

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
FGV DIREITO SP

PRISCILA HIRSCHHEIMER

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PRÉ-ARBITRAL SEM O REQUISITO DA
URGÊNCIA: UMA DISCUSSÃO SOBRE O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA**

SÃO PAULO - SP

2020

PRISCILA HIRSCHHEIMER

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PRÉ-ARBITRAL SEM O REQUISITO DA
URGÊNCIA: UMA DISCUSSÃO SOBRE O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV
Direito SP da Fundação Getúlio Vargas como requisito
para obtenção de título de bacharel em Direito.

Orientadora: Maria Cecília de Araujo Asperti

SÃO PAULO - SP

2020

PRISCILA HIRSCHHEIMER

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PRÉ-ARBITRAL SEM O REQUISITO DA
URGÊNCIA: UMA DISCUSSÃO SOBRE O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV
Direito SP da Fundação Getulio Vargas como requisito
para obtenção de título de bacharel em Direito.

Orientadora: Maria Cecília de Araujo Asperti

Data: __/__/__

Banca Examinadora:

Maria Cecília de Araujo Asperti (FGV Direito
SP)

SÃO PAULO - SP

2020

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os argumentos do debate teórico e jurisprudencial acerca da competência para produção antecipada de prova pré-arbitral fundada nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil. Isto é, esta monografia busca analisar o fato de que com o advento do Código de Processo Civil de 2015, as hipóteses de produção antecipada de provas foram ampliadas, sendo possível, com base nos incisos II e III do artigo 381, produzir antecipadamente provas sem que fosse necessário comprovar a existência de *periculum in mora*. Contudo, a Lei Brasileira de Arbitragem, ao prever hipóteses de cooperação entre juízes e árbitros, apenas dispõe, em seu artigo 22-A que as “partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”, sendo silente em relação à produção antecipada de prova para “viabilizar a auto composição” ou para permitir “o prévio conhecimento dos fatos”. Desta forma, havendo a dúvida relativa à competência para produção antecipada de provas quando as partes firmaram cláusula compromissória, o presente trabalho busca sistematizar os argumentos teóricos existentes neste debate e a maneira pela qual eles são refletidos nos julgamentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Por fim, após apresentar a sistematização dos argumentos existentes, este trabalho compara a forma em que eles são articulados e analisa a maneira pela qual são interpretados na jurisprudência.

Palavras-chave: Arbitragem. Cláusula compromissória. Competência. Direito autônomo à prova. Produção antecipada de provas.

ABSTRACT

This article seeks to study the theoretical and practical debate regarding the competence for pre-arbitration production of proof, based on the article 381 II and III of the Civil Procedure Code. Therefore, this article seeks to analyze the fact that with the advent of the Civil Procedure Code of 2015, the possibilities of anticipated production of evidence were expended, making it possible to produce evidence without an evident urgency (*periculum in mora*). However, the Brazilian Arbitration Law, when providing for cases of cooperation between judges and arbitrators, only stipulates, in its article 22-A, that the parties shall resort to the Judiciary to grant urgent measures, being silent about the anticipated production of evidence to “make self-composition possible” or to allow “prior knowledge of the facts”. Therefore, existing a doubt regarding the competence for early production of evidence when the parties signed an arbitration clause, this article analyses the theoretical arguments in this debate and the way they were reflected in the case law of the Court of Justice of the State of São Paulo.

Keywords: Arbitration. Arbitration clause. Competence. Anticipated production of evidence. Without urgency.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

AI – Agravo de Instrumento

AC – Apelação Cível

CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)

CPC/73 – Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil revogado)

LBA – Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei Brasileira de Arbitragem)

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. INSTITUTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	12
1.1. TEORIA GERAL DAS PROVAS E O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA.....	12
1.2. DIREITO À PROVA E TRATAMENTO CONSTITUCIONAL	13
1.3. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E PRODUÇÃO PROBATÓRIA CAUTELAR	15
1.3.1. <i>Desnecessidade do ajuizamento da ação principal</i>	17
1.3.2. <i>O periculum in mora na cautelar de produção antecipada de provas</i>	18
1.3.3. <i>Instrumentalidade das cautelares probatórias</i>	18
1.4. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E DIREITO AUTÔNOMO À PROVA .	19
1.5. LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM E A LACUNA LEGAL SOBRE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA	22
2. DEBATE TEÓRICO SOBRE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PRÉ-ARBITRAIS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA	24
2.1. MEDIDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NÃO BASEADAS NA URGÊNCIA ESTÃO ABARCADAS PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	24
2.1.1. <i>Excepcional intervenção do Poder Judiciário</i>	25
2.1.2. <i>Exercício de atividade jurisdicional na produção probatória</i>	27
2.1.3. <i>Privilégio à boa-fé e previsibilidade</i>	28
2.1.4. <i>Economia e eficiência processual</i>	28
2.2. MEDIDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NÃO BASEADAS NA URGÊNCIA NÃO ESTÃO ABARCADAS PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	29
2.2.1. <i>Ausência de pronunciamento judicial na produção antecipada de prova</i> ..	30
2.2.2. <i>Ausência de juridicidade da ação autônoma de produção de provas</i>	30
2.2.3. <i>Compromisso arbitral deve ser interpretado de forma restritiva</i>	32

