

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, inaugurado pela Lei n. 13.105/2015, teve como objetivo simplificar os atos processuais e, por conseguinte, cumprir a diretriz constitucional na consecução de um processo célere e efetivo. Nesse sentido, a partir da aludida lei, o processo civil brasileiro, ao tratar das situações de urgência e de emergência, destacou o poder geral de cautela atribuído aos magistrados, eliminando as ações cautelares típicas nomeadas no código revogado.

A ação de produção antecipada de provas, no âmbito da novel legislação, embora tenha sido mantida expressamente na redação da lei, foi profundamente reformulada. De fato, o procedimento aqui tratado recebeu nova roupagem e passou a ser admitido sob o aspecto do direito autônomo à prova. Destarte, para o ajuizamento de tal medida, o novo Código de Processo Civil dispensou a comprovação do *periculum in mora*, requisito outrora exigido para a sua tramitação.

A nova legislação processual civil preservou o cabimento da ação de produção antecipada de provas nas hipóteses de fundado receio ou de impossibilidade na posterior verificação de certos fatos, mas previu novas hipóteses para o seu ajuizamento, podendo ela ser pode ser utilizada como meio de facilitação da composição entre as partes envolvidas em eventual litígio ou destinada ao prévio conhecimento dos fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento de outra ação. Ademais, a ação de produção antecipada de provas passou a ser cabível em caráter preparatório ou incidental.

Diante das mudanças sensivelmente sofridas pela ação aqui tratada, notadamente da exclusão do requisito urgência para o seu ajuizamento, emergiram fundadas discussões a respeito do seu cabimento, mormente quando pendente o procedimento arbitral. Isso porque, como é sabido, eleita a arbitragem pelas partes, em regra, exclui-se a competência do poder judiciário para dirimir eventuais conflitos oriundos da relação pré-estabelecida, ressalvadas as situações de urgência e de emergência, para as quais se impõe o acesso à justiça estatal, sob pena de perecimento de direitos e garantias, o que não se admite.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade do ajuizamento da ação de produção antecipada de provas, ainda que diante da pendência do

procedimento arbitral, com esteio nas normas processuais vigentes e na Lei de Arbitragem,

2. A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Lei n. 13.105/2015, ao tratar das provas, inaugurou um novo sistema, excluindo as medidas cautelares típicas do código revogado e autorizando o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas sob o aspecto do direito autônomo à prova¹. Destarte, o novo Código de Processo Civil excluiu o *periculum in mora* como requisito indispensável ao ajuizamento da medida em comento.

Ademais, ao contrário do código revogado, a nova legislação processual civil não indicou quais as provas seriam objeto da ação aqui tratada, de modo que se consagrou um sistema de atipicidade da prova antecipada. Com efeito, a Lei n. 5.869/1973 admitia a produção da prova antecipada somente nos casos de interrogatório, inquirição de testemunha ou exame pericial, nos termos do seu art. 846², tendo a nova lei excluído a menção a qualquer tipo de prova a ser produzida antecipadamente, de modo que todas as provas em direito admitidas seriam passíveis de antecipação.

Nesse contexto, a nova legislação processual civil, em seus arts. 381 a 383, instrumentalizou a produção antecipada de provas como ação autônoma, revelando-se cabível quando houver “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, bem como nas hipóteses em que a prova a

¹ Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior destaca que: “O direito positivo anterior cuidava da prova antecipada sempre tendo em vista sua utilização em processo futuro e, por isso, regulava o instituto a partir do fundamento de que a antecipação se justificaria pelo risco ou dificuldade da respectiva produção na fase adequada do procedimento normal. Havia, no entanto, construção doutrinária que defendia a existência de um direito autônomo à prova, exercitável, em determinadas circunstâncias, sem cogitar de qualquer futuro processo. O novo Código adere a esse posicionamento, regulando, sob a denominação de “produção antecipada de prova”, casos em que se combate o risco de prejuízo para a instrução de processo atual ou iminente e, também, casos em que a parte age em busca de conhecimento de fatos que possam esclarecer sobre a conveniência de não demandar ou de obter composição extrajudicial para controvérsias (NCPC, art. 381, II e III). A produção antecipada de prova, permitida pelo NCPC, tem cabimento qualquer que seja a natureza da demanda visada – que pode ser contenciosa, ou mesmo de jurisdição voluntária – e tanto pode ser manejada por quem pretenda agir como por quem queira defender-se, como ainda por quem apenas queira certificar a ocorrência de determinado fato, documentando-a judicialmente. Sua admissibilidade, porém, não fica subordinada ao alvedrio do promovente.” [...] (Jr., THEODORO, Humberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 244).

