uma prova durante a fase instrutória de um processo, o direito e a pretensão à constituição da prova não se confundem com o direito e pretensão objetos do processo. São questões inegavelmente distintas*”¹⁹.

Fica claro, portanto, em decorrência da previsão constitucional, a mudança de visão em relação aos destinatários da prova e sua influência na concepção da ideia do direito autônoma à prova, abarcado no Novo Código de Processo Civil de 2015.

A possibilidade das ações de produção antecipada de prova sem caráter cautelar, para João Luiz Neto Lessa, serve para permitir a produção de uma prova em contraditório e para compelir uma parte reticente a participar da atividade probatória, mas não são, evidentemente, o único mecanismo para sua constituição. Trata-se de, portanto, o

¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009. Xx pp. 320.

¹⁹ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina [PR]: Editora Thoth, 2021, p. 313

procedimento de produção antecipada de prova, previsto no art. 381, II e III do CPC/2015, de verdadeira ação, que pode não ter qualquer elemento urgente ou cautelar²⁰.

1.2 A produção de provas no Common Law e no Civil Law:

A ideia do direito autônomo à prova veio também pela influência dos sistemas *Common Law* sobre o sistema brasileiro do *Civil Law*, que apesar de todas as diferenças, cada vez mais vem sendo influenciado em diversos campos. Nesse sentido:

“Certo que tal reconhecimento parece ter surgido com maior naturalidade nos sistemas de common law pela circunstância de que ali, como já mencionado, a iniciativa probatória historicamente esteve – e, em boa medida, continua a estar – a cargo das partes; em oposição aos sistemas europeus continentais, nos quais, de um modo geral, ainda tem proeminência o papel do juiz na obtenção do material probatório, com um certo caráter subalterno daquele reservado aos sujeitos parciais.”

(YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova., São Paulo: Malheiros, 2009. pgs. 72)

Existem duas grandes correntes do direito contemporâneo, no campo da formação do ordenamento jurídico: i) a do *Common Law*, que valoriza o direito consuetudinário, e nessa linha atribui força normativa aos precedentes judiciais e; ii) a do *Civil Law*, que atribui basicamente à lei a força de constituir o ordenamento jurídico.

O *Common Law* é originário de regras não escritas, a partir dos costumes locais. Foi criado a partir das decisões dos juízes ingleses e desenvolvido ao longo do tempo pela reiteração e aperfeiçoamento de tais decisões. É um direito baseado no direito costumeiro e na continuidade, razão pela qual é fruto de uma grande evolução sem interrupções²¹.

Este sistema caracteriza-se pela conjugação do direito consuetudinário com o legislado, em que a lei é apenas uma dentre as várias fontes do Direito, onde a norma escrita não se sobrepõe às demais fontes do Direito, como o costume, a jurisprudência e os princípios gerais.

Em contrapartida, no *Civil Law*, enxerga-se a fonte de direito na elaboração legislativa, reconhecendo ainda a existência de outras modalidades de apresentação do

²⁰ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina [PR]: Editora Thoth, 2021, p. 313

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

direito objetivo²². Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), no art. 4º, declara que as fontes de direito são a lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito²³.

Nos países de *Civil Law*, dentre os quais se encontra o sistema jurídico brasileiro, o processo civil tem por objetivo ajudar na busca pela “verdade jurídica”, que é alcançada por meio da observação da lei escrita. Na prática, toma-se por base o direito material e, a partir dele, busca-se compreender os fatos. É, por assim dizer, um processo que se constrói de “cima para baixo”.

Nos países de *Common Law* é bem diferente. Esse sistema é marcado pelo antigo adágio de que “*remedies precede rights*”, ou seja, dissecam-se minuciosamente os fatos para apenas então buscar seu enquadramento jurídico. Há um claro favorecimento do procedimento – que tem por objetivo assegurar às partes tratamento leal e igualitário para que possam construir seu caso – em detrimento do direito material. É uma estrutura que se apresenta de “baixo para cima”²⁴.

Há, então, em essência, uma grande diferença na forma com que as provas são produzidas e administradas nos países de *Civil Law* e *Common Law*. Para o técnico do direito dos países de *Civil Law*, a preocupação maior é apresentar o direito material que fundamentará sua pretensão jurídica, para que o juiz possa decidi-lo. Para o advogado de *Common Law*, por sua vez, a tarefa consiste em buscar descobrir todos os fatos do caso e, apenas após essa compreensão, formular um pleito jurídico.

Para permitir a concretização desses objetivos, os países de *Common Law* desenvolveram o procedimento da *discover*y. A *discover*y é um sistema de produção de provas que se desenvolve a princípio sem intervenção do juiz e por meio do qual cada parte disponibiliza à outra todos os documentos referentes ao caso que estão em sua posse ou que possam estar sob seu controle, ainda que indireto²⁵.

Nos sistemas do *Common Law*, o processo da “*discover*y” ocorre na etapa do “*pretrial*” e apesar de determinada denominação, a produção probatória dos sistemas

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 65.

²³ LINDB, Art. 4º: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”.

²⁴ FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro – São Paulo: Quartier Latin, 2010, pgs. 137.

²⁵ FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro – São Paulo: Quartier Latin, 2010, pgs. 137.

anglo-americanos não é anterior à instauração de um processo, pré-processual ou pré-contenciosa, mas tão somente anterior à fase de julgamento²⁶.

Desse modo, a produção probatória nesses países não é desvinculada de um processo litigioso, muito pelo contrário, ela só ocorre após a sua instauração²⁷. Assim, as comparações feitas entre a produção antecipada de provas e os mecanismos de “*discovery*” e “*disclosure*”, que classificam estes como mecanismos pré processuais ou pré-contenciosos, não são completamente adequadas²⁸.

Assim, fica claro que nos sistemas de *Common Law* a produção probatória é um momento de ampla descoberta de fatos para utilização no *trial*, nos sistemas de *Civil Law*, os fatos são narrados fixando-se os limites da controvérsia e a produção probatória é voltada a comprová-los, podendo não ser utilizado em ação futura.

2. Elementos e natureza do procedimento de produção antecipada de prova:

Feitas as devidas ponderações quanto aos elementos fundamentais a respeito do surgimento da ideia do direito autônomo à prova e sua ligação com a produção antecipada de provas no Brasil, passa-se a análise do procedimento com base no art. 381, II e III do CPC/15, ou seja, aquele sem caráter cautelar.

O Código de Processo Civil de 2015, inovou ao permitir a produção antecipada da prova sem que haja necessidade de um futuro litígio. Isso porque, reconhecida a autonomia do direito à prova, o legislador deu um passo adiante a admitir a sua produção antecipada independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação²⁹.

Contudo, em atenção ao interesse de agir e a legitimidade (passiva e ativa), previstos no art. 17 do CPC/2015, a instauração do procedimento de produção antecipada de prova não pode ser ajuizada por curiosos que se aventurem no judiciário para

²⁶ TERASHIMA, Eduardo Ono. A Produção Autônoma da Prova na arbitragem. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024, pgs. 21.

²⁷ “*Não se ignora que na Inglaterra há o mecanismo dos pre-action protocols, que nada mais são do que a troca de informações e documentos entre as partes antes mesmo da instauração de um litígio, porém, ainda assim, existem em função da sua possível instauração. Além disso, o disclosure (novo mecanismo de produção probatória decorrente de modificações do procedimento de discovery na referida jurisdição) é mecanismo anterior ao julgamento e não à instauração de um processo.*” Cf. TERASHIMA, Eduardo Ono. A Produção Autônoma da Prova na arbitragem. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024, pgs. 22.

²⁸ TERASHIMA, Eduardo Ono. A Produção Autônoma da Prova na arbitragem. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024, pgs. 21.

²⁹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Comentários ao art. 381. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). Comentários ao código de processo civil, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, [versão eletrônica], p. 139.

satisfazerem seus interesses em determinadas situações. A título de exemplo, seria reprovável, a possibilidade de uma empresa “X”, de produtos alimentícios, que não possui relações com sua competidora direta “Y”, que também atua no ramo, configurar no polo passivo de uma antecipação de prova promovida por esta contra aquela, tendo como objetivo a análise de seus livros, *know how* ou estratégia de operações etc.

Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o procedimento de produção antecipada de prova sob a égide do CPC/2015, tem natureza de jurisdição voluntária, possuindo grande relevância, pois o prévio conhecimento de como os fatos ocorreram pode justificar ou evitar o ajuizamento de uma ação, ou até mesmo viabilizar um acordo ou outro meio adequado para a solução do litígio³⁰.

O dito procedimento de jurisdição voluntária, segundo Humberto Theodoro Júnior, é aquele na qual ocorre a atividade administrativa que é desempenhada pelos órgãos jurisdicionais e, por esse motivo, pondera o mesmo autor, que os procedimentos de jurisdição voluntária não podem ser chamados nunca de processo, “*expressão que a ciência jurídica atual reserva, com propriedade, para o método específico de compor litígios por meio da soberania estatal*”³¹. Por sua vez, o procedimento de jurisdição contenciosa é definido pelo mesmo ilustre doutrinador como aquele em que efetivamente há o exercício da função estatal jurisdicional, porque busca-se a imposição da solução jurídica estatal.

Apesar do posicionamento quanto à natureza não contenciosa do procedimento de produção antecipada de prova, Arruda Alvim e Clarissa Diniz Guedes entendem que, pelo fato de, no pedido de produção antecipada de provas, o requerente ter que mencionar os fatos sobre os quais a prova recairá, sem que seja necessário indicar uma ação principal que venha a ser movida, ele possui um potencial contencioso, na medida em que vinculada a objetivos que tangenciem a solução de conflitos³².

Nessa mesma linha, discutindo sobre o caráter voluntário ou contencioso do procedimento de antecipação de provas, Araújo e Lemos defendem que a necessidade de o juiz apreciar o preenchimento dos requisitos para a propositura da antecipação afasta o

³⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O novo processo civil brasileiro – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. pgs. 54.

³¹ THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2, p. 4.

³² ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. “Produção antecipada de provas e juízo arbitral” In *Revista dos Tribunais*, vol. 1046, p. 197-2011, Dez/2022, [versão eletrônica].

caráter voluntário do procedimento³³. Ao questionar se o direito do autor à produção da prova se tratar de direito potestativo, ou não, ressalta a necessidade de que (i) o autor fundamente a sua relação com o fato e o seu direito à prova sobre aquele fato e; (ii) se proceda com a citação dos demais interessados naquela prova e fato, para cognição do juízo.

Araújo e Lemos continuam, defendendo que, devendo as demais partes serem citadas sobre o pedido de produção da prova, é inegável uma possível litigiosidade sobre a produção antecipada da prova, o que a levaria a ser um processo “minimamente contencioso”, se tratando mais de um procedimento especial contencioso do que uma jurisdição voluntária, ainda que a discussão seja se o autor detém ou não direito àquela prova e não se o interessado seria obrigado a qualquer ato dentro da própria produção da prova.

Para os adeptos da visão de o procedimento não se enquadrar como de jurisdição voluntária, a necessária análise do preenchimento dos fundamentos do pedido de produção antecipada da prova não faria por si só dessa ação uma jurisdição contenciosa, mas sim a contestação de outros interessados, com possíveis alegações sobre a inviabilidade ou a ausência de direito do autor que, necessariamente, criaria uma contenção e uma discussão processual³⁴.

Superadas as divergências quanto a natureza do procedimento, passa-se a análise do art. 381, II e III do CPC/15. Para Cassio Scarpinella, o artigo assegura o direito de a produção da prova ser antecipada nas condições indicadas em seus três incisos, dos quais somente o inciso I traz a previsão da produção “cautelar”, isto é, quando houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo³⁵.

Os incisos II e III do art. 381 do CPC/2015, novidade no ordenamento jurídico pátrio, são as hipóteses em que a medida é admitida com o ânimo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito, iniciativa que vai de encontro do §3º do art 3º do CPC/2015 (“*A conciliação, a mediação e outros métodos de*

³³ ARAÚJO, José Henrique Moura; LEMOS, Vinicius Silva. “A produção antecipada de provas como um procedimento especial e a sua necessária sistematização” Revista de Processo, vol. 339, Maio/2023, p. 165-201, [versão eletrônica].

³⁴ ARAÚJO, José Henrique Moura; LEMOS, Vinicius Silva. “A produção antecipada de provas como um procedimento especial e a sua necessária sistematização” Revista de Processo, vol. 339, Maio/2023, p. 165-201, [versão eletrônica].

³⁵BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil: volume 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos.* – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pgs. 230.

solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”).

Analisando as hipóteses de antecipação sem urgência, Arruda Alvim e Clarissa Diniz Guedes sustentam que não haveria a necessidade de indicar um processo atual ou futuro, porque a pretensão, nesses casos, seria de direito processual (relacionada ao direito autônomo à prova) e não de direito material³⁶.

Tratando de forma mais genérica sobre as hipóteses de antecipação sem urgência previstas nos incisos II e III do art. 381 do CPC, Alexandre Freitas Câmara defende tratar-se de figuras “nitidamente” inspiradas no instituto conhecido como *discovery* ou *disclosure*, dos ordenamentos jurídicos filiados à tradição jurídica do *Common Law* (como se vê, por exemplo, na *rule 31* das *Civil Procedure Rules* da Inglaterra, as quais compõem um Código de Processo Civil para Inglaterra e País de Gales)³⁷.

Em alguns casos, determinada parte necessita ter acesso a uma prova que não está com ela, mas com a *ex adversa* ou um terceiro alheio, sendo apenas assim possível viabilizar uma solução consensual do litígio. Para melhor ilustrar essa dinâmica, como exemplo da possibilidade da resolução consensual entre as partes, Alexandre Freitas Câmara se vale de uma situação hipotética de um contrato de locação empresarial, em que, aproximando-se a época de renovação do contrato as partes divirjam quanto ao preço do aluguel. Em um caso como esse, a mera realização de uma perícia para determinar o valor de mercado do aluguel pode viabilizar a solução consensual do conflito.