2.2.4. <i>Caráter dúplice da produção antecipada de provas</i>	32
2.2.5. <i>Ampla escopo da produção probatória</i>	33
2.2.6. <i>Eficiência processual</i>	34
2.2.7. <i>Não vinculação do árbitro à prova produzida</i>	34
2.3. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL BASEADA EM CASOS CONCRETOS	35
2.4. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO MEDIDA POSSÍVEL BASEADA NO TEXTO DA CLÁUSULA ARBITRAL	36
3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE DECISÕES PROFERIDAS NO TJSP	37
3.1. MEDIDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NÃO BASEADAS NA URGÊNCIA ESTÃO ABARCADAS PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	40
3.2. MEDIDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NÃO BASEADAS NA URGÊNCIA NÃO ESTÃO ABARCADAS PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	42
3.3. ARGUMENTOS BASEADOS NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA FIRMADA ENTRE AS PARTES.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	51
APÊNDICE A – Síntese das decisões analisadas	56

INTRODUÇÃO

A existência de institutos que permitem a produção probatória de forma autônoma não é algo recente no direito brasileiro (MEIRELES, 2020, p. 277). Desde o Código de Processo Civil de 1939 já existiam técnicas que permitiam a produção antecipada de provas de forma prévia ao processo principal, tais como a oitiva antecipada de testemunhas, além de “vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*”.¹

Contudo, uma mudança de paradigma marcada pela concepção do direito autônomo à prova, acompanhada da visão de que o juiz não seria o único destinatário da produção probatória, mas também as próprias partes, acabou por positivar o direito autônomo à prova no Código de Processo Civil de 2015. Uma das mudanças mais importantes nesse sentido foi a introdução dos artigos 381 a 383, os quais tornaram possível a produção antecipada de provas sem que fosse necessário a comprovação da urgência da demanda, diferentemente do que era previsto no Código de Processo Civil de 1973.

A partir da “criação desse procedimento autônomo” (MEIRELES, 2020, p. 277), foi reconhecido que as partes possuem o direito de produção de provas independente da existência ou não de um processo. Isto é, a partir do artigo 381 do Código de Processo Civil, não haveria a necessidade de um “caráter contencioso” (MEIRELES, 2020, p. 277) para a produção probatória, já que seriam as próprias partes que fariam a avaliação da prova produzida, podendo decidir, de forma autônoma, ingressar ou não com uma nova ação. Ainda, nesse procedimento autônomo de produção probatória, a função do juiz seria mínima, limitando-se a “viabilizar a produção da prova” (MEIRELES, 2020, p. 278), sem qualquer análise ou valoração.

Mesmo que esse desenvolvimento no direito processual esteja muito atrelado a flexibilização de procedimentos, de forma a estimular métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, verifica-se que essa mudança também criou uma dúvida e uma lacuna legal acerca da competência para produção antecipada de provas sem o requisito da urgência no momento em que as partes teriam firmado convenção arbitral.

¹ O artigo 250 do Código de Processo Civil de 1939 previa que “Si qualquer testemunha tiver de ausentar-se, ou si, por motivo de idade ou moléstia grave, fôr de receiar que ao tempo da prova já não exista, poderá, ser inquirida antecipadamente, com previa notificação dos interessados, entregando-se o depoimento ao requerente nas quarenta e oito (48) horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender”. Além disso, o artigo 676 do mesmo dispositivo previa que “As medidas preventivas poderão consistir: VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*”.

Isto é, mesmo que a Lei Brasileira de Arbitragem preveja algumas hipóteses de cooperação entre juízes e árbitros, ela é silente sobre a competência para produção antecipada de provas sem o requisito da urgência quando há convenção de arbitragem pactuada entre as partes, enquanto o Tribunal Arbitral ainda não estiver constituído.

Diante desse cenário, este trabalho visa responder à seguinte pergunta de pesquisa: levando em consideração que existe uma lacuna legal e uma divergência de entendimentos acerca da competência para produção antecipada de provas sem o requisito da urgência antes do início do procedimento arbitral, havendo convenção de arbitragem pactuada entre as partes, quais são os possíveis argumentos existentes nesse debate e como eles são interpretados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo?