² Sobre o assunto, destaca-se a redação da legislação revogada: Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. (Lei n. 5.869/1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869/imprensa.htm).

ser produzida permita a autocomposição entre as partes ou o conhecimento prévio de fatos que autorizariam ou evitariam o ajuizamento de nova ação³.

Infere-se, portanto, que há uma notável preocupação do legislador com a autocomposição entre as partes e também com a adoção dos meios adequados de solução de conflitos, em atenção ao princípio da cooperação processual⁴.

É importante ressaltar que tal preocupação do legislador, com os meios alternativos de pacificação dos conflitos⁵, estendeu-se por todo o novo Código de Processo Civil⁶, na medida em que a solução adequada dos conflitos passou a ser um dever do Estado, bem como de todos os sujeitos do processo, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 3º da referida legislação⁷, cujo pano de fundo tem natureza constitucional.

³ Segundo o Enunciado n. 602 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, “A prova nova apta a embasar ação rescisória pode ser produzida ou documentada por meio do procedimento de produção antecipada de provas.” (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em <http://fpprocessualistascivis.blogspot.com/>).

⁴ Daniel Assumpção Amorim, na conclusão da sua tese de doutorado, manifestou-se no mesmo sentido, afirmando que: “A ação meramente probatória teria importante papel na otimização das conciliações, considerando-se que, diante de uma definição da situação fática, os sujeitos envolvidos no conflito teriam maiores condições de chegar a uma autocomposição. A indefinição fática muitas vezes impede a realização de uma conciliação porque leva uma das partes a crer que tenha direitos que na realidade não tem.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2006, p. -. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/>).

⁵ Destaca-se que Diego Faleck salienta que os diferentes mecanismos processuais “podem ser combinados, organizados, sequenciados, e até fundidos em figuras híbridas, que deem vida a novos mecanismos processuais ou arranjos procedimentais complexos.” (FALECK, Diego. *Desenho de sistemas de disputas: criação de arranjos procedimentais adequados e contextualizados para gerenciamento e resolução de controvérsias*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017, p. 33. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/>).

⁶ Sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno enfatiza que: “Chama a atenção a expressa previsão do inciso II, que admite a medida com o ânimo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito. Mais uma entre várias iniciativas do CPC de 2015 em plena harmonia com o disposto nos parágrafos de seu art. 3º. Também é digno de destaque o inciso III, que autoriza a produção da prova antecipada mesmo quando não há perigo na sua colheita e conservação, mas bem diferentemente, porque o prévio conhecimento dos fatos pode justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Bem compreendida a hipótese, ela mesma faz (ou pode fazer) as vezes de um meio adequado de resolução de conflitos, também ao estilo dos parágrafos do art. 3º. [...] (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 400).

⁷ Kazuo Watanabe atribui ao Estado o dever de organizar os meios alternativos de solução dos conflitos em paralelo aos modos tradicionais e formais de pacificação dos conflitos, salientando que: “É importante que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução de conflitos de interesses.” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco; Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 133).

De acordo com a nova sistemática da produção antecipada da prova, a medida em comento pode ter natureza cautelar⁸, para fins de assegurar um direito ou pode se limitar à demanda de descoberta⁹, pela qual se busca apenas confirmar ou não determinado fato, evitando-se o ajuizamento de ações temerárias e sem fundamentos fáticos¹⁰.