Nesse sentido, a instauração da produção antecipada pode servir como meio de obtenção de provas necessárias à discussão de um acordo ou até para estimular sua realização, a par do conhecimento das partes sobre a prova produzida e a sua potencial repercussão em eventual futuro processo³⁸.

Há casos também em que o prévio conhecimento dos fatos pode justificar ou evitar a instauração de outro processo. Por exemplo, em um caso em que alguém vai a juízo, demandando em face de um médico com quem se tratou anteriormente, para buscar a realização de uma perícia para que indique se houve ou não imperícia do profissional. O

³⁶ ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. “Produção antecipada de provas e juízo arbitral” In Revista dos Tribunais, vol. 1046, p. 197-2011, Dez/2022, [versão eletrônica].

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 8^a ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022, [versão eletrônica], p. 258.

³⁸ DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 381. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* (coords.). Comentários ao código de processo civil. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, [versão eletrônica], p. 812

resultado da prova, neste caso, poderá justificar ou evitar o ajuizamento de uma demanda de reparação de danos em face do médico³⁹. É o que se vê também na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”)⁴⁰.

É nítido, portanto, que as demandas de descoberta de prova têm, então, uma importantíssima função no sistema, já que evitam, a instauração de processos que, a rigor, podem mesmo ser evitados.

No que tange a admissão da produção antecipada da prova, Rodrigo Abreu destaca, apesar da existência do direito autônomo, corrente que defende que a produção antecipada deveria ser admitida somente quando a parte indicar ao menos uma situação potencialmente litigiosa, que justifique o procedimento⁴¹.

O jurista pontua que, apesar da previsão constitucional ao direito à prova, a mera proposição do procedimento não enseja o seu deferimento por parte do magistrado, pontuando que “*em complemento à fundamentação do pedido em uma das situações descritas nos incisos II e III do artigo 381 do CPC, pelo qual o requerente ‘justifica a antecipação da prova’, e da exposição ‘precisa dos fatos sobre os quais a prova há de recair’⁴², deverá o juiz analisar se a prova cuja produção antecipada (ou proativa) se requer não encontra obstáculo (a) em garantias constitucionais dos demais interessados (ou de terceiros), (b) em limitações à atividade probatória decorrentes de normas infraconstitucionais, (c) na incompatibilidade com a técnica de cognição processual a ser adotada em eventual procedimento especial de tutela do direito afirmado pelo requerente*”⁴³.

Desse modo, a causa de pedir da produção antecipada deve permitir identificar a plausibilidade de existência de um conflito jurídico, que poderá vir a ser judicializado, e da relevância dos fatos sobre os quais recairá o meio probatório pretendido. Entende

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 8^a ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022, [versão eletrônica], p. 258.

⁴⁰ TJSP; Apelação Cível 1001614-04.2020.8.26.0008; Relator (a): Pereira Calças; Órgão Julgador: 1^a Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2^a Vara Cível; Data do Julgamento: 15/10/2020; Data de Registro: 15/10/2020; (TJSP; Agravo de Instrumento 2187218-40.2023.8.26.0000; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10^a Câmara de Direito Público; Foro de Itapevi - 1^a Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2023; Data de Registro: 31/08/2023).

⁴¹ ABREU, Rodrigo de. O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil. Dissertação. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2021, p. 157.

⁴² (TJSP; Apelação 1031389-24.2016.8.26.0002; Rel. Des. Melo Colombi; 14^a Câmara de Direito Privado; j. 15/12/2016); (TJSP; Agravo de Instrumento nº 0202449-30.2012.8.26.0000; Rel. Des. Pereira Calças; 1^a Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 30/10/2012).

⁴³ ABREU, Rodrigo de. O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil. Dissertação. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2021, p. 157.

assim, João Lessa, que a produção autônoma da prova tem relação, ainda que indiretamente, com o contexto do conflito que futuramente pode se instaurar perante o Judiciário ou deixar de ser instaurado⁴⁴.

Na mesma linha quanto à admissão por parte do juízo da antecipação, remetendo ao art. 382 do CPC, Arthur Sombra Campos Sales, mencionando os entendimentos de Eduardo Talamini e Flávio Luiz Yarshell, argumenta que em todas as hipóteses do art. 381, há a necessidade de a parte indicar qual seria a ação futura relacionada à produção antecipada, porque a antecipação se justificaria mediante a argumentação da utilidade da prova ao autor posteriormente:

“Como bem demonstra Flávio Yarshell, a produção da prova implica custos ao Estado e também ao demandado, motivo pelo qual não se deve admitir a produção de uma prova que não terá utilidade ao autor futuramente. Por isso, é necessário ao demandante justificar a necessidade da antecipação da prova, como exposto no caput do art. 382 do CPC. Essa justificação permite o controle de possíveis abusos no procedimento probatório. Assim, evitam-se ações ajuizadas com mero intuito especulativo, na ‘tentativa de conseguir informações da outra parte na esperança de achar algo relevante’”.

(CAMPOS, Arthur Sombra Sales. “A produção antecipada de provas e a fraude à execução” Revista de Processo, vol. 330, p. 165-180, Ago/2022, [versão eletrônica])

Ao final do processo, verificado a existência do direito pela parte requerente para a obtenção das provas, tendo elas sido determinadas e produzidas, o magistrado proferirá decisão que coloque fim ao processo, sendo ainda vedado que ele se pronuncie sobre o fato cuja antecipação da prova recai (art. 382, §2º, CPC/15), é dizer, a ele é vedado avaliar a prova, limitando-se a deferir o pedido relativo à sua proposição e a determinar a sua respectiva produção⁴⁵.

Assim, o que se observa do procedimento não cautelar, apesar das discordâncias em torno do procedimento ser de jurisdição contenciosa ou voluntária, é que o pedido de instauração deve atender ao requisito do interesse de agir e da legitimidade ativa e passiva (art. 17, CPC/15), tendo tanto como finalidade ser um meio de obtenção de provas necessárias à discussão de um acordo ou até para estimular sua realização, como também

⁴⁴ LESSA NETO, João Luiz. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina [PR]: Editora Thoth, 2021, p. 331-332.

⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella, Curso sistematizado de direito processual civil: volume 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pgs. 232.

um meio pode que justificar ou evitar a instauração de outro processo, sendo, por fim, necessária a sua justificativa para com eventual ajuizamento de ação para sua admissão.

2.1. O procedimento de produção antecipada de provas em sede cautelar:

Superada a análise do art. 381, CPC/2015 e os incisos II e III que versam sobre o procedimento de produção antecipada da prova sem o caráter cautelar, passa-se a análise do inciso I do referido artigo, que versa sobre seu caráter cautelar.

No processo civil as tutelas provisórias, regidas pelos arts. 294 ss. do CPC/15, se qualificam como: i) tutelas urgentes (arts. 300 – 310) ou; ii) tutela de evidência (art. 311). As primeiras, classificam-se ainda como cautelares e antecipadas.

A concessão dos efeitos da tutela de urgência depende, de acordo com a redação do art. 300, CPC/2015, de estarem preenchidos os requisitos da probabilidade do direito (“*fumus boni iuris*”) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (“*periculum in mora*”), cumulativamente, hipótese em que presente um e não o outro, não será concedida a tutela pleiteada. Ainda, prevê o art. 294 do diploma processualista que as tutelas de urgência podem tanto ser concedidas em caráter incidental quanto antecedente, ou seja, no curso do próprio processo da ação principal ou antes de sua instauração.

Para Cândido Rangel Dinamarco, são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e consequente produção, no futuro, de resultados úteis e justos⁴⁶. Desse modo, vê-se como natural a exigência do *periculum in mora* a suficiência de uma mera probabilidade do direito do autor à tutela jurisdicional referente ao seu direito afirmado, podendo a tutela ser obtida em um processo de conhecimento ou executivo.

A previsão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional é um reflexo dos princípios do acesso efetivo à justiça (art. 5º XXXV, da CF) e a prestação jurisdicional, porque podem ocorrer casos em que a espera pelo momento processualmente adequado para a efetiva obtenção da tutela pleiteada viole os princípios mencionados, como também possa influir em dano pela demora.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, Gustavo Henrique Righi Badaró, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. Teoria geral do processo – 34. Ed., rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, pgs. 531.

A natureza da tutela provisória é, temporária, porque se funda, em regra, em cognição sumária da lide, pois após a cognição exauriente já será proferida a própria decisão, que normalmente será de mérito. Assim, a tutela provisória concedida em proveito da parte conservará seus efeitos durante todo o curso do processo, inclusive em eventual caso de suspensão do processo, salvo decisão em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC/15), mas que poderá, a qualquer tempo, com base em elementos novos, ser modificada ou revogada.

Antes do CPC/15, as “medidas preventivas” já existiam no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, no Código de Processo Civil de 1939, os arts. 675 e seguintes já tratavam das “medidas preventivas”. Por sua vez, o CPC/1973, previa medidas cautelares típicas, isto é, expressamente enunciadas pelo texto legal (como o procedimento de produção antecipada de prova nos arts. 846/851), tendo o CPC/15 aprofundado o regramento da matéria e “desengessando” sua previsão legal, flexibilizando o acesso à tutela jurisdicional efetiva.

Assim, como reflexo do aprofundamento feito pelo CPC/15, quanto à concessão das tutelas de urgência, o art. 381, I, manteve a já prevista “cautelar de produção de provas”, permitindo, assim, quando houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo⁴⁷.

Para Humberto Theodoro Júnior quanto ao fundado receio previsto no art. 381, I do CPC/15, corresponde este à probabilidade de não ter a parte condições, no momento processual adequado, de produzir a prova, seja porque o fato é passageiro, seja porque a coisa ou pessoa possam perecer ou desaparecer. Se não existe esse risco, a medida autorizada no inciso I do art. 381 não terá cabimento e poderá, inclusive, ser contestada pelo promovido como medida desnecessária e onerosa⁴⁸.

Nessa mesma linha, defende Eduardo Talamini ser possível produzir-se antecipadamente a prova quando houver a perspectiva da impossibilidade ou excessiva dificuldade de sua produção no futuro processo, entendendo ainda não existir mais a discriminação taxativa das hipóteses de *periculum in mora* (como aparentemente havia, para a prova oral, no art. 847 do CPC/73). Para ele, toda e qualquer hipótese de risco de inviabilização ou grave dificultação da produção probatória no futuro processo justificam

⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil: volume 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pgs. 230.

⁴⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 64^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 851.

o emprego da medida. O requisito da urgência deve ser aferido sumariamente, à luz de indícios e máximas da experiência⁴⁹.

Cenários em que, por exemplo, uma testemunha está prestes a morrer; o objeto da perícia está para perecer, o dano ambiental está, aos poucos, sendo absorvido pela natureza etc. são as tradicionais situações em que se justifica a produção antecipada de prova: o risco de a prova não poder ser mais produzida⁵⁰.

Na mesma linha do defendido por João Lessa, sobre a causa de pedir da produção antecipada dever permitir identificar a plausibilidade de existência de um conflito jurídico e da relevância dos fatos sobre os quais recairá o meio probatório pretendido, Caroline Hidd e Joseli Magalhães afirmam que o art. 381 do CPC/15 apresenta um conteúdo mínimo da produção antecipada de provas. Segundo os autores, os elementos ensejadores de uma produção antecipada fundada na urgência e, portanto, cautelar, são muito mais facilmente identificáveis pelo juiz. A problemática dos abusos se reservaria mais às hipóteses de antecipação sem urgência⁵¹.

Isso porque, para Caroline Hidd e Joseli Magalhães, apesar da ação de produção antecipada de prova sem o requisito da urgência ser fruto de um direito autônomo à prova, somente através da demonstração e satisfação do tripé adequação, necessidade e utilidade é que a petição inicial da referida ação pode ser recebida pelo magistrado e o instituto seguir adiante na função para que foi pensado inicialmente: ser mais uma ferramenta a favor da jurisdição, do processo e do próprio cidadão, como um caminho a ser percorrido para a resolução pacífica de conflitos⁵².

Araújo e Lemos, por sua vez, sustentam que o cabimento da modalidade de antecipação na urgência tem cabimento quando o autor fundamentar o receio de que a produção de determinada prova se torne impossível ou muito difícil em momento

⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 381. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [versão eletrônica], p. 589.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil, vol. 2. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 166.

⁵¹ HIDD, Caroline de Carvalho Leitão; MAGALHÃES, Joseli Lima. “A produção antecipada de prova sem o requisito de urgência como meio para a resolução pacífica de conflitos” Revista de Processo, Jurisdição e efetividade da justiça, vol. 9, n. 1, Jan/Jun. 2023, p. 68-69.

⁵² HIDD, Caroline de Carvalho Leitão; MAGALHÃES, Joseli Lima. “A produção antecipada de prova sem o requisito de urgência como meio para a resolução pacífica de conflitos” Revista de Processo, Jurisdição e efetividade da justiça, vol. 9, n. 1, Jan/Jun. 2023, p. 70-71.

posterior. Busca-se, segundo eles, “acautelar um direito futuro com a produção de uma prova que pode se tornar impossível ou inviável de produção posterior”⁵³.

3. A arbitragem

Como já adiantado, a lei brasileira até o advento da Lei nº 9.307/96 (“LAB”), não acolhia a arbitragem como atualmente, isso porque, o legislador até as reformas recentes simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito), como também a sentença arbitral era objeto de homologação, ao contrário do previsto atualmente, tendo ainda a cláusula arbitral ou a cláusula compromissória sido completamente desprestigiada até o advento da LAB.

Apesar da previsão normativa diferente da contemporânea, esclarece Cláudio Finkelstein que o Brasil conhece e reconhece a existência de prática de arbitragem desde a época colonial, através das Ordenações Filipinas, um sistema legal promulgado pelo rei Felipe II durante o domínio de Espanhol em Portugal, no ano de 1603, que definiu a arbitragem como um meio válido e eficaz de resolução de litígios⁵⁴.