Apenas para melhor delimitação da pergunta de pesquisa formulada, ressalta-se que não se pretende analisar neste trabalho situações (i) em que há previsão expressa na convenção de arbitragem sobre competência para a produção probatória, já que, nesse caso, não existem dúvidas a respeito do cabimento da medida prezando pela autonomia da vontade das partes (MAZZOLA, 2017); (ii) em que o Tribunal Arbitral já estiver constituído, em que também não restam dúvidas de que a competência é arbitral para dirimir as questões trazidas; ou ainda (iii) em que há a urgência e o Tribunal Arbitral ainda não estiver sido instaurado, já que se trata de hipótese clara prevista pelos artigos 5º XXXV da Constituição Federal e do artigo 22-A da Lei Brasileira de Arbitragem.

Além disso, ressalta-se que a relevância da pergunta de pesquisa formulada está atrelada ao fato de que, até o momento, inexistem trabalhos que analisam sistematicamente todos os argumentos teóricos e práticos existentes no debate sobre a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. Essa ausência de sistematização, não apenas dificulta a atuação dos tribunais ao se depararem com um caso de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, como também dificulta as partes de entenderem as consequências de incluírem uma cláusula compromissória em seus contratos.

Isto é, este trabalho visa contribuir com o campo da pesquisa a partir de uma sistematização dos argumentos teóricos existentes no debate e a análise de como eles têm sido interpretados na prática pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, de modo a organizar o debate posto e comparar os argumentos existentes, sem solucionar o debate ou confirmar qual seria a competência para produção antecipada de provas pré-arbitrais sem o requisito de urgência.

Diante disso, em termos metodológicos, para responder à pergunta de pesquisa formulada, além da revisão bibliográfica sobre o instituto do direito autônomo à prova e sobre as principais respostas trazidas na literatura nacional sobre o assunto, este trabalho foi elaborado com base em um detalhado estudo jurisprudencial do Tribunal do Estado de Justiça de São Paulo sobre a universalidade de casos que analisaram a competência da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência até 16 de maio de 2020.

Diante disso, o presente trabalho está dividido em quatro partes. A primeira tem como principais objetivos compreender o debate relativo ao direito autônomo à prova e sua evolução a partir do Código de Processo Civil de 1973 até a sua positivação no Código de Processo Civil de 2015, além de analisar a lacuna legal existente na Lei Brasileira de Arbitragem para produção antecipada de prova pré-arbitral sem o requisito da urgência.

A segunda parte é destinada à sistematização dos quatro principais posicionamentos e seus respectivos argumentos sobre a competência da produção antecipada de provas pré-arbitrais sem o requisito da urgência, sendo eles: (i) medidas probatórias autônomas não baseadas na urgência estão abarcadas pela convenção de arbitragem; (ii) medidas probatórias autônomas não baseadas na urgência não estão abarcadas pela convenção de arbitragem; (iii) a análise para competência demanda a compreensão de parâmetros específicos com base em casos concretos; e (iv) a análise da competência para produção antecipada de provas depende do texto da cláusula compromissória.

A terceira parte é destinada à análise da jurisprudência do Tribunal do Estado de Justiça do Estado de São Paulo sobre a produção antecipada de provas pré-arbitrais sem o requisito da urgência. Neste capítulo, além de se analisar as principais discussões que já foram levadas ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o tema ora exposto, serão analisadas as interfaces entre os argumentos trazidos pelos Desembargadores e os principais pontos trazidos no debate teórico sobre o assunto.

A quarta e última parte é destinada a correlacionar os três pontos acima discutidos. A partir da concepção do direito autônomo à prova, da sistematização dos argumentos teóricos e jurisprudenciais trazidos no debate, esta monografia realiza uma comparação entre os argumentos trazidos e o ponto de desenvolvimento de cada uma das esferas do debate.

1. INSTITUTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Para compreender como o debate relativo à produção antecipada de provas pré-arbitrais sem o requisito de urgência é posto, é fundamental analisar o instituto da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015. É apenas compreendendo a teoria geral das provas que tem sido construída nos últimos anos que se torna possível adentrar ao debate sobre produção antecipada de provas quando as partes celebraram convenção arbitral.

1.1. TEORIA GERAL DAS PROVAS E O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

O conceito de prova pode possuir diversos significados, podendo estar atrelado a uma atividade avaliadora, uma evidência, uma experiência ou, ainda, pode trazer significados diversos (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2015, p. 38-39), de modo que, para além do universo jurídico, o conceito da prova pode estar atrelado a “um complexo infindável de situações e relações com os mais diversos campos do conhecimento jurídico” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 22).

Contudo, em termos especificamente jurídicos, verifica-se que a prova é um dos elementos mais importantes do direito processual civil, motivo pelo qual é um dos temas que vem mais sendo debatidos pela doutrina especializada (PORTO, 2018, p. 141). Inclusive, Bentham já dizia que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas” (BENTHAM, 1971, p. 10).