Desse modo, a produção antecipada de prova pode ocorrer em caráter preparatório, ou seja, em momento prévio ao ajuizamento da ação que terá como objetivo a discussão do mérito propriamente ou em caráter incidental, quando já houver ação principal instaurada. Diante da possível utilização da ação de produção de provas como forma de conhecer os fatos e municiar eventuais ações futuras, renomada doutrina defende, inclusive, que ela teria

⁸ É importante ressaltar que o posicionamento aqui tratado não é unânime na doutrina, uma vez que alguns autores defendem que “trata-se de verdadeira produção da prova, e não simples conservação, uma vez que não é possível estabelecer diferenciação entre produção e conservação da prova.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35/36).

⁹ Eduardo Cambi, destaca a importância do *Discovery*, utilizado no processo americano, como forma de resolver o problema de incapacidade de julgamento do poder judiciário brasileiro, tendo em vista o número crescente de ações ajuizadas. Senão, vejamos: “O processo civil norte-americano divide-se em duas fases: o momento anterior ao julgamento (pretrial) e a fase de julgamento (trial), que pode ocorrer pelo júri. A fase pretrial contempla o Discovery, que é a revelação de provas e dados que possam colaborar com a elucidação do caso. Esse momento processual não abrange a participação e a ingerência direta do magistrado. São os advogados que realizam a maior parte dos procedimentos de produção de provas, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos. Isso não significa que o magistrado não participa dessa fase, mas que suas intervenções são excepcionais, justificadas por falhas no andamento processual ou quando uma parte requer a participação do magistrado por sentir-se prejudicada. Os juízes devem apenas coibir eventuais abusos das partes e advogados, não interferindo diretamente na colheita das provas. [...] Isso é importante porque permite que os juízes se debruçam sobre uma quantidade menor de processos, podendo dedicar-se, com maior profundidade, ao exame das causas. Da mesma forma, as desistências e os acordos trazem às partes envolvidas, senão a sensação de que seu processo foi julgado por um representante do Estado, pelo menos, a certeza de que não conseguiriam solução mais vantajosa de outra maneira, o que contribui para a pacificação social. Devido ao número excessivo e crescente de processos que chegam ao Poder Judiciário brasileiro, é necessário pensar em formas mais efetivas de aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Nesse contexto, a Discovery deve ser concebida como técnica processual de solução de conflitos capaz de resolver litígios sem onerar demasiadamente o Poder Judiciário.” (CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*. São Paulo: Revista de Processo, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF).

¹⁰ Em razão de tais hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada de provas, parte da doutrina entende que ela tem natureza satisfativa e, não, cautelar. Nessa linha de raciocínio: “a ação de produção antecipada de provas e justificação não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. São Paulo: Revista de Processo, Vol. 218, p. 13).

assumido natureza de ação de jurisdição voluntária¹¹.

No tocante à competência da ação de produção antecipada de provas, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 381, §2º, instituiu concorrência entre o juízo onde a prova deve ser produzida e aquele onde é o domicílio do réu. Ademais, esclareceu a legislação processual civil que a tramitação da dita ação não gera prevenção para o ajuizamento de ação posterior, nos termos do §3º do dispositivo legal já mencionado.

Em relação ao procedimento, o art. 382 do Código de Processo Civil prevê que compete ao autor indicar “as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”, devendo ser promovida a citação de eventuais interessados na produção da prova, os quais poderão requerer a produção de provas adicionais, excetuada a hipótese de prolongamento injustificado do feito.

Frisa-se: por expressa determinação legal, a ação de produção antecipada de provas não admite o oferecimento de contestação ou a interposição de eventual recurso em face da sentença proferida, a qual possui caráter meramente homologatório¹². De fato, a única hipótese recursal prevista em lei consiste no indeferimento total na produção da prova pleiteada pelo autor originário.

E nem poderia ser diferente, uma vez que não competirá ao juiz, na ação de produção antecipada das provas, pronunciar-se sobre a ocorrência ou não dos fatos narrados ou sobre as suas consequências jurídicas. Em outras palavras, neste procedimento, veda-se ao juiz qualquer valoração dos fatos e da prova produzida, o que ocorrerá em ação própria, acaso

¹¹ A esse respeito, Fredie Didier defende que: “O fato de o conflito surgir supervenientemente não desnatura a natureza de jurisdição voluntária”. (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 142).