Mesmo com as inovações advindas da LAB, CPC/15, CF/88 e tratados internacionais, o legislador tomou cuidado para, quando utilizados os métodos de resolução de disputas alternativos, fossem salvaguardados os direitos das partes sob risco iminente, guardando assim o princípio do acesso efetivo à justiça. Tal característica é possível de se identificar a partir da leitura do art. 5º, XXXV da CF, onde: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Nesse sentido, continua o art. 3º do CPC/15, que estatui: “*Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*”. Prevendo ainda expressamente em seu parágrafo primeiro ser “*permitida a arbitragem, na forma da lei*”.

Ao abordar a prévia inexistência do instituto da arbitragem no Brasil como a contemporânea, Cláudio Finkelstein defende que entre as razões para isso, são dois fatores: “*pela cultura nacional avessa à intervenção privada em um domínio tido como exclusivo do Judiciário e das forças constituídas do Estado, e também pelo desprestígio*

⁵³ ARAÚJO, José Henrique Moura; LEMOS, Vinicius Silva. “A produção antecipada de provas como um procedimento especial e a sua necessária sistematização” Revista de Processo, vol. 339, Maio/2023, p. 165-201, [versão eletrônica].

⁵⁴ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no Brasil: evolução histórica. Revista Internacional Consinter de Direito. Ano VI – Número X, 2020. pp. 427.

ao instituto atribuído pela lei vigente anteriormente à edição da Lei 9.307/1996, a qual demandava um procedimento gravoso às partes para a aplicação das decisões arbitrais”⁵⁵.

A arbitragem é definida como um método heterocompositivo voltado à solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, cujos poderes conferidos decorrem de uma convenção privada entre as partes, que decidem, com base nesta convenção sem a intervenção do Estado, cuja decisão é destinada a assumir eficácia de sentença judicial⁵⁶

Francisco José Cahali⁵⁷ assim define a arbitragem: “*A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial*”.

A arbitragem é um método de solução de disputas utilizada desde os primórdios das várias civilizações conhecidas e incrementada ao modelo hoje praticado na idade moderna, com a criação dos Estados Nacionais em sua forma contemporânea. Sua finalidade é pacificar relações sociais e comerciais conflituosas sem necessariamente haver interferência do Judiciário, por meio de um terceiro não relacionado à controvérsia e às partes.⁵⁸

Para determinados casos, a arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios se comparada àquela levada a cabo pelos tribunais estatais, especialmente em função da amplitude da autonomia das vontades atribuída às partes na confecção do instrumento contratual, da escolha da legislação aplicável, da mecânica da condução e da velocidade do procedimento, da maior especialização e escrutínio pelo tribunal, do menor custo relativo e maior possibilidade de manutenção do sigilo sobre a controvérsia em pauta.⁵⁹

⁵⁵ <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/486/edicao-1/arbitragem-internacional>. Acesso em: 30.09.2024.

⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 47. E-book.

⁵⁷ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 165.

⁵⁸ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 1, 2015, pp. 341-353.

⁵⁹ <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/486/edicao-1/arbitragem-internacional>. Acesso em: 30.09.2024.

Natália Mizrahi Lamas, na mesma linha que Francisco José Cahali, defende ser a arbitragem uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos, destacando ainda ser não apenas no Direito Internacional, mas no Brasil.

Na mesma linha, Natália Lamas continua no sentido de que, como na jurisdição estatal, no processo arbitral, as partes, voluntariamente, outorgam a um terceiro – ou a terceiros, de preferência⁶⁰ em número ímpar, quando se denominará tribunal arbitral – o poder de decidir uma determinada contenda. Tal escolha é sempre inspirada pela confiança, na idoneidade e na expertise dos árbitros. A arbitragem funda-se, portanto, na autonomia da vontade das partes, na sua capacidade de consentir em atribuir poderes a um terceiro para decidir uma controvérsia. Por essa razão, a autonomia da vontade das partes – modernamente, por vezes, referida como autonomia privada – é o fundamento da vinculação das partes a um processo arbitral⁶¹.

Quanto à sua natureza jurídica, a discussão é antiga. São basicamente quatro as teorias a respeito: *privatista* (contratual), *jurisdicionalista* (publicista), *intermediária* ou *mista* (contratual-publicista) e a *autônoma*⁶².

A teoria *privatista*, também chamada por alguns como *contratualista*, vê na arbitragem apenas um negócio jurídico; entende que a arbitragem representa, na essência, tão somente a extensão do acordo firmado entre as partes⁶³. Para Cahali, “na teoria *privatista*, a atribuição ao árbitro para decidir nada mais seria do que o cumprimento do contratado, ou seja, a outorga ao terceiro da autoridade de escolha da forma como um contrato será adimplido, ou a autoridade para solucionar o impasse pela contratação das partes nesse sentido”⁶⁴.

A teoria *publicista*, para o mesmo jurista, confere à arbitragem a natureza jurisdicional. E assim se entende por considerar que o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesse.

Já a teoria *intermediária*, agrupa os fundamentos da *privatista* e da *publicista*, para concluir que, mesmo pautada no negócio jurídico realizado entre as partes, e sendo dele decorrente, não se pode desenvolver a arbitragem fora de um sistema jurídico, pois

⁶⁰ De “preferência”, pois podemos pensar em um tribunal de dois árbitros, apenas com um terceiro que é chamado em situações de desacordo, com voto de qualidade. É o caso, por exemplo, do Regulamento de Arbitragem da *London Maritime Arbitrators Association* (LMAA), que prevê a figura do *umpire* apenas para decidir divergências pontuais (art. 9º).

⁶¹ LEVY, Daniel, Guilherme Setoguti J. Pereira, coordenadores. *Curso de arbitragem* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pgs.27/28.

⁶² CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

⁶³ CRETTELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14.

⁶⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134.

este método de solução de conflitos submete-se à ordem legal existente, embora não controlada inteiramente por esse sistema.

Por fim, sobre a teoria *autônoma*, entende Cahali que sobre esta concepção, “*identifica-se na arbitragem um sistema de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente. E pelas suas características, esta teoria tem importância nos procedimentos de arbitragem internacional, nos quais há certa independência à ordem local de uma ou outra*”⁶⁵.

Apesar das diferentes teorias, Natália Mizrahi Lamas pontua que “*embora haja a mencionada divergência, certo é que a lei brasileira foi clara ao equiparar os árbitros aos juízes de direito e ao considerar o laudo arbitral verdadeira sentença, em razão de configurar título executivo judicial*”⁶⁶. Concluindo assim ser forçoso reconhecer a tese da jurisdicionalidade (teoria *publicista*) da arbitragem no direito brasileiro.

Assim, apesar das diferentes visões acerca da teoria da arbitragem, fato é que a arbitragem se escora, portanto, na autonomia da vontade das partes, na sua capacidade de consentir em atribuir poderes a um terceiro para decidir uma controvérsia, sendo esse o fundamento da vinculação das partes a um processo arbitral⁶⁷. Não somente em respeito a autonomia das vontades, mas também ao princípio do *pacta sunt servanda*⁶⁸.

Essa é a jurisprudência do TJSP e do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”)⁶⁹:

APELAÇÃO. Ação regressiva de ressarcimento. Transporte marítimo de carga. Sentença de extinção sem julgamento do mérito, pelo reconhecimento da incompetência do juízo em virtude de convenção de arbitragem. Recurso da seguradora autora. **COMPETÊNCIA.** Pactuação, no contrato de afretamento celebrado entre a exportadora segurada e a transportadora ré, de cláusula compromissória internacional. Validade do pacto em concreto, livremente acordado, afastando a competência da jurisdição nacional nos termos dos arts. 3º, § 1º e 25 do CPC. Sub-rogação da seguradora nos direitos e ações que competem ao segurado abrange

⁶⁵ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 135.

⁶⁶ LEVY, Daniel, Guilherme Setoguti J. Pereira, coordenadores. Curso de arbitragem – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pgs.34.

⁶⁷ Curso de arbitragem/Daniel Levy, Guilherme Setoguti J. Pereira, coordenadores. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pgs.28.

⁶⁸ Os contratos existem para serem cumpridos. Este brocardo é tradução livre do latim *pacta sunt servanda*. É muito mais que um dito jurídico, porém. Encerra um princípio de Direito, no ramo das Obrigações Contratuais. É o princípio da força obrigatória, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes. "Assim, se pode dizer que *pacta sunt servanda* é o princípio segundo o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei." ZUNINO NETO, Nelson. *Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus*: uma breve abordagem. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=641>. Acesso em 02.10.2024.

⁶⁹ (REsp n. 612.439/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ de 14/9/2006, p. 299.)

tanto o aspecto material quanto processual, pela natureza do contrato segurado e o prévio conhecimento do risco assumido, segundo os arts. 757 e 786 do CPC. **Precedentes do STJ. Recurso não provido.** (TJSP; Apelação Cível 1005837-83.2023.8.26.0011; Relator (a): Helio Faria; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros -3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/08/2024; Data de Registro: 27/08/2024)

Apelação – Ação de exigir contas – Sentença de extinção sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VII, do CPC, em razão da **existência de cláusula compromissória no contrato social** – Insurgência do autor – Não acolhimento – Contrato social que prevê a solução de conflitos por meio do juízo arbitral – Autor/apelante que, mesmo ciente da cláusula compromissória, propôs a demanda perante o Poder Judiciário – Impossibilidade – **Incompetência absoluta da jurisdição estatal para resolução de conflitos oriundos do referido contrato** – Art. 8º, parágrafo único e art. 20, ambos da Lei nº 9.307/96 – **Princípio da "Kompetenz-Kompetenz"** – A circunstância de o corréu não fazer parte do contrato social não afasta, por si só, a cláusula compromissória em questão, que deve ser submetida, em primeiro lugar, à jurisdição arbitral, incumbindo ao próprio Tribunal Arbitral definir acerca de sua competência e o alcance do compromisso arbitral – **Sentença mantida** – Impossibilidade de majoração dos honorários sucumbenciais, eis que já fixados no percentual máximo a que alude a lei processual – **RECURSO IMPROVIDO.** (TJSP; Apelação Cível 1005711-30.2019.8.26.0704; Relator (a): Jorge Tosta; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 20/08/2024; Data de Registro: 21/08/2024)

Desse modo, resta claro que, existindo a cláusula compromissória e não preenchido o requisito da urgência, afastada competência estatal para dirimir as controvérsias atinentes ao mérito da lide.

3.1. A cláusula compromissória: sua natureza e extensão

No ordenamento jurídico pátrio existem algumas terminologias em relação a cláusula compromissória, sendo muito utilizado pela doutrina e jurisprudência “cláusula arbitral”, “cláusula compromissória” e “cláusula de arbitragem”. Contudo, de acordo com Felipe Vollbrecht Sperandio, na realidade, a “convenção de arbitragem” é o gênero ao qual pertencem duas espécies, sendo elas: a cláusula arbitral e o compromisso arbitral. “Quanto à primeira, a doutrina e a jurisprudência utilizam as expressões “cláusula

arbitral”, “cláusula compromissória” e “cláusula de arbitragem” como expressões sinônimas⁷⁰.

A distinção entre cláusula arbitral e compromisso arbitral perdeu forças após a LAB, pois até o seu advento, apenas o compromisso arbitral afastava a jurisdição estatal, *ex vi* do art. 301, VIII, do Código de Processo Civil de 1973⁷¹. Desta forma, a cláusula compromissória, - pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica – passou a ser apta a afastar a competência do juiz estatal.

Ainda em relação a convenção de arbitragem, esta possui caráter híbrido, porque, de forma simultânea e indissociável, tem características contratuais e jurisdicionais. Nesse sentido, a convenção de arbitragem é um acordo de vontades livremente celebrado pelas partes, trazendo assim, características de obrigação contratual e ao mesmo tempo concede jurisdição ao tribunal arbitral para resolver o mérito certas disputas, “removendo a jurisdição estatal e materializando o elemento jurisdicional em favor dos árbitros”⁷².

A cláusula compromissória também pode ser definida como um dos mecanismos⁷³ por meio do qual as partes manifestam livremente a vontade de arbitrar suas disputas⁷⁴, tendo ganho efetividade após o advento da LAB, em 1996, que lhe conferiu força vinculante, o que, por sua vez, fortaleceu o próprio instituto da arbitragem.

Tendo a arbitragem como princípio basilar a autonomia da vontade livre consentida, explica Vera Monteiro de Barros que “o princípio da autonomia privada é a razão de ser da arbitragem, é a sua mola propulsora. O fundamento e a pedra angular da arbitragem estão no consentimento, devendo haver consenso entre as partes para se estabelecer a convenção de arbitragem. A base da arbitragem reside na vontade consentida das partes de eleger essa forma de solução de conflitos, renunciando à jurisdição estatal”⁷⁵.

⁷⁰ LEVY, Daniel, Guilherme Setoguti J. Pereira, coordenadores. *Curso de arbitragem* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pgs.65.

⁷¹ CPC/1974, art. 301. *Compete-lhe (réu), porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] VIII – compromisso arbitral [...].*

⁷² LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas a.; KROLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International, 2003. P. 130.

⁷³ O outro mecanismo é o compromisso arbitral (artigos 3º e 9º da LAB), firmado entre as partes em momento posterior ao surgimento da disputa entre as partes.

⁷⁴ “[...] em sentido estrito, cláusula arbitral é a previsão contratual em que as partes se comprometem a submeter eventuais conflitos futuros em torno da relação contratual à arbitragem.” cf. MESSA, Ana Flavia; ROVAI, Armando Luiz. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 136.

⁷⁵ BARROS, Vera Cecília Monteiro de. O consentimento na arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto B.; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO,

A esse respeito, Cláudio Finkelstein afirma que a cláusula compromissória “*como instituto derivado da autonomia da vontade das partes, essa declaração deve restar incontrovertida e clara, vinculando as partes a seus exatos termos*”⁷⁶.

A convenção arbitral afasta a jurisdição estatal para analisar o mérito de disputas, futuras ou existentes, relacionadas a determinada relação contratual ou extracontratual. Ela é irretratável e obrigatória, criando o direito e a obrigação de submeter certas disputas à jurisdição do tribunal arbitral. Ainda quando existir cláusula de foro concomitante a cláusula arbitral, ambas contidas no mesmo contrato, a última prevalece, sendo essa a jurisprudência do STJ⁷⁷.