Ao longo da história do direito processual civil, o conceito de prova foi sendo gradualmente alterado, cada vez mais voltado às partes e menos ao Estado julgador. A título de exemplo, Luis Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, afirmavam que a prova é “o meio retórico, regulado por lei, e dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 91).

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, em obra publicada já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, consideram a prova como “convicção judicial acerca da existência ou não, ou do modo de ser de um fato” (DIDIER JR.; OLIVEIRA,

2015, p. 38-39). Estes são alguns exemplos de concepções restritivas, as quais definem o conceito de prova pela forma em que as partes visam a convencer o Estado julgador do seu ponto de vista (CARVALHO FILHO, 2017, p. 24).

Contudo, ao longo da evolução do processo civil brasileiro, esse entendimento foi ficando, de certa forma, ultrapassado (CARVALHO FILHO, 2017, p. 24), com uma renovação do conceito de prova (ALMEIDA, 2013, p. 150), afastando-se da concepção de que a prova é um meio instrumental à uma declaração relacionada a um processo de direito material.

Flávio Luiz Yarshell, que foi um dos precursores desta mudança de posicionamento, defende a prova “não apenas como conjunto de meios voltados a preparar o julgamento estatal, mas como forma de esclarecimento e convencimento das partes” (YARSHELL, 2009, p. 306). Isto é, mesmo que a prova não solucionasse a disputa (ALMEIDA, 2013, p. 151), ela acabaria sendo fundamental para o conhecimento das partes, podendo levá-las “a celebrar uma transação extrajudicial ou até mesmo a satisfação do direito para evitar uma demanda judicial em que já sabe que sairá derrotado” (NEVES, 2009, p. 29-30).

Esse posicionamento referente a uma compreensão diversa da teoria da prova foi incorporado pelo Código de Processo Civil, o qual tornou claro que “a razão do processo não é produzir prova e nem descobrir a verdade dos fatos, mas sim promover a solução do conflito” (YARSHELL, 2008, p. 26). Deste modo, diferentemente do que vislumbrado pelas ideias até então predominantes, notou-se que, em algumas ocasiões, “a prova assume o papel principal” (TALAMINI, 2016, p. 75) dentro ou fora do processo. E é justamente sobre esse aspecto, da produção antecipada de provas pré-arbitrais sem o requisito da urgência, que esse trabalho visa a se debruçar.

1.2. DIREITO À PROVA E TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

Além de contextualizar a teoria geral das provas para introduzir o debate aqui posto, mostra-se fundamental compreender o tratamento constitucional dado às provas pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua abrangência. Afinal, como se verá a diante, é necessário compreender o debate sobre a competência para produção antecipada de provas de acordo com o tratamento do direito à prova na Constituição Federal.

O direito à prova é considerado “um dos elementos do ‘processo justo’ mais cotidianos da vida jurídica” (RAMOS, 2013, p. 41), e, justamente por isso, está previsto constitucionalmente e classificado como um direito fundamental. A classificação de direitos fundamentais pode se dar em dois âmbitos: o âmbito formal, o qual diz respeito aos direitos que são taxados pela Constituição como sendo fundamentais (RAMOS, 2013, p. 42), e o âmbito material, cujo conteúdo é tão importante, que passa a ser considerado “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade” (CANOTILHO, 2003, p. 406).

Em relação ao âmbito formal, apesar de não haver “a consagração expressa do direito autônomo à prova como sendo direito fundamental na letra da lei da Constituição, [...] [é] inegável o seu enquadramento” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 27; THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 877). Isso ocorre, pois, a Constituição Federal prevê a possibilidade, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, de reconhecimento formal de direitos fundamentais conforme uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, de modo que tais direitos estariam implícitos no texto constitucional (PORTO, 2018, p. 145).

Essa interpretação sistemática pode ser vista como uma conjugação dos incisos LV, LVI e XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, os quais dispõem, respectivamente, que “aos litigantes [...] são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” e “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, interpreta-se que o inciso LV do artigo 5º da Constituição, o qual prevê que é assegurado às partes todos os meios necessários para exercício do contraditório e da ampla defesa, abarcaria o direito subjetivo de provar. Nas palavras de Carvalho Filho, verifica-se que “o direito subjetivo de propor ação, de apresentar recurso, dentre outros, pode-se dizer que também existe um direito subjetivo de provar” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 27). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira já apontam que “o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 41), de modo que igualmente estaria abarcado no direito constitucional formal à prova.

Ainda, mesmo que por uma leitura não tão óbvia, Flávio Luiz Yarshell já analisa que o direito autônomo à prova também possui bases fundamentais, a partir da aplicação do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição. Para ele, a ação probatória autônoma

encontra fundamento no poder ou direito de ação (CF/1988, art. 5º XXXV) que tem amplitude suficiente para autorizar o interessado sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto. (YARSHELL, 2015, p. 1.027)

Além disso, esse “direito de provar” também apresenta uma fundamentalidade material, a qual está estritamente “ligada à verdade e à importância desta para qualquer relação jurídica” (RAMOS, 2013, p. 42). Ou seja, o direito à prova apresenta também seu âmbito material, já que a busca pela verdade tem como objetivo não somente que o Estado julgador profira uma decisão mais justa possível, como também que partes delimitem e definam a controvérsia, para que atinjam o melhor resultado possível: seja ele jurisdicional ou auto compositivo (RAMOS, 2013, p. 43).