¹² Entretanto, parte da doutrina entende que, em razão de uma inconstitucionalidade formal, seria possível a interposição de recurso em face da aludida sentença. Confira-se: “Por fim, veda-se defesa ou recurso, salvo contra o indeferimento relativo à prova pleiteada pelo requerente originário (§ 4º). A versão final do CPC de 2015 prevê a recorribilidade apenas no caso de o indeferimento da prova ser total. Os Projetos do Senado (art. 368, § 4º) e da Câmara (art. 389, § 4º), contudo, previam a recorribilidade também nos casos de indeferimento parcial. Trata-se, assim, de mais um caso em que a etapa final dos trabalhos legislativos gerou inconstitucionalidade formal, porque extrapola os limites do apuro da técnica legislativa ou redacional. É o caso de aceitar, por isso, recorribilidade em ambas as hipóteses, aplicando-se, à hipótese o inciso XIII do art. 1.015. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 401).

ajuizada.

Por óbvio que, acaso a produção da prova viole direitos personalíssimos dos interessados, estes poderão se manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, como previsto no art. 218, §3º, do Código de Processo Civil¹³. Isso porque, como é sabido, o acesso ao poder judiciário deve ser garantido àquele que sofrer lesão ou ameaça de lesão ao seu direito, como resguardado constitucionalmente na Carta Magna de 1988.

Ao final do procedimento, certificado o trânsito em julgado da sentença, os autos serão mantidos em cartório, pelo prazo de 01 (um) mês e, após, eles serão entregues ao autor, para os fins de direito, consoante preceitua o art. 383 do novo Diploma Processual Civil, na mesma linha da legislação revogada.

Constata-se, portanto, que a ação de produção antecipada de provas foi profundamente modificada com o novo texto processual civil, eis que recebeu a chancela de ação autônoma, destinada ao acautelamento dos direitos ou simplesmente ao conhecimento prévio dos fatos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a ação de produção antecipada de provas transformou-se em uma verdadeira aliada do processo constitucional, que valoriza a celeridade e a efetividade, na busca da justiça, porquanto se revela apta a desestimular o ajuizamento de ações desprovidas de fundamentos fáticos e a instigar a autocomposição e a adoção dos meios alternativos de solução dos conflitos.

3. A ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

A arbitragem constitui em um método alternativo de resolução de conflitos¹⁴, que

¹³ Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. [...] § 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte. [...]

¹⁴ Nesse sentido, o Código de Processo Civil determina que: Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. [...]. Sobre o assunto, são valiosas as lições de Daniel Freitas Drumond Bento, *in verbis*: “[...] Por fim, é preciso citar ainda o movimento de reestruturação do processo civil e da solução de litígios ocorrido em 2015, com o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e a reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.125/2015). O Código de Processo Civil foi feliz ao positivar e sistematizar o sistema multiportas de acesso à justiça, deixando claro, no art. 3º, §1º, que a arbitragem é autorizada na forma da lei, o que não constitui

substitui a atuação da justiça estatal, desde que a lide tenha origem em conflitos patrimoniais, marcados pela sua disponibilidade, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.307/96¹⁵, alterada pela Lei n. 13.129/2015. Infere-se, pois, que no âmbito da arbitragem não é possível a discussão em torno das questões de estado pessoa e dos direitos personalíssimos, os quais não comportam renúncia¹⁶.

Ademais, a arbitragem é destinada exclusivamente para as pessoas plenamente capazes, sendo que tal instituto deve ser analisado à luz da teoria da capacidade de direito e, não, da capacidade de fato. Destarte, somente aqueles que atingiram a maioria civil e que não apresentam nenhuma restrição ou limitação ao exercício dos atos da vida civil é que poderiam ser partes nos procedimentos arbitrais¹⁷.