Mas assim como outros negócios jurídicos, além da capacidade para submeter aos árbitros um litígio é necessário ainda que a desavença diga respeito a direito patrimonial disponível (art. 1º da LAB).

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com a sua infringência⁷⁸.

Assim, de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família – e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) – aqueles atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes.

Carmona conclui que são arbitráveis, portanto, “as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que convertem. Concluindo que se pode continuar a dizer, na esteira

Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes (org.) Arbitragem e processo – homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. II, p. 693.

⁷⁶ FINKELSTEIN, Cláudio. A questão da arbitrabilidade. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo: CBAr, n. 13, p. 30, 2007.

⁷⁷ “A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do poder judiciário, por exemplo, para concessão de medidas de urgência; ou execução de sentença arbitral; instituição de arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável”. (STJ, 3ª T., REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 28.02.2012)

⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96 / Carlos Alberto Carmona. 2. Ed. rev., atual., e ampl., - 4. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007. Pg. 56.

do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir”⁷⁹.

3.2. Cautelares pré arbitrais: produção antecipada de prova

As cautelares são medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e consequente produção, no futuro, de resultados úteis e justos⁸⁰. Elas estão previstas no CPC/15 no art. 294 ss. No curso do processo arbitral – ou antes mesmo da instauração do tribunal arbitral – pode tornar-se imprescindível a concessão de medida que evite dano irreparável ou que torne inútil a decisão a ser proferida⁸¹.

Em se tratando a arbitragem de procedimento em que os árbitros foram equiparados aos juízes de direito, também foram previstas ocasiões para a concessão de medias cautelares para situações em que exista cláusula compromissória. Com efeito, estatui de forma clara o art. 22-A da Lei 9.307/96 que “*Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência*”. A previsão normativa é reflexo também do art. 5º, XXXV e LXXVIII da CF/88, encontrando amparo no diploma processualista.

Em se tratando de cautelar de produção de provas com previsão de cláusula compromissória, comenta Igor Rossoni que, para que o Judiciário homologue a produção antecipada de provas em favor de procedimento arbitral, deve haver necessidade e justificativa. A possibilidade de se recorrer ao Judiciário em casos como esse dependem, em verdade, do que dispõe a cláusula compromissória e do caso concreto⁸².

Isso porque, como tratado anteriormente, na produção antecipada de prova, a admissibilidade da prova é o próprio mérito da demanda, a simples produção antecipada deferida pelo órgão julgados configura típica tutela jurisdicional, o que por sua entraria na esfera da competência dos Tribunais Arbitrais⁸³.

⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96 / Carlos Alberto Carmona. 2. Ed. rev., atual., e ampl., - 4. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007. Pg. 56.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, Gustavo Henrique Righi Badaró, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. Teoria Geral do Processo – 34. Ed., rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, pgs. 531.

⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96 / Carlos Alberto Carmona. 2. Ed. rev., atual., e ampl., - 4. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007. Pg. 265.

⁸² ROSSONI, Igor Bimkowski. "Produção Antecipada de Prova sem Requisito da Urgência e Juízo Arbitral no Direito Societário". YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenação). *Processo Societário III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 310/317.

⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira; BECERRA, Eduardo de Carvalho. “Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: Réquiem?”. In: YARSHELL,

Assim, Igor Rossoni argumenta que , para a configuração da competência do juízo estatal, nos termos do art. 22-A da LAB, a parte deverá justificar a necessidade da medida e demonstrar sumariamente a existência da urgência na concessão da tutela (*pericolo di tardività*) ou do perigo da infrutuosidade do provimento (*di infruttuosità*). Se a urgência, em sentido amplo, não for o fundamento para o deferimento da tutela do direito, sem entrar no mérito da sua efetiva comprovação ou não, não se estará diante da hipótese prevista no art. 22-A da LAB, pondo-se em xeque a própria competência do juízo estatal⁸⁴.

Contudo, inexistindo a urgência necessária para a concessão da produção antecipada de prova em caráter cautelar, pontua o jurista que:

“Mas e se inexistir urgência? Estabelecida a premissa da existência de um direito autônomo à prova independentemente do requisito da urgência e havendo cláusula compromissória para dirimir eventuais conflitos da relação de direito material, põe-se a seguinte questão: não sendo urgente, qual é o juízo competente para processar a produção antecipada de provas, o juízo estatal ou o juízo arbitral? Ou, sob um outro ângulo, a produção antecipada de prova sem requisito da urgência é arbitrável?

[...]

Inexistindo resposta na LAB, em respeito à autonomia da vontade, deve-se analisar a cláusula arbitral e verificar se as partes estabeleceram regramento para tal situação. Se houver regramento para tal hipótese, ainda que não seja comum tal previsão em cláusulas compromissórias, deve-se prestigiar o pactuado entre as partes, quer seja o juízo estatal o escolhido para processar a produção antecipada de provas, quer seja o juízo arbitral.

(ROSSONI, Igor Bimkowski. "Produção Antecipada de Prova sem Requisito da Urgência e Juízo Arbitral no Direito Societário". YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenação). *Processo Societário III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 310/317)

Por fim, o jurista conclui que, caso a produção antecipada de provas seja sem requisito de urgência, salvo disposição em contrário na cláusula compromissória, a competência para seu processamento é regulada pela regra geral da Lei 9.307/96, isto é, cabe ao juízo arbitral o seu processamento. A função do árbitro, tal qual a do juiz estatal, será basicamente de homologação das provas produzidas.

Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 458 459.

⁸⁴ ROSSONI, Igor Bimkowski. "Produção Antecipada de Prova sem Requisito da Urgência e Juízo Arbitral no Direito Societário". YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenação). *Processo Societário III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 310/317.

Na mesma linha, continua Yarshell no sentido de que, existindo dúvida quanto à competência do juízo arbitral ou do juízo estatal para a produção antecipada de provas, o juízo arbitral deve ser privilegiado, especialmente nos casos em que não há emergência:

“O quarto fundamento favorável à antecipação da prova ser presidida pelo juízo arbitral diz com o prestígio à vontade das partes e ao princípio do favor arbitralis: havendo dúvida sobre a competência para examinar a matéria, deve ser privilegiada a opção das partes pela submissão ao juízo arbitral. [...]”

(YARSELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira; BECERRA, Eduardo de Carvalho; MARQUES, Fabio de Souza Rodrigues. “Produção Antecipada de Prova Desvinculada da Urgência na Arbitragem: Réquiem?”. *Processo Societário IV*. In: YARSELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenação). *Processo Societário III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 468/471)

Não se trata de um formalismo extremo. Yarshell entende que um dos motivos para uma resistência à arbitragem probatória sejam os altos custos e o tempo empregado na produção da prova com o procedimento até então disciplinado pelas Câmaras arbitrais. Contudo, muitas delas já possuem procedimentos compatíveis com a nomeação de árbitro de emergência, de modo que iniciativa semelhante poderia ser observada para fins de adaptação procedural às necessidades da antecipação da prova, ainda que não fundada na urgência⁸⁵.

Nesse sentido, por exemplo, a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP e FIESP (“CMA-CIESP/FIESP”), como a Câmara Americana de Comércio (“CAM-AMCHAM”), editaram recentemente as Resoluções nº 14/2024⁸⁶ e 3/2023⁸⁷, respectivamente, regulamentando o procedimento para produção autônoma de provas em arbitragens e a figura do árbitro de urgência.

A iniciativa, além de acompanhar o posicionamento da doutrina, vai em linha com a decisão proferida pela 3ª Turma do STJ em 2023, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 2.023.615/SP. Naquela oportunidade, o STJ decidiu que, em relações contratuais sujeitas à jurisdição arbitral, os árbitros possuem competência para apreciar o

⁸⁵ YARSELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira; BECERRA, Eduardo de Carvalho; MARQUES, Fabio de Souza Rodrigues. “Produção Antecipada de Prova Desvinculada da Urgência na Arbitragem: Réquiem?”. *Processo Societário IV*. In: YARSELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenação). *Processo Societário III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 468/471.

⁸⁶ <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/regulamento-de-producao-autonoma-de-provas.html> - Acesso em 02.10.2024.

⁸⁷ <https://www.amcham.com.br/noticias/conheca-o-novo-regulamento-do-centro-de-arbitragem-e-mediacao-da-amcham-1> - Acesso em 02.10.2024.

pedido de produção antecipada de provas quando este não envolver urgência, como previsto nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015.

Em linhas gerais, a Resolução nº 14/2024 da CMA-CIESP/FIESP estabeleceu que o pedido de produção de prova deverá ser decidido no prazo de 30 dias contados ou (i) do recebimento da manifestação da parte demandada sobre o cabimento e a forma da produção da prova; ou (ii) do transcurso de tal prazo se não houver manifestação; ou, por fim (iii) do encerramento de eventuais diligências conduzidas pelo árbitro encarregado de apreciar o pedido, não podendo ainda o procedimento exceder 6 meses de duração.

Apesar de não expressamente possuir a mesma previsão cautelar, o Centro de Arbitragem e Mediação – Câmara de Comércio Brasil e Canadá (“CAM-CCBC”) e a Câmara de Arbitragem do Mercado (“CAM”) preveem em seus regulamentos hipóteses para concessão de medidas de urgência. Com efeito, o art. 22 do novo regulamento da CAM-CCBC versa sobre as medidas de urgência, onde prevê expressamente que o tribunal arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias, contanto que não tenha sido convencionado em sentido contrário pelas partes⁸⁸.

A CAM⁸⁹, por sua vez, dispõe em seu art. 5 que, em situações onde ainda não constituído o tribunal arbitral, a fim de prevenir dano iminente ou prejuízo irreparável, poderá a questão ser submetida ao Presidente da CAM, que nomeará um integrante do corpo de árbitros, cuja função será deliberar sobre a medida de urgência.

Por óbvio, mesmo existindo referidas previsões, havendo urgência que impeça a parte de aguardar a instituição do Tribunal Arbitral ou o seu pronunciamento, para ver produzida a prova, é evidente que poderá buscar a produção perante o Judiciário, que cuidará de produzi-la sempre com a devida atenção ao contraditório. No entanto, pontua

⁸⁸ CAM-CCBC, Art. 22.1 – “A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o tribunal arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias, que poderão, a critério do tribunal arbitral, ser subordinadas à apresentação de garantias pela parte solicitante.” - <https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2023/05/Regulamento-de-Arbitragem-2022.pdf>. Acesso em 10.10.2024.

⁸⁹ CAM, Art. 5.1. – “**Medidas de Urgência antes de constituído o Tribunal Arbitral.** Caso ainda não tenha sido constituído o Tribunal Arbitral, e se façam necessárias medidas conservatórias ou reparatórias revestidas de caráter de urgência, a fim de prevenir dano iminente ou prejuízo irreparável, a questão poderá ser submetida ao Presidente da Câmara de Arbitragem, que nomeará um integrante do Corpo de Árbitros da Câmara de Arbitragem como árbitro de apoio, cuja função será deliberar sobre a medida de urgência, a qual vigerá até que o Tribunal Arbitral decida sobre a matéria (“Árbitro de Apoio”). Na indicação do Árbitro de Apoio será observado o disposto no art. 13, § 6º da Lei nº 9.307, de 23.9.1996.” - <https://www.camaradomercado.com.br/pt-br/arbitragem.html>. Acesso em 10.10.2024.

Ana Mercereau, que alguns regulamentos de arbitragem também condicionam a eficácia das medidas cautelares à apresentação de um pedido de arbitragem⁹⁰.

Nessas ocasiões de socorro a tutela jurisdicional estatal, Carvalho aponta que, em consonância com o disposto no art. 22-A, §1º e 23 da LAB, as medidas obtidas, repisa o autor, podem antecipar os efeitos da decisão final, mas, por serem provisórias, podem ser revogadas pelo tribunal arbitral posteriormente⁹¹.

Assim, embora o procedimento de antecipação da prova guarde relação com a possibilidade do não ajuizamento de uma ação futura ou ajudar as partes em negociações ou conciliação, existindo a cláusula compromissória, há que se afastar do Judiciário. A urgência é, em regra, indispensável, devendo as partes, em outras hipóteses, partir para a via por elas próprias eleita: arbitragem⁹². Esse inclusive é o entendimento do STJ⁹³.

3.3. A produção de provas em sede de arbitragem

Ao contrário do previsto no contencioso, na arbitragem, a prova se destina ao árbitro e a ele cabe decidir se determinada prova será ou não produzida. Isso porque, a ele devem as partes convencer de seu direito, já estando as partes em uma fase “contenciosa”.

Parente sustenta que a instrução do processo arbitral é pautada por uma enorme flexibilidade do procedimento, na medida em que não há uma dicotomia clara no regime de apresentação, admissibilidade e valoração da prova nos moldes dos sistemas jurídicos do *Civil Law* e *Common Law*, mas sim uma mistura dos dois modelos, gerando uma composição personalizada para cada processo arbitral⁹⁴.

⁹⁰ MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. “Medidas cautelares anteriores à constituição do tribunal arbitral: apontamentos sobre competência, escopo e execução”. In: GIUSTI, Gilberto; BARALDI, Eliana; ALMEIDA, Eduardo Vieira de; VAUGHN, Gustavo Favero. *Arbitragem e Poder Judiciário*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2023, p. 364-366.

⁹¹ CARVALHO, Eliane; AZAMBUJA, Antonia Quintella de. “Arbitragem e Poder Judiciário: estudos sobre a interação entre as jurisdições arbitral e estatal”. In: GIUSTI, Gilberto; BARALDI, Eliana; ALMEIDA, Eduardo Vieira de; VAUGHN, Gustavo Favero (coords.). *Arbitragem e Poder Judiciário*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2023, p. 484-485.

⁹² CAHALI, Francisco J.; RODOVALHO, Thiago; Alexandre. Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788502625303, pgs.88/90.

⁹³(STJ, Decisão Monocrática, Min. Sidnei Beneti, REsp 1.353.954, d. 21.08.2014.)

⁹⁴ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo: Atlas, 2012.p.221.