Desta forma, o direito de provar material abarcaria “a) o direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e d) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 18). Consequentemente, “impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 877).

Assim, entende-se que o direito autônomo à prova é assegurado constitucionalmente, tanto a partir de uma perspectiva formal, quanto de uma perspectiva material. Essa concepção é importante de ser destacada, pois, em se tratando de uma garantia fundamental, “não pode agir o juiz de maneira excessivamente rígida no indeferimento do pedido de prova” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 877), questão de extrema importância para o presente trabalho.

1.3. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E PRODUÇÃO PROBATÓRIA CAUTELAR

Para que seja possível interpretar a mudança de paradigma marcada pela concepção do direito autônomo à prova no Código de Processo Civil de 2015, mostra-se fundamental interpretar o Código de Processo Civil de 1973 e os fatores que levaram às mitigações do direito probatório iminentemente cautelar. Isto é, ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha se mostrado como um “marco” para a produção antecipada de provas sem o requisito da

urgência, diversos autores já estavam mitigando o caráter cautelar da produção antecipada de provas mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Em primeiro lugar, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a ação de produção antecipada de provas não possuía um caráter autônomo, mas possuía “natureza eminentemente cautelar, estando invariavelmente atrelada ao fundado receio de que a prova se tornasse impossível ou de difícil verificação no futuro” (MAZZOLA; TORRES, 2017).

Isso significa que, de acordo com o texto literal do Código de Processo Civil de 1973, somente seria permitida a produção antecipada de provas se fosse comprovado o *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (VIEIRA, 2011, p. 111). Em outras palavras, como já prevê João Francisco Carvalho Filho (2017, p. 48):

Tal procedimento se daria apenas se o interessado demonstrasse a presença de justo receio de que, quando do momento adequado de sua produção (na fase instrutória da ação principal), a prova já não existisse ou, ainda, que fosse muito difícil ou impossível a sua produção.

Essa posição estava muito atrelada à demora inerente dos processos judiciais e ao futuro perecimento da prova que se pretendia produzir. Isto é, como naturalmente existe uma demora para o julgamento de processos, mostrava-se necessário, em alguns casos, a produção antecipada de provas para evitar que, quando o processo fosse julgado, se tornasse impossível a produção probatória.

Justamente por isso, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 era necessário o ajuizamento de uma ação principal imediatamente subsequente à produção antecipada de provas. Esse ponto é claramente ilustrado por José Victor Zakia e Gabriel Caetano Visconti (2018, p. 200):

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

Contudo, enquanto diversos autores entendiam, majoritariamente, pela necessidade de comprovação da urgência para a produção antecipada de prova, consoante a previsão legal, alguns autores, com especial destaque para Flávio Luiz Yarshell, Daniel Amorim Assumpção Neves, Moacyr Amaral Santos e Fredie Didier Jr., começaram a sustentar a desnecessidade de seu caráter cautelar (CARVALHO FILHO, 2017, p. 48; ALVES, A., 2016, p. 560). Passa-se, portanto, a analisar cada uma dessas mitigações.

1.3.1. Desnecessidade do ajuizamento da ação principal

Um dos pontos relativos à mitigação do requisito da urgência da produção antecipada de provas prevista no Código de Processo Civil de 1973 trata-se da desnecessidade do ajuizamento de uma ação principal, como era previsto no artigo 806 do referido dispositivo.

O artigo 806 do Código de Processo Civil de 1973 previa, expressamente, que cabia “à parte propor ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”. Contudo, apesar da previsão legal expressa, ao longo da prática processual, verificou-se que esse artigo não tinha razão de ser, não havendo razão de obrigar a parte a interpor demanda principal no âmbito da produção antecipada de provas, quando, muitas vezes, o objeto da prestação era satisfeito na própria produção antecipada de provas.

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

Com isso, Flávio Luiz Yarhshell, por exemplo, passou a entender que mesmo durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada de provas teria perdido seu caráter “acessório” em relação a uma demanda principal (YARSHELL, 2009, p. 312).

No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos também desenvolveu uma teoria que visava a afastar a necessidade do ajuizamento de uma ação principal, mesmo durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973. Isto é, para fins elucidativos, Amaral Santos divide as hipóteses de ação de produção antecipada de provas em preventivas e preparatórias de ação (SANTOS, 1983, p. 324).