As questões relativas às pessoas e às matérias passíveis de discussão no âmbito da arbitragem estão relacionadas à arbitrabilidade subjetiva e objetiva, respectivamente, sendo certo que ainda pairam algumas discussões em torno da possibilidade de submeter à arbitragem questões que envolvam casamento, relações consumeristas, direitos essenciais de sócios e direitos trabalhistas, ainda que restritas aos seus efeitos patrimoniais.

exclusão da apreciação, pela jurisdição brasileira, de ameaça ou lesão a direitos. A premissa de que a arbitragem é meio jurisdicional de solução de conflitos aceito – e estimulado – pelo ordenamento brasileiro é importante, considerando que, muitas vezes, a legislação societária dispõe que determinadas questões se darão, ou serão reconhecidas, por decisão “judicial”. [...] (BENTO, Daniel Freitas Drumond. *A arbitrabilidade objetiva dos conflitos societários*. Dissertação de Mestrado. Minas Gerais: Faculdade de Direito da UFMG, 2018, p. 14. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>).

¹⁵ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁶ A questão em torno das matérias passíveis de solução pela arbitragem são nomeadas de arbitrabilidade objetiva, que consistem em condição essencial para que a lide se submeta à jurisdição arbitral.

¹⁷ Ao tratar do assunto, a doutrina reconhece que: “No que diz respeito às pessoas incapazes, a questão é um pouco mais complexa, não havendo unanimidade na doutrina. É relevante lembrar que, após a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), o Código Civil brasileiro passou a dispor, no art. 3.º, apenas que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Não se faz mais menção, para fins de incapacidade absoluta, aos enfermos ou doentes mentais que não tivessem o necessário discernimento, bem como aos que, mesmo transitoriamente, não pudessem exprimir sua vontade. Atualmente, pois, apenas os menores de 16 (dezesseis) anos são, no Brasil, absolutamente incapazes. O art. 4.º do Código Civil, por sua vez, passou a dispor que são relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e, por fim, os pródigos⁵⁶. A questão, portanto, consiste em saber se pessoas absolutamente incapazes e pessoas relativamente incapazes poderiam firmar convenção de arbitragem. [...]. (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 219).

É importante salientar que a arbitragem é meio de jurisdição, na medida em que os poderes atribuídos aos árbitros decorrem da lei¹⁸, já tendo sido, inclusive, reconhecida a sua constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹. Desse modo, com fundamento na autonomia da vontade²⁰, as partes potencialmente envolvidas em um litígio podem definir, antecipadamente ao problema ou não, quem será o responsável pela solução da controvérsia, excluindo a participação do poder judiciário²¹.

Ao elencar as qualidades da arbitragem, a doutrina é unânime ao tecer comentários a respeito das seguintes características: a) celeridade; b) confidencialidade; c) a possibilidade de escolha de um julgador especializado no assunto em debate; d) escolha de um procedimento

¹⁸ Sobre a questão, Guido Zanobini ensina que: “los poderes de decisión conferidos a los árbitros serían poderes públicos de naturaleza jurisdiccional, derivados de la ley, y no de la voluntad de las partes comprometientes, cuyo acuerdo funcionaría únicamente como presupuesto para conferir ex lege dicho encargo público.” (ZANOBINI, Guido. *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*. Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano. Milano: Giuffrè, 1920. n. 144 apud CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. II, p. 278).

¹⁹ Cita-se, por oportuno, o entendimento consolidado no julgamento do Agr. Regimental de n. 5206-8/246, segundo o qual: “1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. (Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARBITRAGEM+E+CONSTITUCIONAL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y62oa6mj>).

²⁰ Maria Helena Diniz conceitua a arbitragem como negócio jurídico, uma vez que “o conceito de contrato repousa nesta mesma esfera, já que se trata de um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 31).