A respeito dos poderes instrutórios do árbitro, Carmona entende que “*da mesma forma que o juiz togado, o árbitro deverá instruir a causa, ou seja, prepará-la para decisão, colhendo as provas úteis, necessárias e pertinentes para formar o seu convencimento*”⁹⁵.

Nesse sentido, para José Emilio Nunes Pinto, a fase instrutória do procedimento arbitral destina-se a permitir que os árbitros formem livremente o seu convencimento sobre os fatos alegados e contraditados pela parte contrária. Da contraposição de argumentos, deve surgir a via a ser percorrida pelos árbitros na busca da verdade material. Desse modo, entende o Emilio Pinto que “*a prova se produz em favor e exclusivo benefício dos árbitros*”⁹⁶.

Assim, durante a fase instrutória, a contribuição da parte para a causa é de seu total interesse, cabendo-lhe a mais completa participação possível na indicação de provas, com o foco na relevância da ocorrência dos fatos, não só como pelo interessado alegado, mas também na versão que lhe convém, mesmo se alegado pelo adversário.

Durante a fase instrutória, “a atividade do árbitro neste particular acaba sendo de complementar à iniciativa das partes, e voltada a investigar o quanto lhe parece útil e relevante para influenciar o seu julgamento”⁹⁷.

Nota-se, portanto, que a atividade desempenhada pelo árbitro vai em complemento à iniciativa das partes, voltada a investigar o quanto lhe parecer útil e relevante para influenciar o seu julgamento. “*Assim, não atua o árbitro em favor da parte, na defesa dos interesses de quem argui um fato, mas impulsiona o quanto necessário para a construção de um cenário fático necessário, segundo o seu critério, a estruturar o convencimento racional*”⁹⁸. Sobre isso, esclarece Pedro A. Batista Martins, um dos autores da LAB:

“*Registre-se que é do árbitro o poder de admitir ou não as provas requeridas pelas partes. E não serão admitidas, necessariamente, todas as provas solicitadas. Tal não acarreta como pensam e sugerem alguns advogados em arbitragem, violação ao devido processo legal e, consequentemente, a anulação da futura decisão arbitral*”.

(MARTINS, Pedro Antonio Batista. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bica (coord.). *Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 339.)

⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96 / Carlos Alberto Carmona. 2. Ed. rev., atual., e ampl., - 4. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007. Pg. 260.

⁹⁶ PINTO, José Emilio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de provas na arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, v. 6, n. 25, jan.-mar. 2010. p. 10.

⁹⁷ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

⁹⁸ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

Nos anos recentes, um caso concreto sobre a produção de prova em arbitragem e sua destinação acabou se tornando muito célebre, apesar de infelizmente não ser o único. O caso envolveu o Metro de São Paulo e o Consórcio Via Amarela – CVA. Trata-se do Mandado de Segurança nº 053.10.017261-2, julgado em 7 de junho de 2010 pela 13ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central de São Paulo, impetrado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) contra o Tribunal Arbitral do Processo nº 15.283/JRF, administrado pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio. O referido mandado foi impetrado contra a decisão do Tribunal Arbitral que indeferiu a produção de prova técnica pericial requerida pelo Metrô no âmbito do procedimento arbitral.

Apesar de deferido o mandado, o caso teve grande repercussão na comunidade arbitral. O Consórcio Via Amarela interpôs agravo de instrumento⁹⁹ contra a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, tendo o CBAr como *amicus curiae*. Com efeito, em 14 de março de 2011 a decisão agravada foi revertida por unanimidade pelos Desembargadores da 5ª Câmara de Direito Privado Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, por entender que o Tribunal Arbitral “*agiu com razoabilidade e em consonância às normas e condições da Lei de Arbitragem*” não se denotando qualquer irregularidade por parte do Tribunal.

No cenário das arbitragens internacionais e a produção de prova, existem também as Regras da *International Bar Association* (“IBA”). A instituição foi estabelecida em 1947, logo após a criação das Nações Unidas, com o objetivo de proteger e promover o estado de direito globalmente, nascendo da convicção de que uma organização composta pelas associações de advogados do mundo poderia contribuir para a estabilidade e a paz globais por meio da administração da justiça¹⁰⁰.

Com efeito, para Mateus Aimoré Carretero, as regras da IBA visam a fornecer às partes e árbitros mecanismo para um processo eficiente, econômico e justo de obtenção de provas em arbitragem internacional e construir uma ponte entre sistemas de *Civil Law* e *Common Law*¹⁰¹.

⁹⁹ TJSP. 5ª CDPub, AI0284191-48.2010.8.26.0000, Consórcio Via Amarela v. Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, rel. Des. Rel. Franco Cocuzza, j. 14.03.11, v.u.

¹⁰⁰ <https://www.ibanet.org/About-the-IBA>. Acesso em 04.10.2024.

¹⁰¹ CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Arbitragem e Processo. Homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

3.4. A conduta do árbitro na instrução do procedimento e a resistência da parte em produzir as provas

Apesar de a contribuição da parte na instrução da arbitragem ser de seu total interesse, cabendo-lhe a mais completa participação possível na indicação de provas, com o foco na revelação dos fatos, também é autoridade do árbitro conduzir o procedimento, cabendo-lhe interferir ativamente na instrução da causa, para consolidar o seu livre convencimento sobre os fatos, necessários à adequada solução do conflito¹⁰². Os árbitros devem possuir, portanto, uma conduta proativa, sendo essa a previsão disposta no art. 22 da Lei 9.307/96¹⁰³.

Mesmo sendo de interesse das partes a completa participação no procedimento, fato é que em determinadas ocasiões a falta de cooperação pode ser proposital, visando apenas protelar e obstruir o procedimento através das chamadas “*táticas de guerrilha*” ou “*guerrilla tactics*”, sendo necessário que o Tribunal tome atitudes que visem compelir a parte resistente.

Assim como no contencioso, nem sempre a *ex adversa* será cooperativa ou agirá de boa-fé. No âmbito da arbitragem, o termo “*táticas de guerrilha*” é utilizado para descrever condutas procedimentais inadequadas e abusivas, que variam desde o atraso na produção de provas até a falsificação de provas ou intimidação de testemunhas. Ao definir o termo, Gunther J. Horvath, propõe três critérios cumulativos: i) a necessidade da conduta violar ou abusar de um direito material ou processual; ii) a intenção de obstruir, atrasar ou sabotar o procedimento arbitral e; iii) a necessidade que a execução da tática seja deliberada e, portanto, consciente¹⁰⁴.

Como adiantado, as recentes reformas no Código Civil, Código de Processo Civil e a promulgação da Lei nº 9.307/96 consolidaram a arbitragem como método de resolução de disputas no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, apesar das comparações feitas entre o árbitro e o juiz togado, fato é que apenas a jurisdição estatal conta com o poder de coerção.

¹⁰² CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 284.

¹⁰³ LAB, Art. 22. “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício”.

¹⁰⁴ HORVATH, Günther J. et al. Guerrilla Tactics in International Arbitration. International Arbitration Law Library: Kluwer Law International, 2013. p. 4.

Nessa toada, Miguel Reale, ao analisar o poder monopolístico de coerção do Estado, consigna com ressalvas que “*o Direito é a ordenação coercível da conduta humana*”¹⁰⁵. Tal concepção é notada também no art. 139, IV, do CPC/15 o qual estatui que: “[ao juiz lhe incumbe] *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial [...]*”¹⁰⁶(grifou-se).

Isso se deve ao fato de a função jurisdicional não consistir apenas em julgar, ou seja, em emitir decisões sobre as pretensões das partes, posto que ocorrem inúmeras situações em que a efetivação da tutela jurisdicional depende da realização de atos destinados a propiciar ao titular de um direito a satisfação deste¹⁰⁷.

Com efeito, além da previsão expressa no ordenamento jurídico reconhecendo a arbitragem como método de resolução alternativo de controvérsias, foi determinado também a desnecessidade de se homologar a sentença arbitral para ser executada no Brasil, sendo essa a redação atual do art. 515, VII, sendo passível de instauração do cumprimento de sentença.

As características acima abordadas tratam do fato de que: ao árbitro, lhe falta o poder de coerção sobre as partes. Ou seja, acaso demonstrem estas resistências em cooperar durante o procedimento, podem contar com a colaboração da jurisdição estatal.

Nessa linha, Flávio Barbosa e Naiane Melo asseveraram que a cooperação entre as jurisdições se dá mediante carta arbitral, que funciona como uma ponte entre o juízo arbitral e o estatal. É necessária para atingir e fazer aquilo que o poder arbitral não pode.

Com efeito, a legislação permite a expedição da carta arbitral para que os árbitros se socorram ao Poder Judiciário para a efetivação das medidas necessárias frente a recalcitrância injustificada da parte. A carta deve ser expedida nos termos do artigo 22-C da Lei de Arbitragem e dos artigos 237, IV e 260, § 3º, do Código de Processo Civil. O artigo 189, IV, do Código de Processo Civil, ainda determina que as cartas arbitrais tramitem em segredo de justiça no caso em que forem extraídas de arbitragens confidenciais.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito - 27ª Edição 2002 - Editora: Saraiva. Pgs. 64.

¹⁰⁶ CPC/15, Art. 139. “*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...]*”.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, Gustavo Henrique Righi Badaró, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. – 34. Ed., rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, pgs. 517.

Sobre o uso da carta arbitral pelo tribunal entendem Flávio Barbosa e Naiane Melo que:

“A carta arbitral é necessária especificamente para a prática de atos que dependam do poder de império que falta aos árbitros. Não obstante, o escopo de atuação do Poder Judiciário nas cartas arbitrais é limitado: o órgão do Judiciário a quem é solicitada a cooperação não revisa o mérito da decisão arbitral. Confirmando a jurisdição dos árbitros sobre a demanda e verificando a presença dos requisitos formais para a cooperação solicitada, o Poder Judiciário apenas pratica ou ordena o cumprimento das medidas para a produção da prova, **valendo-se do poder de império que falta aos árbitros.**”

(BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; MELO, Naiane Lopes Soares de. “Produção de provas na arbitragem e foro estatal de apoio: análise à luz da lei brasileira”. In: NETO, João Luiz Lessa. GUANDALINI, Bruno. (Organização). *Provas e Arbitragem: Teoria, Cultura, Dogmática e Prática*. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2023, pp. 57/59, grifou-se e destacou-se)

Assim, fica claro que não pela falta do poder de *imperium* do tribunal arbitral, a parte não cooperante, seja por recalcitrância ou tática do própria, não se exime de eventualmente cooperação com o procedimento e o tribunal.

3.5. Os efeitos da prova antecipada e a estabilização do procedimento arbitral:

Existindo a cláusula compromissória entre as partes, deve-se afastar a jurisdição estatal¹⁰⁸, exceto nas hipóteses pactuadas previamente pelas signatárias do termo, ou naquelas previstas no art. 22-A da Lei nº 9.307/96, preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC/2015.

Assim, quanto ao procedimento de produção antecipada de prova, superada a discussão quanto a sua natureza e sua possibilidade de instauração incidental ou autônoma, apesar da possibilidade de o procedimento ter caráter cautelar (art. 381, I do CPC/15), pode não ter (art. 381, II e III do CPC/15), o que também afastaria a jurisdição estatal.

Com efeito, conforme adiantado, apesar de a LAB não prever procedimento específico para a produção antecipada de prova, câmaras arbitrais como a CMA-

¹⁰⁸ “Assim, embora o uso da arbitragem seja opcional nos termos da Lei Brasileira de Arbitragem, uma vez que as partes adotem a arbitragem através de uma cláusula contratual, o procedimento se torna obrigatório e exclusivo.” (cf. FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no Brasil: evolução histórica. Revista Internacional Consinter de Direito. Ano VI – Número X, 2020. pp. 433).

CIESP/FIESP, editaram resolução específica prevendo o procedimento em seus regulamentos.

Dispõe o art. 3.4 da Resolução nº 14/2024 da CMA-CIESP/FIESP que, “*encerrada a produção da prova, o árbitro de prova homologará, por sentença a prova produzida*” continuando ainda o art. 3.5 que, “*proferida a sentença conforme o artigo 3.4 acima, a jurisdição arbitral relativa ao árbitro de prova está encerrada*”.

Assim, nos termos da Resolução nº 14/2024 da CMA-CIESP/FIESP, é visível que a produção antecipada de prova arbitral possui começo, meio e fim, extinguindo-se o procedimento e a jurisdição daquele árbitro, uma vez produzida a prova, para que a parte então determine como dela se utilizar.

A dinâmica repete o quanto previsto no art. 382, §2º do CPC/15, o que não significa que não deixa de provocar efeitos diretos nas relações jurídicas, como, por exemplo, na estabilização de um procedimento.

Sob o aspecto positivo, entende-se que a estabilização da demanda é o momento determinado pela lei ou outro regramento em que ocorre a delimitação e a fixação definitiva do objeto litigioso do processo¹⁰⁹, estatal ou arbitral. Sob o aspecto negativo, trata da “*impossibilidade de alteração do pedido ou causa de pedir durante o desenvolvimento do processo*”¹¹⁰, a partir do momento fixado.

A estabilização da demanda regula a maneira de se postular ou se defender em juízo (ou na arbitragem), dos limites que são atribuídos às partes em relação à demanda que foi posta ao objeto litigioso do processo¹¹¹.

Fernanda Leão ao discorrer sobre a estabilização da demanda, contextualiza que o processo tem por escopo pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos, devendo se desenvolver de maneira ordenada, em que seus atos ocorram de maneira em que os litigantes tenham prévio conhecimento dessas realizações, em busca da realização do resultado justo e favorável. Para tanto, cada ordenamento jurídico opta por um rigor maior ou menos do procedimento a ser adotado, entendendo assim que a estabilização da demanda é reflexo da rigidez ou flexibilidade do procedimento.

¹⁰⁹ BARROS, Vera Cecília Monteiro de. O termo de Arbitragem. In: NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). Temas de Mediação e Arbitragem III. São Paulo: Lex, 2019. p. 283.

¹¹⁰ BONICIO, Marcelo José Magalhães. Princípios do processo no Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 110.