As preventivas seriam aquelas “com o escopo de preparar uma prova da qual atualmente não tem necessidade [...] mas que prevê seja necessária no futuro” (SANTOS, 1983, p. 324-326) e as preparatórias seriam aquelas em que as provas serviriam de fundamento à ação principal (SANTOS, 1983, p. 326). Assim, a partir de uma clara divisão conceitual, Amaral Santos delimita que nas ações de produção antecipada de provas preventivas não haveria

qualquer tipo de necessidade de ajuizamento de uma ação futura, já que o próprio objeto da ação poderia já ter sido satisfeito com a produção antecipada.

1.3.2. O periculum in mora na cautelar de produção antecipada de provas

Além disso, no âmbito do Código de Processo Civil de 1973, havia a necessidade de alegação de um suposto perigo na demora, isto é, uma impossibilidade de produção probatória futura para garantia do resultado útil do processo principal para que fosse permitida a produção antecipada de provas.

Daniel Amorim Assumpção Neves, contudo, inovou na concepção do que seria esse *periculum in mora*, de modo a mitigar esse requisito para a produção antecipada de provas. Isto é, partindo-se da premissa de que a busca do “resultado útil do processo” seria aquela que o autor teria direito à entrega de uma determinada prestação caso a obrigação fosse cumprida voluntariamente, no cenário de que a produção antecipada de provas poderá garantir a auto composição das partes ou até mesmo garantir a própria satisfação da prestação, não haveria dúvidas, na perspectiva de Neves, de que essas hipóteses abarcariam algum tipo de *periculum in mora*. Isto é, nas palavras do autor:

Sem retirar a natureza cautelar dessas ações, somente modificando o ângulo de visão a respeito do *periculum in mora*, admitir a qualquer interessado a provocação do Poder Judiciário para a produção de uma prova ainda que seja plenamente possível produzi-la posteriormente (NEVES, 2009, p. 42).

Desta forma, essa mudança de perspectiva em relação ao requisito do *periculum in mora* colocou em xeque, novamente, a visão estritamente cautelar da produção antecipada de provas.

1.3.3. Instrumentalidade das cautelares probatórias

Como elucidado acima, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada de provas possuía natureza instrumental (CÂMARA, 2010, p. 21), visto que, a princípio, seu principal objetivo seria subsidiar o convencimento do juiz, de forma a garantir a efetividade e satisfação do processo principal.

Contudo, a partir da análise feita por Flávio Luiz Yarshell (YARSHELL, 2009, p. 333), essa interpretação não seria adequada, levando em consideração uma análise sistemática do ordenamento jurídico e dos princípios constitucionais, mesmo na égide do Código de Processo Civil de 1973. Para ele, o direito à prova possui um caráter autônomo, destinado não somente ao convencimento do juiz em relação a um processo instrumental, mas voltado às partes do processo, para que pudessem se convencer acerca de suas chances de sucesso em uma eventual demanda futura, incentivando a auto composição ou até evitando um litígio futuro.

Essa mudança de paradigma tornou latente que a demanda probatória não dependeria, de maneira alguma, de um processo futuro ou de cognição judicial. Essa perspectiva, considerada até visionária, foi resumida por André Bruni Vieira Alves, nos seguintes termos:

É possível afirmar, também, que nesta nova definição de direito à prova há uma mudança na concepção no que toca à relevância da prova que deixa de ter vinculação lógica direta com a seleção de fatos que necessitam ser provados em um determinado processo, passando a ter relação com o esclarecimento e a investigação de fatos que possam vir a elucidar situações que permitam uma melhor e mais acurada visão da parte sobre sua posição jurídica (se de vantagem ou desvantagem) em relação a alguém. (ALVES, A., 2018, p. 699)

Desta forma, nota-se que uma revisitação da instrumentalidade da produção antecipada de provas foi fundamental para o desenvolvimento do fato de que a prova não é apenas um instrumento litigioso baseado em um processo futuro, mas uma demanda não instrumental, com um fim em si mesma.

1.4. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

Como evidenciado acima, mesmo durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, já existiam posicionamentos para identificar meios processuais que poderiam ser utilizados sem a necessidade de urgência. Inclusive, desde o Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados, foi prevista (artigo 367) a possibilidade de “interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial” quando fosse “suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação” e “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação”.

Diante disso, o Código de Processo Civil de 2015 “trouxe alterações legislativas muito importantes para o desenvolvimento do processo (...) inclusive sobre a forma como estudamos, utilizamos e percebemos o processo civil” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 195). Essas alterações

expressaram a necessidade, que já vinha sendo construída na doutrina e na jurisprudência, no sentido de incentivar “a autocomposição e a maior eficiência do processo” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 195), demonstrando que a produção probatória possui um escopo muito maior do que um mero método de verificação de fatos para solução judicial.