²¹ Vale a pena destacar que, como bem pontuou Alexandre Freitas Câmara, a arbitragem e o poder judiciário devem conviver harmonicamente: “O Poder Judiciário, como se afirmou, deve prestar auxílio à arbitragem. A utilização do verbo auxiliar para descrever a ação do Estado-juiz em apoio ao processo arbitral, registre-se, é encontrada até mesmo em sede legislativa. Refiro-me, aqui, ao art. 43 da Ley de Arbitraje espanhola, de 1988, que trata do que ali se denomina auxílio jurisdiccional. E não se pense que ao falar em auxílio, dando ao Estado-juiz uma posição assistencial, se tem por fim diminuir a importância do Poder Judiciário. Ao contrário, o que se pretende com isso afirmar é que a atuação do Estado é essencial para que a arbitragem seja efetiva. Em outros termos, sem a participação ativa do Estado, não será possível à arbitragem se desenvolver de forma a permitir a obtenção dos resultados justos a que a mesma se destina. Dito de outro modo, e não obstante ser a arbitragem um mecanismo alternativo à justiça estatal, sem a atuação do Estado, através de seus órgãos jurisdicionais, não poderá a arbitragem atingir os resultados pacificadores a que se destina, o que a inviabilizaria como mecanismo de resolução de conflitos. Daí, pois, extrai-se a relevância da atuação do Poder Judiciário, que não é só o mais importante organismo de pacificação social conhecido, mas é também o de fundamental relevância para que os demais entes de pacificação social possam atingir seus escopos.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário*. Porto Alegre: Revista Brasileira de Arbitragem, v. 2, n. 6, 2005, p. 23).

mais flexível e moldável pelas partes; e) eficácia da sentença arbitral; f) relação de custo-benefício do procedimento.

Aliás, é oportuno salientar que, além de tais características, também são resguardados princípios constitucionais no âmbito da arbitragem - contraditório, isonomia, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento - dispostos no art. 21, §2º, da Lei n. 9.307/96.

O contraditório, nos moldes previstos no novo Código de Processo Civil²², é um princípio que deve ser entendido em seu aspecto substancial, de modo que não basta a mera conduta processual de ação e reação, sendo imperiosa a garantia às partes de influenciar na construção do provimento jurisdicional. A isonomia, por sua vez, também de natureza constitucional, avaliza a igualdade de tratamento às partes, de modo que elas tenham as mesmas oportunidades no processo.

A imparcialidade do árbitro, assim como aquela exigida do juiz, trata-se, a bem da verdade, de um consectário lógico do princípio da isonomia, de modo que as partes envolvidas no litígio não sejam favorecidas pelo árbitro, que promoverá o transcurso de um processo paritário e decidirá de acordo com o seu livre convencimento, a partir das provas trazidas aos autos, como verdadeiro gestor do processo e das suas garantias.

Isso porque, a partir da Lei de Arbitragem, o árbitro foi equiparado ao juiz, detendo jurisdição sobre o conflito a ser pacificado e, por óbvio, as mesmas prerrogativas, excetuada a competência para o processo executivo, atribuída ao Estado com exclusividade. Tanto é assim que a sentença arbitral é considerada título executivo judicial e produz os efeitos da coisa julgada, conforme preceituam os art. 18 e 31, ambos da aludida norma, podendo ser objeto de execução no poder judiciário.

Ademais, não é desnecessário ressaltar que, eleita a arbitragem e suscitada a incompetência do poder judiciário para dirimir a controvérsia, o processo judicial deve ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VII, do Código de Processo

²² A esse respeito, destaca-se o disposto no art. 10 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Civil. Nesse aspecto, não se pode olvidar que a incompetência em comento é relativa²³, o que demonstra a ausência do interesse público e confirma a natureza privatista da arbitragem.

No que concerne ao procedimento arbitral, é importante mencionar que o art. 21 da Lei de Arbitragem, determina que ele “obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento”. Desse modo, trata-se de um procedimento mais flexível, já que pode ser moldado pela autonomia privada²⁴ das partes, regido pelo princípio da *pacta sunt servanda*²⁵.

Nesse contexto, até mesmo o uso de normas estrangeiras podem subsidiar o julgamento pelo árbitro, desde que as partes assim tenham ajustado. De igual modo, a arbitragem pode ser de direito ou por equidade, com a aplicação de princípios, usos e costumes²⁶, o que também depende tão somente da vontade das partes.

²³ Cita-se, por oportuno, que o novo Código de Processo Civil, expressamente, prevê no §5º do art. 337 que: “Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.”

²⁴ Para Francisco Amaral, “a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348).