¹¹¹ LEÃO, Fernanda de Gouvêa. Processo arbitral – a estabilização da demanda. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, pgs. 97.

A título de contextualização, em um sistema processual rígido, o lugar de cada ato, quando este tem cabimento, encontra-se rigidamente estabelecido em lei, sendo que o desrespeito ao quanto determinado pode implicar na invalidade do ato processual. Apesar desse formato apresentar maior previsibilidade e segurança às partes, pode prever atos que sequer seriam necessários, ou até mesmo inadequados para a efetiva tutela dos direitos.

Assim, para os sistemas mais rígidos, tem-se a observância de princípios como o contraditório, por ter a parte requerida conhecimento das razões pelas quais está sendo demandada, das provas que deverão ser produzidas para a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito da parte requerente¹¹². Na mesma linha, verifica-se também: i) a observância ao princípio da lealdade processual, na medida em que se exige das partes que adotem uma conduta ética desde o princípio, expondo de uma só vez todos os fatos e argumentos, evitando-se “cartas na manga” surpresas; ii) a imutabilidade e a; iii) a preclusão, onde tem-se que os atos processuais sejam praticados em determinado lapso temporal.

Fernanda Leão pontua que a modificação da demanda de forma ulterior pode prejudicar a defesa do requerido, pois a introdução de novos pedidos ou causa de pedir poderia agravar seu ônus defensivo¹¹³.

Em contrapartida, sistemas que optam por um procedimento mais flexível caracterizam-se pela possibilidade de retrocessos, sem apego à divisão do processo em fases tão rígidas. É permitida a inclusão de novos fatos, bem como de circunstâncias da vida real que tenham provocado alteração da situação fática originariamente levada a juízo.

Nesse sentido, Fernanda Leão entende serem fundamentos para a escolha pelo legislador do sistema flexível: i) a possibilidade de correção de eventuais omissões e erros não maliciosos na definição dos elementos da demanda; ii) a economia processual, ao evitar-se o ajuizamento de novas demandas para a discussão de causas de pedir e pedidos que não tenham sido incluídos inicialmente, mas que tenham relação com o processo/procedimento em andamento; iii) uma maior proximidade do processo com a realidade

¹¹² JUNOY, Joan Picó i. La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 50.

¹¹³ LEÃO, Fernanda de Gouvêa. Processo arbitral – a estabilização da demanda. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, pgs. 99.

fática e; iv) em razão ao princípio da oralidade (apesar de não aplicável ao ordenamento jurídico pátrio ante a valorização de um procedimento eminentemente escrito).

Sabe-se que ao realizar o pedido de instauração do procedimento arbitral, as partes devem inserir seus pedidos do modo mais amplo possível, sendo comum inserirem os mesmos no termo de arbitragem, onde ocorreria a estabilização.

Contudo não há na LAB dispositivo que preveja que a demanda arbitral se estabilizará, da mesma forma que ocorre no processo estatal¹¹⁴. De igual modo, também não está previsto que a demanda não se estabilizará, ou seja, que poderão ser deduzidos novos pedidos ou causa de pedir até o final do processo.

Para Fernanda Leão, a disposição acerca do momento de estabilização da demanda arbitral está inserida na autonomia da vontade das partes ao prever que regras serão adotadas no procedimento, seja por meio de regulamento da instituição arbitral ou até mesmo por estipulação no termo de arbitragem¹¹⁵.

Desse modo, no que tange aos regulamentos das Câmaras arbitrais, o atual da Corte de Comércio Internacional¹¹⁶ (“CCI”), prevê no seu artigo 4(1) que a parte que pretenda dar início à arbitragem deverá apresentar para a Secretaria requerimento contendo a “*descrição da natureza e das circunstâncias do litígio que deu origem às demandas e os fundamentos sob os quais tais demandas são formuladas*” e “*especificação do pedido, incluídos os valores de quaisquer demandas quantificadas e, se possível, uma estimativa do valor monetário da demais demandas*”.

Apenas no artigo (art. 23.4) percebe-se o teor quanto à estabilização, determinando que após a assinatura da ata de missão e sua aprovação pela corte, nenhuma parte deverá formular novas demandas que extrapolarem os limites da ata de missão, a menos que tenha sido autorizado pelo tribunal arbitral.

Além do regulamento da CCI, tal característica também é perceptível no regulamento de arbitragem da *London Court of International Arbitration* (“LCIA”). Diferentemente da Câmara anterior, a LCIA não prevê a assinatura do termo de arbitragem para regular o procedimento, deixando a critério das partes a apresentação de uma proposta conjunta para sua condução, a ser apreciada pelo árbitro.

¹¹⁴ Conforme estabelece o artigo 329, I, do CPC/15, o autor somente poderá livremente aditar o pedido e a causa de pedir antes da citação do réu. Após realizada a citação e até o saneamento do processo, a alteração do objeto litigioso dependerá da concordância do réu, nos termos do art. 329, II do CPC/15.

¹¹⁵ LEÃO, Fernanda de Gouvêa. Processo arbitral – a estabilização da demanda. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, pgs. 124.

¹¹⁶ [icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf \(iccwbo.org\)](http://iccwbo.org). Acesso em: 12.10.24.

Não há uma previsão expressa no sentido de que, após a fase de manifestações escritas nenhum novo pedido ou causa de pedir possam ser apresentados. Contudo, no art. 22.1(i)¹¹⁷, em que são previstos poderes adicionais do árbitro, há a possibilidade deste permitir que a parte complemente, modifique ou altere qualquer demanda, defesa, reconvenção. Disso se pode inferir que, após a apresentação das manifestações escritas, não seria mais permitida a alteração do objeto litigioso, a não ser mediante a autorização do árbitro.

A mesma característica é perceptível ao analisar os regulamentos da CAM-CCBC assim como da CMA-CIESP/FIESP ou da Câmara de Arbitragem e Mediação da FGV (“FGV-CAM”).

Assim, a título de exemplo, em uma situação, como a de um contrato de locação de imóvel corporativo para uso comercial com cláusula compromissória, aproximando-se o término do contrato e existindo divergências quanto aos novos termos da renovação, instaura-se um procedimento arbitral. No entanto, passada a fase em que formulados os pedidos da arbitragem original, paralelamente a requerida promoveu produção antecipada de prova arbitral, onde verificou-se que além do reajuste desejado pelo locador do imóvel ser abusivo, descobre que incorreu em gastos excessivos com obrigações perante o imóvel que seriam do locador e não suas.

In casu, a descoberta feita com a produção da prova impactou diretamente em seu direito e, consequentemente, em seu pleito, podendo assim requerer aditamento ou modificação do pedido ou da causa de pedir, a fim de evitar o possível enriquecimento ilícito assim como garantir eventual autocomposição e acesso à justiça, podendo ou não o tribunal arbitral deferir o requerido de maneira fundamentada.

Portanto, observadas as características do procedimento arbitral quanto à flexibilização do procedimento, a autonomia das partes e o regulamento da câmara arbitral onde ocorre o procedimento e a boa conduta das partes no procedimento assim como o estágio em que este se encontra, podem as partes requererem modificações em seus pedidos ou causa de pedir, sob autorização fundamentada do tribunal arbitral.

¹¹⁷ [LCIA Arbitration Rules 2020](#). Acesso em: 12.10.24.

4. A jurisprudência nacional sobre o procedimento de produção antecipada de provas em sede pré arbitral:

4.1.Favorável à possibilidade de produção de provas anterior à instauração da arbitragem:

Em 7 de junho de 2021, a Quarta Turma do STJ apreciou o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial, interposto por Weatherford Industria e Comércio Ltda. e outros, em face de Alfredo Jose Pereira e Silva, ocasião em que o tema da medida de urgência pré-arbitral foi abordado:

[EMENTA]

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMPLETA. MEDIDA PREPARATÓRIA DE ARBITRAGEM. COMPETÊNCIA.** PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser afastada a alegada violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil.
2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ).
3. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.
4. Agravo interno a que se nega provimento.

[Trecho do voto do Relator]

Não merece reforma a decisão agravada, cujo teor ratifico integralmente (fls. 812/817):

(...)

Para finalizar, a ressalva expressa dos arts. 22-A e 22-B da Lei 9.307/1996 constitui a base da jurisprudência do STJ com a qual está harmônico o acórdão recorrido, conforme os precedentes transcritos, não constituindo afronta à cláusula compromissória, apenas atuação provisória e suplementar para não privar as partes da jurisdição enquanto não instituído o Juízo arbitral, de sorte que é inafastável a aplicação da Súmula 83/STJ na situação fática retratada nos autos.”

(STJ, 4^aT, AgInt no AREsp n. 1.535.622/RJ, min. Rel. Maria Isabel Galotti, j. un. 07.06.2021, grifou-se)

No mesmo sentido foi o entendimento perfilhado pelo STJ anteriormente, na data de 5 de dezembro de 2017, quando do julgamento de recurso especial interposto por Morus Educacional Participações S/A, em face de Newton de Paiva Ferreira Filho.

No caso concreto, a relatora afirmou que seria possível, na pendência da constituição do tribunal arbitral, que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar. Assim, após instaurada a arbitragem, os autos deveriam ser encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumisse o processamento da ação, e, como já salientado pela doutrina, caberá a ele manter, alterar ou revogar a respectiva decisão. Veja-se:

“[EMENTA]

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. AJUIZAMENTO PRÉVIO PERANTE A JUSTIÇA ESTATAL. INSTITUIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL. COMPETÊNCIA.

1. O prévio ajuizamento de ação cautelar perante o Poder Judiciário deriva do poder geral de cautela insculpido na legislação processual e hoje previsto expressamente nos artigos 22-A e 22-B da Lei n. 9.307/1996, incluídos pela Lei n. 13.129/2015. A atribuição de processá-la, todavia, após a instauração da arbitragem, é do juízo arbitral, ocasião em que poderá reanalisar a medida eventualmente concedida.

2. Recurso especial conhecido e provido.

[Trecho do voto do Relator]

Não há, portanto, o afastamento da jurisdição do órgão arbitral por prorrogação de competência baseada unicamente na análise, pelo Poder Judiciário, de pedido formulado em sede de ação cautelar.

A permissão do processamento, prévio à instauração da arbitragem, de medida cautelar perante o órgão de jurisdição estatal, no caso expressamente prevista no contrato, deriva do princípio do poder geral de cautela, insculpido na legislação processual civil, dependente, todavia, da posterior instauração do procedimento arbitral, o que, como visto, já ocorreu, posteriormente ao ajuizamento da cautelar de produção antecipada de prova.

Atualmente, o ajuizamento prévio de medidas urgentes perante a Justiça Estatal, no curso da lide, conta com previsão expressa no artigo 22-A da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), com a redação dada pela Lei n. 13.129/2015. Na oportunidade, a alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.129/2015 também incluiu o artigo 22-B da Lei 9.307/1996, de seguinte teor:

‘Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.’

Como se vê, é possível o prévio ajuizamento de ação para adoção de medidas urgentes perante o Poder Judiciário, mas a atribuição para processá-la, após a instauração da arbitragem, passa imediatamente a ser do juízo arbitral, que, recebendo os autos, poderá reanalisar a medida eventualmente concedida.

Anote que a regra processual tem efeito imediato e, portanto, deve ser aplicada para os feitos em curso, especialmente para a resolução da controvérsia acerca da competência para o julgamento da presente medida cautelar.

Observo que, apesar de defender sua extinção, a recorrente aduz que ‘instaurada a arbitragem, a tutela emergencial inicialmente requerida ao Poder Judiciário deverá ser remetida aos árbitros, que, com exclusividade, deverão decidir a questão. É o que se depreende da parte final da cláusula 9.9.7 do contrato’ (fl. 656).

Ademais, cuida o caso concreto de produção antecipada de prova com o objetivo de fixar valor das quotas sociais do Instituto Cultural Newton Paiva Ferreira Ltda, questão central na resolução da lide submetida ao Juízo Arbitral, o que evidência caber a este decidir sobre a produção da prova

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar o encaminhamento da medida cautelar de produção antecipada de prova ao juízo arbitral.

É como voto.”

(STJ, 4^aT, REsp n. 1.586.383/MG, min. Rel. Maria Isabel Galotti, j. un. 05.12.2017, grifou-se)

Já em decisão monocrática recente, na data de 31 de agosto de 2023, o Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira julgou o Conflito de Competência suscitado por Grant Thorton Corporate Consultores de Negócios Ltda. e outros, em face de TASP – Centro de Mediação e Arbitragem de São Paulo Ltda. e outro, momento em que foi discutida a questão da competência para a apreciação de tutelas de urgência, porém, depois de instituída a arbitragem.

O relator, em seu voto, declarou que, após a instituição da arbitragem, a competência para apreciar tutelas de urgência passaria a ser do juízo arbitral, o que, novamente, está em consonância com os entendimentos doutrinários analisados mais acima. Assim, o relator não reconheceu qualquer conflito de competência, asseverando que o Poder Judiciário atuou dentro de seus limites previstos no art. 22-A, da Lei de Arbitragem:

[Trecho do voto do Relator]

A Lei n. 9.307/1997 estabelece que se considera instituída a arbitragem ‘quando aceita a nomeação pelo árbitro’ (art. 19). Ademais, a norma permite que, antes da instituição formal, o juízo estatal conceda medidas urgentes, cuja eficácia fica submetida ao árbitro:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

No caso, o Juízo estatal proferiu tutela de urgência considerando que a arbitragem ainda não estaria instituída. Expressamente submeteu a

decisão ao Tribunal arbitral ressaltando que sua eficácia cessa a partir da análise do árbitro.

Oportuno transcrever trechos da decisão (e-STJ fls. 657/663 - grifei): ‘No presente caso, o contrato social e acordo de sócios contém cláusula compromissória (Cláusula 15^a - fls. 89 e seguinte).

Outrossim, houve expressa renúncia ao árbitro de emergência nos contratos sociais das requeridas (cláusula 19^a, parágrafo nono).

Assim sendo, nos termos do art. 22-A da Lei n. 9.307/96, a intervenção jurisdicional está limitada à análise da tutela de urgência, que poderá ser mantida ou não pelo árbitro nomeado.