Em razão disso, algumas das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 foram a ação autônoma de produção probatória (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 196) e o incentivo a métodos alternativos de solução de controvérsias, como a mediação e a própria arbitragem (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 196).

Especificamente no que tange à produção antecipada de provas, os artigos 381, 382 e 383 do novo Código de Processo Civil ampliaram as hipóteses cabíveis de produção antecipada de provas, criando uma nova espécie de produção probatória, em comparação com o Código de Processo Civil de 1973.

A primeira espécie de provas, prevista no artigo 381 inciso I do Código de Processo Civil, consiste na produção antecipada de provas “nos casos em que haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”. Isto é, trata-se de uma produção antecipada de provas baseada no requisito do *periculum in mora*, muito similar ao que era previsto no artigo 846 do Código de Processo Civil de 1973.

A segunda espécie de provas abrange o previsto nos incisos II e III do artigo 381 do novo Código de Processo Civil. Trata-se das hipóteses de produção antecipada de provas sem que seja necessária a verificação do requisito da “urgência”. Isto é, seria possível a produção antecipada de provas para “viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos”, de forma a permitir às partes buscarem métodos alternativos para resolverem seus conflitos, seja por mediação ou arbitragem (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 309), e ainda para “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”, para as hipóteses em que a produção antecipada de provas pode ser determinante para determinar se a prova será ou não produzida.

Desta forma, as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 estão intimamente relacionadas na permissão de produção antecipada de provas para “facilitar a resolução efetiva da disputa e otimizar a prestação jurisdicional” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 196).

Ressalta-se, ainda, que o artigo 381 do Código de Processo Civil não abrange um rol taxativo de hipóteses de produção antecipada de provas, mas apenas de um rol meramente exemplificativo. Isto é, “justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar possuí[r] interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381” (TALAMINI, 2016, p. 79).

Desta forma, a inclusão desses dispositivos alterou a natureza da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil: deixando de ter natureza eminentemente cautelar, passando a ser “uma ação autônoma para o exercício do direito à prova” (NEVES, 2016, p. 672).

Os respectivos artigos tornaram evidente o fato de que a prova é um direito fundamental, “rompendo com a noção de ser o juiz - ou, no caso da arbitragem, o árbitro - o único destinatário da atividade probatória” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 24), mas tornando claro que o principal destinatário das provas são as próprias partes. Isto é, a partir da nova concepção de provas, tornou-se evidente que partes não apenas possuem um direito à prova de forma anterior e independente de um processo jurisdicional, mas também que esse direito teria como objetivo garantir que pudessem “avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 24).

Além disso, essa concepção também evidencia que a prova deixou de possuir um caráter instrumental, e passou a ter um caráter “autônomo à existência de uma relação processual formada com vistas à definição de um direito material” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 24), isto é, separando a relação estrita existente no Código de Processo Civil de 1973 entre prova e julgamento. Assim, o novo Código de Processo Civil ampliou a possibilidade de produção probatória sem a necessidade de o julgador decidir ou não a questão meritória, mas apenas garantindo que a produção probatória fosse realizada de acordo com o contraditório e com os princípios constitucionais (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 24).

No mesmo sentido, a partir das previsões legais, o juiz ou árbitro limitar-se-ia a analisar “as questões atinentes à admissibilidade e as condições de produção de prova” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 26), sendo vedada a análise sobre temas relacionados a uma eventual controvérsia de direito material que vier a surgir. Justamente por isso, por exemplo, que o artigo 381 §3º do Código de Processo Civil prevê que não há prevenção entre o juízo que analisa a produção antecipada de provas e o que deliberará sobre o mérito da controvérsia.

Isto é, na produção antecipada de prova com base nas inovações trazidas pelos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, não há que se falar em indicação de “um processo atual ou futuro ou do risco de perecimento da prova” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 25), trata-se exclusivamente de um direito de ação.

Justamente por isso, existem críticas relativas à nomenclatura de “produção antecipada de provas” para as hipóteses do artigo 381 incisos II e III aqui descritas. Ainda que o termo “antecipada” esteja atrelado a um fato adiantado, precipitado ou acelerado de um momento futuro, a produção antecipada de provas prevista no Código de Processo Civil não tem como objetivo garantir um “adiantamento” de demanda futura, já que a demanda se exaure com a produção probatória. De todo modo, apesar de se concordar com a crítica conceitual, para fins deste trabalho, de modo a se utilizar dos mesmos termos trazidos no debate, utiliza-se o termo “produção antecipada de provas” para todas as hipóteses previstas no artigo 381 do Código de Processo Civil.

1.5. LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM E A LACUNA LEGAL SOBRE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA

Como já exposto, o problema aqui analisado refere-se à lacuna existente na Lei Brasileira de Arbitragem para tratar dessa “segunda espécie” de provas introduzidas nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil. Deve-se, portanto, analisar, quais as previsões existentes na Lei Brasileira de Arbitragem sobre o assunto, para posteriormente analisar a lacuna legal existente.