²⁵ Orlando Gomes ensina que o princípio da *pacta sunt servanda* ou “o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. In: BRITO, Edvaldo. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 346).

²⁶ Veja-se: Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Destaca-se que a escolha da arbitragem, pelas partes, dar-se-á por meio da convenção de arbitragem²⁷, seja pela cláusula compromissória ou seja pelo compromisso arbitral²⁸, sendo indispensável a capacidade de contratar para a celebração de tal negócio jurídico. Por fim, é importante destacar que a arbitragem pode ser institucional ou *ad hoc*, conforme vontade das Partes.

Instituída a arbitragem, nos moldes convencionados pelas partes, inicia-se a instrução probatória no processo arbitral, a qual admite todas as provas em direito admitidas²⁹, incluindo-se, mas não se limitando a produção antecipada de provas, como se verá a seguir.

4. A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NA PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ARBITRAL

Considerando a possibilidade ampla na produção de provas em sede de processo arbitral, em um primeiro momento, seria possível afirmar que não haveria qualquer óbice ao ajuizamento de ação antecipada de prova perante o poder judiciário mesmo diante da

²⁷ A esse respeito, destaca-se os arts. 4º e 9º, ambos da Lei de Arbitragem:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

²⁸ Carlos Alberto Carmona, ao abordar a cláusula compromissória constante em contratos de adesão explica que: “a redação original do parágrafo 2º da LArb era “nos contratos de adesão”, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com a sua instituição”. Lidava o legislador com duas iniciativas diferentes para a instauração da arbitragem: do aderente, que vincularia o proponente, e a segunda, do proponente, que não vincularia o aderente de tal sorte que este, para que fosse instaurado o juízo arbitral (art. 19), deveria concordar expressamente com o início das atividades do árbitro. Não se admitia a imposição de concordância prévia quanto a instituição da arbitragem, já que somente com a aceitação dos árbitros é que se dá por instituída a arbitragem, tudo a deixar plenamente protegido o contratante mais fraco. Todavia, através de uma subemenda da Câmara, que não teve mérito de aumentar a proteção do aderente, acabou por gerar amplo malefício.” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107).

²⁹ Nesse sentido, a Lei de Arbitragem: 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.

pendência do processo arbitral.

Como demonstrado, além da questão da urgência, o novo Código de Processo Civil elencou novas hipóteses de cabimento da ação aqui tratada, consoante se infere a partir da leitura dos incisos II e III do seu art. 381. De fato, a partir da nova legislação processual civil, também passou a ser possível a adoção da medida processual com finalidade no estímulo da composição entre as partes e na viabilidade do conhecimento prévio dos fatos por elas.

É importante esclarecer que, em relação ao cabimento da ação de produção antecipada de provas com fundamento no inciso I do art. 381 do Código de Processo Civil, não restam dúvidas quanto à sua admissibilidade. De fato, o poder judiciário tem competência para examinar as situações de urgência, com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário, contido na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV.

Mas, não é só. O art. 22-A da Lei n. 9.307/96, prevê que “Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.”

A questão, contudo, revela-se controversa nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 381 do Diploma Processual Civil, como já dito, notadamente diante do princípio da competência-competência, pelo qual compete ao árbitro o julgamento da sua competência para dirimir a lide. Com efeito, reconhecida a competência do árbitro, competiria exclusivamente a ele o deferimento ou indeferimento das provas a serem produzidas, o que, num primeiro momento, conflitaria com a admissibilidade da ação de produção de provas, no âmbito do poder judiciário.

Entretanto, não se pode olvidar que, como já destacado, a convenção de arbitragem não foi considerada como matéria de ordem pública, porquanto pode ser suscitada pelas partes que, se silentes, ocasionarão o efeito da prorrogação da competência, chancelando a atuação do poder judiciário. No mesmo sentido, como já demonstrado, não se admite a apresentação de contestação em sede de prova antecipada, retirando o caráter contencioso da medida.