[...]

No presente caso, há prováveis vícios formais e materiais.

Sem prejuízo da análise pela arbitragem, verifica-se, após transcrição da reunião, que foram objeto de deliberações questões que não constavam do ato de convocatório, quais sejam, a ratificação da convocação feita pelo Comitê de Governança e conduta gravíssima atribuída ao requerente [...].

No presente caso, como as questões supracitadas somente foram apresentadas na reunião convocada, não teve o requerente tempo hábil para preparar defesa [...]

Diante do exposto, CONCEDO a tutela de urgência, para determinar a suspensão dos efeitos da deliberação tomada pelo Comitê de Governança, que cassou os direitos sociais do requerente, e daquela tomada em reunião de sócios realizada em 09 de agosto de 2.023, especialmente no que diz respeito à exclusão, por cometimento de falta, daquela sociedade.

2. Tendo em vista que este Juízo não tem jurisdição para processar e julgar a demanda principal, deixo de determinar o aditamento da petição inicial, nos termos do art. 303, § 1º, I, do CPC.

3. Como já houve requerimento para instituição do Tribunal Arbitral, aguarde-se a efetiva nomeação de árbitro.

Intimem-se.’

Ressalte-se que o objetivo do conflito de competência é definir qual dos julgadores deve processar e julgar a demanda, afastando eventual inssegurança jurídica.

No caso, o Juízo estatal apenas agiu nos termos da competência excepcional prevista na lei, remetendo a decisão ao árbitro, inexistindo, nesse contexto, conflito de decisões que ampare o incidente processual.

Ademais, basta às suscitantes provocarem a manifestação do Tribunal Arbitral sobre o tema para que cesse a eficácia da decisão do Juízo estatal, o que evidência inexistir conflito de competência. Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do conflito de competência.”

(STJ, CC n. 199.445/SP, min. Rel. Antonio Carlos Ferreira, decisão monocrática, 31.08.2023, grifou-se)

Assim, como elaborado anteriormente, existindo cláusula compromissória, em regra, a competência para a produção de provas é do tribunal arbitral, existindo ainda a modalidade de árbitro de emergência, prevista em algumas câmaras de arbitragem, para

a apreciação de pedidos cautelares. No entanto, existindo comprovada urgência, pode a parte se socorrer ao Judiciário, sendo essa a jurisprudência sedimentada no TJSP e STJ¹¹⁸.

4.1.1. Desfavorável à possibilidade de produção de provas anterior à instauração da arbitragem:

Passada a análise das jurisprudências acima, passou-se a buscar no banco de dados de jurisprudência do TJSP casos em que os pedidos de antecipação da prova foram indeferidos para melhor compreender, os fundamentos das decisões e as circunstâncias dos casos para melhor entender a jurisprudência deste Tribunal:

APELAÇÃO. ACÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. DIREITO AUTÔNOMO À PROVA. CLÁUSULA ARBITRAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A INTERVENÇÃO DO JUÍZO ESTATAL. ART. 22-A DA LEI DE ARBITRAGEM. URGÊNCIA INEXISTENTE. REQUISITOS DO ART. 300 DO NCPC. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. EXTINÇÃO MANTIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

(TJSP; Apelação Cível 1125900-40.2018.8.26.0100; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 21/08/2019; Data de Registro: 06/09/2019)

No caso em epígrafe, Santa Elisa Participações S.A havia ajuizado ação de produção antecipada de prova em face de Biosev S.A., no entanto, a sentença extinguiu o feito, nos termos do art. 485, IV, do CPC/2015, uma vez que não possui jurisdição para prosseguir com o feito, devendo a parte “provocar o tribunal arbitral diretamente”. Isso porque inexistente a urgência prevista no art. 22-A da Lei nº 9.307/96.

Percebe-se com o caso em tela a consonância do TJSP no sentido de que, em existindo a cláusula compromissória, não existindo urgência que demande sua intervenção, a competência é exclusiva do tribunal arbitral, podendo ainda as partes se socorrerem a tutela jurisdicional, preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC.

¹¹⁸(TJSP - AI 2083180-89.2014.8.26.0000 - São Paulo- 1ª C. Res. DEmp. - Rel. Claudio Godoy - DJe 12.11.2014 - p. 1341); (TJSP; Apelação Cível 1027689-46.2017.8.26.0506; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Ribeirão Preto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/05/2019; Data de Registro: 09/05/2019); (STJ, Recurso Especial 1297974/RJ m, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012); (REsp n. 1.698.730/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8/5/2018, DJe de 21/5/2018.)

Produção antecipada de provas. Extinção do processo, sem resolução do mérito. Manutenção. Existência de cláusula compromissória na avença celebrada entre as partes. Concessão da tutela provisória ou cautelar, pelo Poder Judiciário, pressupõe a presença de urgência, traduzida no perigo de dano ou risco ao resultado útil do procedimento arbitral. Ausência de urgência que justifique o afastamento da competência do juízo arbitral. Fatos que vem acontecendo desde junho de 2020. Exegese do art. 22-A da Lei 9.307/96. Sentença que se apresenta adequada. Apelo desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1156787-31.2023.8.26.0100; Relator (a): Natan Zelinski de Arruda; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 25/06/2024; Data de Registro: 27/06/2024)

No caso acima, por sua vez, trata-se de PAP ajuizada por Eduardo Cotait em face de Notre Dame Intermédica, que foi julgada improcedente por não estarem preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC e terem as partes firmado cláusula compromissória. Em suas razões de apelação, ainda tentou suscitar a competência do TJSP pela previsão de eleição de foro, tendo estabelecido o tribunal paulista como competente para cautelares enquanto não instaurada a arbitragem. A apelação foi julgada peal 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP¹¹⁹, sendo a turma julgadora o Natan Zelinski de Arruda (relator), Sérgio Shimura e Maurício Pessoa.

"PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES QUE PRÊVE CLÁUSULA DE CONVENÇÂO DE ARBITRAGEM - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ARTS. 485, VII, CPC- Antes de instituída a arbitragem, cabe ao Poder Judiciário analisar os pedidos de medida cautelar ou de urgência Art. 22-A da Lei nº 9.307/96 **No caso em apreço, não se vislumbra a alegada situação de urgência, o que afasta a jurisdição do Poder Judiciário** - Atendimento dos requisitos da Lei nº 9.307/1996 - Extinção do processo, sem julgamento do mérito, que fica mantida - RECURSO DESPROVIDO"

(Apelação Cível nº 1008523-70.2020.8.26.0361; Rel. Sérgio Shimura; j. 11/08/2022).

Seguindo a mesma linha dos últimos dois julgados, em julgamento de apelação sob relatoria de Sérgio Shimura, manteve-se a sentença de extinção do processo com fundamento no art. 485, VII, do CPC, justamente por, não existente a urgência, existindo cláusula compromissória entre as partes, encerra-se a competência da jurisdição estatal.

¹¹⁹ Ainda no entendimento da Câmara: Apelação Cível 1049032-79.2022.8.26.0100; Rel. Grava Brazil; j. 19/03/2024.

4.1.2. Caso prático: Renova Energia S/A x Fundo de Investimento Blue Moon:

Feitas as observações em relação ao procedimento de produção antecipada no ordenamento jurídico pátrio e a análise da jurisprudência no sentido contrário quanto à produção antecipada sem caráter cautelar, passa-se a análise de caso paradigmático julgado recentemente pelo STJ. No caso, o debate foi importante pois a produção antecipada não tinha caráter cautelar e a sentença que negou o pedido foi reformada em sede de apelação¹²⁰.

Em 14 de março de 2023, a Terceira Turma do STJ examinou recurso especial interposto por Renova Energia S/A, em face de Blue Mooon Fundo de Investimento e outros, em que foi apreciada a competência para ajuizar produção antecipada de provas, quando as sociedades firmaram cláusula compromissória para submeterem eventuais lides ao procedimento arbitral.

Na origem, trata-se de ação de produção antecipada de provas com pedido de tutela cautelar de urgência. A controvérsia do recurso especial, à época, era saber se a pretensão de produção antecipada de provas, desvinculada da urgência, deveria ser promovida diretamente perante o Tribunal arbitral ou se subsistiria, também nesse caso, a competência (provisória e precária) do Poder Judiciário estabelecida no art. 22-A da Lei de Arbitragem.

O relator, em seu voto, asseverou que, no caso concreto, a pretensão de produção probatória carecia de urgência/cautelaridade para que fosse permitida a concessão da medida perante o Poder Judiciário, o que é o requisito previsto no art. 22-A, da Lei de Arbitragem.

Assim, foi firmado o entendimento de que, embora fosse possível, em regra, a concessão de medidas urgentes perante o Poder Judiciário quando ainda não constituído o tribunal arbitral, se inexistente o caráter de cautelaridade/urgência da medida, seria o Juízo Arbitral competente para apreciar o pleito, ainda mais ao se considerar que a redação da cláusula compromissória, *in casu*, submetia toda e qualquer disputa ao procedimento arbitral. Nas palavras do relator:

“[EMENTA]

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM FUNDAMENTO NOS INCISOS II E III DO ART.

¹²⁰ (TJSP; Apelação Cível 1086219-29.2019.8.26.0100; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 28/07/2021; Data de Registro: 15/09/2021)

381 DO CPC/2015 (DESVINCULADA, PORTANTO, DO REQUISITO DE URGÊNCIA/CAUTELARIDADE) PROMOVIDA PERANTE A JURISDIÇÃO ESTATAL ANTES DA INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM. IMPOSSIBILIDADE. NÃO INSTAURAÇÃO DA COMPETÊNCIA PROVISÓRIA DA JURISDIÇÃO ESTATAL, EM COOPERAÇÃO (ANTE A AUSÊNCIA DO REQUISITO DE URGÊNCIA). RECONHECIMENTO. INTERPRETAÇÃO, SEGUNDO O NOVO TRATAMENTO DADO ÀS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS (DIREITO AUTÔNOMO À PROVA) PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO ESPECIAL PROVÍDIO.

1. Controverte-se no presente recurso especial se, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, diante da existência de cláusula compromissória arbitral estabelecida entre as partes, a pretensão de produção antecipada de provas, desvinculada da urgência (ou seja, com fundamento nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015), deve ser promovida diretamente perante o Tribunal arbitral ou se subsistiria, também nesse caso, a competência (provisória e precária) do Poder Judiciário estabelecida no art. 22-A da Lei de Arbitragem.

2. Uma vez estabelecida a cláusula compromissória arbitral, compete, a partir de então, ao Juízo arbitral solver todo e quaisquer conflitos de interesses, determinados ou não, advindos da relação contratual subjacente, inclusive em tutela de urgência, seja acautelatória, seja antecipatória. Todavia, com o escopo único de viabilizar o acesso à Justiça, na exclusiva hipótese de que a arbitragem, por alguma razão, ainda não tenha sido instaurada, eventual medida de urgência deverá ser intentada perante o Poder Judiciário, para preservar direito sob situação de risco da parte postulante e, principalmente, assegurar o resultado útil da futura arbitragem. Ressai evidenciada, nesse contexto, a indispensável cooperação entre as jurisdições arbitral e estatal.

3. Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, dúvidas não subsistiam quanto à competência da jurisdição estatal para conhecer, provisoriamente, da ação de produção antecipada de provas, dada a natureza cautelar que o legislador, à época, lhe atribuía. Entretanto, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 – que não reproduziu, em seu teor, o Livro III, afeto ao Processo Cautelar, então previsto no diploma processual de 1973, e estabeleceu novos institutos processuais que instrumentalizam o direito material à prova –, adveio intenso debate no âmbito acadêmico e doutrinário a respeito da competência do Poder Judiciário para, em caráter provisório, conhecer de ação de produção antecipada de prova, no específico caso em que a pretensão apresenta-se desvinculada da urgência.

3.1 Diante da existência de um direito material à prova, autônomo em si – que não se confunde com os fatos que ela se destina a demonstrar (objeto da prova), tampouco com as consequências jurídicas daí advindas, podendo (ou não) subsidiar outra pretensão –, a lei adjetiva civil estabelece instrumentos processuais para o seu exercício, que pode se dar incidentalmente, no bojo de um processo já instaurado entre as partes, ou por meio de uma ação autônoma (ação probatória lato sensu).

3.2 Esta ação probatória autônoma não exige, necessariamente, que a produção da prova se apresente em situação de risco, podendo ser utilizada, inclusive, para evitar o ajuizamento de uma futura ação, seja pela constatação, a partir da prova produzida, da ausência de direito passível de tutela, seja para viabilizar a composição entre as partes. A ação de produção antecipada de prova, especificamente nas hipóteses

estabelecidas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015, apresentase, desse modo, absolutamente desvinculada da natureza cautelar ou de caráter de urgência (concebida como o risco de perecimento do direito à prova).

4. Afigurando-se indiscutível o caráter jurisdicional da atividade desenvolvida pela arbitragem ao julgar ações probatórias autônomas, as quais guardam, em si, efetivos conflitos de interesses em torno da própria prova, cujo direito à produção é que constitui a própria causa de pedir deduzida – e resistida pela parte adversa –, a estipulação de compromisso arbitral atrai inarredavelmente a competência do Tribunal arbitral para conhecer a ação de produção antecipada de provas. A urgência, ‘que dita impossibilidade prática de a pretensão aguardar a constituição da arbitragem’, é a única exceção legal à competência dos árbitros. Doutrina especializada.

4.1 Esta compreensão apresenta-se mais consentânea com a articulação – e mesmo com a divisão de competências legais – existente entre as jurisdições arbitral e estatal, reservando-se a esta última, em cooperação àquela, enquanto não instaurada a arbitragem, preservar o direito à prova da parte postulante que se encontra em situação de risco, com o escopo único de assegurar o resultado útil de futura arbitragem. Ausente esta situação de urgência, única capaz de autorizar a atuação provisória da Justiça estatal em cooperação, nos termos do art. 22-A da Lei de Arbitragem, toda e qualquer pretensão – até mesmo a relacionada ao direito autônomo à prova, instrumentalizada pela ação de produção antecipada de provas, fundada nos incisos II e II do art. 381 do CPC/2015 – deve ser submetida ao Tribunal arbitral, segundo a vontade externada pelas partes contratantes.