Destarte, até mesmo para viabilizar o conhecimento prévio dos fatos e, por

consequente, a autocomposição entre as partes, é possível afirmar que, em caráter excepcional, admite-se a produção antecipada de provas no âmbito do poder judiciário, mesmo quando pendente o processo arbitral. Repita-se: o legislador teve como objetivo estimular a solução adequada dos conflitos, sempre que possível, pela via consensual. Desse modo, se o ajuizamento da aludida ação no poder judiciário pode inclinar as partes à celebração de um acordo, tal providência deve, inclusive, ser estimulada.

Na mesma linha de raciocínio, não é crível afirmar que seria impossível aceitar a produção antecipada de provas, no poder judiciário, com fins no conhecimento prévio dos fatos. Ora, tal providência não acarretaria qualquer prejuízo ao julgamento da lide pelo tribunal arbitral, porquanto é vedado ao juiz a emissão de valores sobre os fatos e, até mesmo, de pronunciamentos quanto às consequências jurídicas dos fatos apurados.

Sendo assim, a análise sobre a conveniência ou não do ajuizamento da ação arbitral em nada prejudicaria eventual decisão proferida no processo arbitral, eis que a relação jurídica propriamente dita não seria objeto de exame nos autos da ação de produção antecipada de prova, pelo poder judiciário. Frisa-se: não há sequer exame de procedência ou improcedência na ação de produção antecipada de provas.

Aliás, considerando a possibilidade de produção de provas adicionais àquelas originariamente requeridas pelos próprios interessados citados para integrar a aludida ação, é possível dizer que ela pode ser benéfica para ambas as partes, eis que pode atender aos seus interesses recíprocos.

Nesse contexto, considerando as especificidades da produção antecipada das provas, é possível afirmar a inocorrência de violação à jurisdição arbitral, como já salientado.

4. CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil, com esteio na Constituição da República, inovou nos procedimentos objetivando salvaguardar direitos e garantias dos jurisdicionados. Nesse sentido, a busca por um processo célere e efetivo passou a ser um dever de todos os sujeitos do processo, que devem cooperar entre si.

Destarte, a arbitragem foi reafirmada como método alternativo de solução de conflitos, devendo, sempre que possível, aplicar os princípios do processo ao procedimento arbitral, notadamente em relação àqueles que mantêm pano de fundo constitucional, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da imparcialidade do julgador.

Nessa linha de raciocínio, na busca de um processo constitucional, as partes devem ser incentivadas à adoção dos meios adequados de resolução dos conflitos, privilegiando-se a composição das lides, sempre que possível.

A ação de produção antecipada de provas, na nova legislação, recebeu novas hipóteses de admissibilidade, destinadas ao incentivo da autocomposição e ao conhecimento prévio dos fatos, para o afastamento de ações desprovidas de fundamentação fática e jurídica. Destarte, tendo em vista os benefícios da dita ação, especialmente no que tange à autocomposição e ao afastamento de medidas processuais desnecessárias, é possível afirmar que o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas, que não possui caráter litigioso, no poder judiciário, não viola a jurisdição do tribunal arbitral.

5. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil – Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENTO, Daniel Freitas Drumond. A arbitrabilidade objetiva dos conflitos societários. Dissertação de Mestrado. Minas Gerais: Faculdade de Direito da UFMG, 2018. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>.

BRASIL. Constituição da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em <http://fpprocessualistascivis.blogspot.com>.

BRASIL. Lei n. 5.869/1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARBITRAGEM+E+CONSTITUCIONAL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y62oa6mj>).

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. II.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. Porto Alegre: Revista Brasileira de Arbitragem, v. 2, n. 6, 2005.

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

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. São Paulo: Revista de Processo, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. São Paulo: Revista de Processo, Vol. 218.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas: criação de arranjos procedimentais adequados e contextualizados para gerenciamento e resolução de controvérsias. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017, p. 33. Disponível em: <https://www.teses.usp.br>.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Teoria geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. In: BRITO, Edvaldo. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Jr., THEODORO, Humberto. Novo Código de Processo Civil Anotado, 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2006, p. -. Disponível em: <https://www.teses.usp.br>.

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

ZANOBINI, Guido. L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici. Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano. Milano: Giuffrè, 1920.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco; Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). Participação e processo. São Paulo: RT, 1988.