4.2 Em sendo a pretensão afeta ao direito à prova indiscutivelmente relacionada à relação jurídica contratual estabelecida entre as partes, cujos litígios e controvérsias dela advindos foram, sem exceção, voluntariamente atribuídos à arbitragem para solvê-los, dúvidas não remanescem a respeito da competência exclusiva dos árbitros para conhecer a correlata ação probatória desvinculada de urgência. Não cabe, pois, ao intérprete restringi-la, se as partes contratantes não o fizeram expressamente.

5. Na hipótese retratada nestes autos, a cláusula compromissória arbitral – suficiente, em si, para afastar a jurisdição estatal – não poderia, inclusive, ser mais abrangente, cuja extensão abarca toda e qualquer disputa ou controvérsia societária que possa surgir entre os acionistas e a sociedade empresária (no que se insere o conflito em torno do direito à prova), relacionada ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das S.A., bem como em seu estatuto social.

6. O entendimento adotado pelo acórdão recorrido, além de fustigar o próprio fundamento da ação adotado pelos autores em sua petição inicial, estribado exclusivamente nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015 — os quais não guardam, em si, urgência/cautelaridade, exaurindo-se na produção da prova requerida, unicamente —, ignora ainda o fato de que a situação de urgência exigida pelos dispositivos legais em exame refere-se ao risco de perecimento do direito à prova propriamente dito.

6.1 Na espécie, os demandantes promoveram a subjacente ação de produção antecipada de provas, com base nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015 (exclusivamente) com o expresso objetivo de tomar conhecimento, mediante análise documental e pericial, dos

fatos ocorridos internamente na companhia demandada – que são objeto de investigação pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal –, relacionados à atuação supostamente criminosa de seus administradores e de integrantes do bloco de controle, para, então, se for o caso, ajuizar eventual e futura ação de responsabilidade civil (perante o Tribunal arbitral, ressalta-se). Sem tecer nenhum argumento a respeito de eventual risco de perecimento do seu alegado direito à prova, o que se afigura absolutamente condizente com os fundamentos legais vertidos na inicial, os autores pugnaram pela apresentação de documentos ali indicados (relativos ao período de janeiro de 2014 a 31 de dezembro de 2018), bem como pela realização de perícia destes, inexistindo, portanto, o requisito de urgência/cautelaridade exigido no art. 22-A da Lei de Arbitragem.

6.2 Peremptória, nesses termos, a reforma do acórdão recorrido. Não instaurada a jurisdição estatal, em cooperação à arbitragem, consoante o art. 22-A da Lei de Arbitragem, deve o presente processo ser extinto sem julgamento de mérito, tornando-se sem efeito toda e qualquer deliberação judicial nele exarada.

7. Recurso especial provido.

(STJ, 3^aT, REsp n. 2.023.615/SP, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. un. 14.03.2023, grifou-se)

O caso foi emblemático justamente por o que aparentava ser uma reviravolta no entendimento do TJSP quanto à sua própria competência em dirimir controvérsias, mesmo em situações em que presentes a cláusula compromissória e o seu entendimento quanto à competência do próprio tribunal arbitral para analisar pedidos não cautelares.

5. Conclusão

Desse modo, em vista do exposto, partindo da premissa de a arbitragem, ser um método heterocompositivo de resolução de conflito, fruto de uma estipulação entre duas partes contratantes, em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* e a autonomia das partes, existindo a cláusula compromissória, incontestavelmente, deve-se afastar a jurisdição estatal em detrimento da arbitral.

O direito à prova, reconhecido atualmente no ordenamento jurídico, reflexo dos constantes intercâmbios entre o *Civil Law* e o *Common Law* e constantes avanços doutrinários e jurisprudenciais, não passa a ser subvalorizado ao afastar-se a jurisdição estatal, onde as partes também são as destinatárias da prova, para a arbitragem, onde os árbitros é que são destinatários da prova.

Apesar das diferenças, na arbitragem, assim como na jurisdição estatal, é do melhor interesse das partes em requererem a produção de todas as provas que entendam ser cabíveis para comprovarem o seu direito perante o tribunal arbitral. Nessas condições, cabe então, aos árbitros, ao analisarem os pedidos de produção, analisarem as circunstâncias, os fatos, as causas de pedir e pedido, para então, fundamentadamente, decidirem quanto à possibilidade e pertinência da produção da prova.

A previsão de que os pedidos devem passar pelo crivo do tribunal arbitral visa justamente garantir a paridade de armas entre as partes, o contraditório, o acesso à justiça, bem como a evitar comportamentos protelatórios, como a prática das táticas de guerrilha. Em existindo a falta de cooperação ou até mesmo verificada a prática de táticas de guerrilha, existem mecanismos como a carta arbitral, onde o tribunal pode contar com o auxílio da jurisdição estatal para garantir o andamento do procedimento.

Nas hipóteses de urgência, onde uma parte se encontre em risco iminente de ver o perecimento de seu direito e a impossibilidade de se esperar a antecipação da prova, a legislação pátria prevê expressamente cenários onde ela pode se socorrer ao judiciário para salvaguardar este direito, mesmo existindo a cláusula compromissória, sendo essa a jurisprudência consolidada do STJ e do TJSP.

Não verificada ou inexistindo a urgência, como nos casos do procedimento de produção antecipada de prova sem natureza cautelar, previsto no art. 381, II e III do CPC/15, prevalece o compromisso arbitral, devendo assim ser feito requerimento para sua instauração.

Apesar do procedimento em epígrafe ainda não possuir ampla previsão nos regulamentos das câmaras arbitrais nacionais, à exemplo da Resolução nº 14/2024, editada pelo CMA-CIESP/FIESP, é notável a tendência de aprimoramento e especialização das próprias câmaras arbitrais em adaptar seus regulamentos para, não existindo estipulação prévia quanto a hipótese e especificidades da produção antecipada na cláusula arbitral, possuírem também este tipo de procedimento no seu regulamento para maior segurança e previsibilidade das partes.

A prova pode ser produzida antes da instauração de um procedimento em que as partes disputem algo, ou ocorrer em procedimento autônomo a um terceiro já instaurado e em andamento. Em ambos os cenários, a prova produzida tem impacto direto na esfera jurídica das partes.

Através de um procedimento como o previsto no regulamento atual da CMA-CIESP/FIESP, extingue-se a arbitragem, sendo decisão da parte requerente como dela se utilizar, seja para uma negociação, uma autocomposição, ou de fato a instauração de um procedimento para então perseguir aquilo que lhe entende ser de direito. Porém, caso a prova produzida não seja antecedente ao procedimento já instaurado e sim autônoma, seu resultado pode influenciar diretamente nos pedidos e nas causas de pedir das partes, devendo o tribunal arbitral, sempre de maneira fundamentada, decidir sobre possíveis alterações ou aditamentos.

Bibliografia

ABREU, Rodrigo de. **O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil.** Dissertação. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2021.

ALVIM, Eduardo Arruda, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira. **Direito Processual Civil – 6. Ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. “**Produção antecipada de provas e juízo arbitral**” In *Revista dos Tribunais*, vol. 1046, Dez/2022, [versão eletrônica].

AMCHAM BRASIL – American Chamber of Commerce for Brazil – Novo Regulamento. Disponível em: <https://www.amcham.com.br/noticias/conheca-o-novo-regulamento-do-centro-de-arbitragem-e-mediacao-da-amcham-1> - Acesso em 02.10.2024.

ARAÚJO, José Henrique Moura; LEMOS, Vinicius Silva. “**A produção antecipada de provas como um procedimento especial e a sua necessária sistematização**” Revista de Processo, vol. 339, Maio/2023, [versão eletrônica].

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **O consentimento na arbitragem.** In: MACHADO FILHO, José Augusto B.; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes (org.) **Arbitragem e processo – homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona.** São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. II.

BARBOSA, Flávio Spaccaquerche; MELO, Naiane Lopes Soares de. “**Produção de provas na arbitragem e foro estatal de apoio: análise à luz da lei brasileira**”. In: NETO, João Luiz Lessa. GUANDALINI, Bruno. (Organização). **Provas e Arbitragem: Teoria, Cultura, Dogmática e Prática.** São Paulo. Thomsom Reuters Brasil, 2023.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **O termo de Arbitragem.** In: NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). **Temas de Mediação e Arbitragem III.** São Paulo: Lex, 2019.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no Novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: volume 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos.** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL, Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil [Em linha], Brasília, DF, 24 set. 1996 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Dispõe sobre o Código de Processo Civil de 1973. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de jan. de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 02 out. 2024.

BRASIL, Conselho de Justiça Federal. Jurisprudência do STJ consolidou arbitragem no Brasil, afirma corregedora nacional. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/marco/jurisprudencia-do-stj-consolidou-arbitragem-no-brasil-afirma-corregedora>. Acesso em: 02.10.2024.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números. Disponível em: Conselho de Justiça Federal. Jurisprudência do STJ consolidou arbitragem no Brasil, afirma corregedora nacional. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/marco/jurisprudencia-do-stj-consolidou-arbitragem-no-brasil-afirma-corregedora>. Acesso em: 02.10.2024.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Princípios do Processo Civil. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana-piske#:~:text=Pelo%20princ%C3%A9Dpio%20da%20economia%20processual,%C3%A9%20crit%C3%A9rio%20de%20economia%20processual>. Acesso em: 02.10.2024.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Arbitragem e Processo. Homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona** – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 8^a ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022, [versão eletrônica].

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

CARVALHO, Eliane; AZAMBUJA, Antonia Quintella de. “**Arbitragem e Poder Judiciário: estudos sobre a interação entre as jurisdições arbitral e estatal**”. In: GIUSTI, Gilberto; BARALDI, Eliana; ALMEIDA, Eduardo Vieira de; VAUGHN, Gustavo Favero (coords.). *Arbitragem e Poder Judiciário*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2023.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAHALI, Francisco J.; RODOVALHO, Thiago; Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CIESP/FIESP: Resolução 14/2024. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/regulamento-de-producao-autonoma-de-provas.html>. Acesso em: 02.10.2024.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO: CAM-CCBC – Regulamento de Arbitragem 2022. Disponível em: <https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem->

mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-2022/. Acesso em: 10.10.2024.

CÂMARA DO MERCADO – Regulamento de Arbitragem 2011. Disponível em: <https://www.camaradomercado.com.br/pt-br/arbitragem.html>. Acesso em: 10.10.2024.

CORTE DE COMÉRCIO INTERNACIONAL – Regulamento de Arbitragem 2021. Disponível em: [icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf \(iccwbo.org\)](https://iccwbo.org/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf). Acesso em: 12.10.2024.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O novo processo civil brasileiro** – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. **Teoria Geral do Processo** – 34. Ed., rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2023.

DIDIER JR., Freddie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória** – 14. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. v. 2.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**, vol. 2, 17^a ed., Salvador, JusPodivm, 2022.

DUARTE, Zulmar. **Comentários ao art. 381**. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* (coords.). **Comentários ao código de processo civil**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, [versão eletrônica].

FINKELSTEIN, Cláudio. **A questão da arbitrabilidade**. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo: CBAr, n. 13, 2007.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Arbitragem no Brasil: evolução histórica**. Revista Internacional Consinter de Direito. Ano VI – Número X, 2020.

FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito brasileiro** – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Arbitragem internacional e legislação aplicável**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 1, 2015.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem Internacional. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/486/edicao-1/arbitragem-internacional>. Acesso em: 30.09.2024.

JUNOY, Joan Picó i. **La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

HIDD, Caroline de Carvalho Leitão; MAGALHÃES, Joseli Lima. “**A produção antecipada de prova sem o requisito de urgência como meio para a resolução pacífica de conflitos**” Revista de Processo, Jurisdição e efetividade da justiça, vol. 9, n. 1, Jan/Jun. 2023.

HORVATH, Günther J. et al. **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library: Kluwer Law International, 2013.

LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra**. Londrina [PR]: Editora Thoth, 2021.

LEÃO, Fernanda de Gouvêa. **Processo arbitral – a estabilização da demanda**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

LEVY, Daniel, Guilherme Setoguti J. Pereira, coordenadores. **Curso de arbitragem** – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Comentários ao art. 381**. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). Comentários ao código de processo civil, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, [versão eletrônica].

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION – Regulamento de Arbitragem 2020 - [LCIA Arbitration Rules 2020](https://lcia.org/lcia-arbitration-rules-2020). Acesso em: 12.10.2024.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas a.; KROLL, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer International, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia, Fábio Caldas de Araújo, Fernando da Fonseca Gajardoni. **Procedimentos cautelares e especiais** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Processo civil moderno; v. 4).

MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. “**Medidas cautelares anteriores à constituição do tribunal arbitral: apontamentos sobre competência, escopo e execução**”. In: GIUSTI, Gilberto; BARALDI, Eliana; ALMEIDA, Eduardo Vieira de; VAUGHN, Gustavo Favero. *Arbitragem e Poder Judiciário*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2023

MESSA, Ana Flavia; ROVAI, Armando Luiz. **Manual de arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2021.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v. I** / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINTO, José Emilio Nunes. **Anotações práticas sobre a produção de provas na arbitragem**. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, v. 6, n. 25, jan.-mar. 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito** - 27ª Edição 2002 - Editora: Saraiva
ROSSONI, Igor Bimkowski. "Produção Antecipada de Prova sem Requisito da Urgência e Juízo Arbitral no Direito Societário". YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenação). *Processo Societário III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TALAMINI, Eduardo. **Comentários ao art. 381**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [versão eletrônica].

TERASHIMA, Eduardo Ono. **A Produção Autônoma da Prova na arbitragem**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. I. 64^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009.

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

YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira; BECERRA, Eduardo de Carvalho; MARQUES, Fabio de Souza Rodrigues. “**Produção Antecipada de Prova Desvinculada da Urgência na Arbitragem: Réquiem?**”. *Processo Societário IV*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenação). *Processo Societário III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.