Em primeiro lugar, as partes, ao escolherem a arbitragem como foro competente para dirimir as eventuais controvérsias patrimoniais e disponíveis, “retiram do juízo Estatal a jurisdição para apreciar seus litígios” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 197). Inclusive, como explica Rafael Francisco Alves, “havendo processos paralelos que envolvam a análise da convenção de arbitragem [...], deve sempre prevalecer o processo arbitral” (ALVES, R., 2009, p. 209).

A partir desta constatação, é possível partir de dois principais pressupostos: (i) via de regra, a partir do momento em que é instituído o procedimento arbitral, caberá ao Tribunal Arbitral emitir medidas cautelares (YARSHELL, 2014, p. 52; GUILHARDI, 2016, p. 68); e (ii)

o árbitro não pode executar a produção probatória porque “não lhe é autorizado o emprego da força para tanto” (YARSHELL, 2014, p. 52).

Justamente por isso, levando em consideração as particularidades da arbitragem, a Lei Brasileira de Arbitragem (LBA) prevê algumas formas de cooperação entre juízes e árbitros “para garantir a prestação jurisdicional seja efetiva e para que as partes não fiquem desamparadas em situações nas quais recorrer à jurisdição arbitral possa lhe causar prejuízos” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 197). Em outras palavras, a eficácia da arbitragem nas hipóteses de produção antecipada de prova com o requisito da urgência depende “substancialmente da cooperação e suporte a ser prestado pelo Poder Judiciário” (MARTINS, 1999, p. 377).

Assim, dada a natureza privada da arbitragem, “só haverá órgão jurisdicional apto a analisar a questão quando instituída a arbitragem, nos termos do artigo 19 da Lei de Arbitragem” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 197). Até a instituição do tribunal arbitral, “com a aceitação do encargo pelo último dos árbitros” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 197), não há, na teoria, órgão jurisdicional capaz de apreciar qualquer demanda incorrida pelas partes.

Foi exatamente por isso que, em 2015, foi incluído o artigo 22-A na LBA, que prevê a cooperação entre juízes e árbitros em relação a tutelas cautelares de urgência, dispondo que “antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”. Segundo Flávia Bittar Neves e Christian Sahb Batista Lopes, com a introdução do artigo 22-A a legislação brasileira adotou uma forma de jurisdição coordenada já que “o Poder Judiciário tem competência para medidas cautelares até a formação do tribunal arbitral - chamadas de medidas preparatórias - e os árbitros têm poderes para tanto a partir de então” (LOPES; NEVES, 2017, p. 456).

Assim, resta claro que a LBA, mesmo ao prever a possibilidade de produção antecipada de provas com o requisito de urgência no âmbito do Poder Judiciário, não contemplou as hipóteses dos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, que são o foco do presente estudo. Trata-se de um “verdadeiro desafio para definir a competência para a produção antecipada de prova [...] em que é necessário buscar a real intenção das partes e, ao mesmo tempo, respeitar as normas fundamentais processuais” (MEIRELES, 2020, p. 454).

2. DEBATE TEÓRICO SOBRE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PRÉ-ARBITRAIS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA

Após verificada a sistemática do Código de Processo Civil e da Lei Brasileira de Arbitragem, passa-se a analisar algumas respostas teóricas sobre a competência para produção antecipada de provas não urgentes nos casos em que há cláusula compromissória firmada entre as partes.

Para fins elucidativos, este trabalho irá dividir o debate teórico existente sobre o tema em 4 diferentes posicionamentos: (i) as medidas probatórias autônomas não baseadas na urgência estão abarcadas pela convenção de arbitragem; (ii) as medidas probatórias não baseadas na urgência não estão abarcadas pela convenção de arbitragem; (iii) a análise sobre as medidas probatórias autônomas deve estar atrelada à algumas hipóteses de casos concretos; e (iv) a produção antecipada de provas só pode ser analisada com base no texto da cláusula compromissória. Dentro de cada um dos posicionamentos, este trabalho irá indicar os principais argumentos existentes para fundamentar o referido ponto.

2.1. MEDIDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NÃO BASEADAS NA URGÊNCIA ESTÃO ABARCADAS PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Alguns autores, entendem que as medidas probatórias autônomas estão abarcadas pela convenção de arbitragem. Carolina Costa Meirelles identifica quatro argumentos para fundamentar esse posicionamento, os quais sejam (i) a excepcional intervenção do Poder Judiciário; (ii) o exercício de atividade jurisdicional na produção antecipada de provas; (iii) o privilégio à boa-fé e previsibilidade; e (iv) economia e eficiência, que serão mais detalhadamente trabalhados a seguir.

2.1.1. Excepcional intervenção do Poder Judiciário

O primeiro argumento teórico que abarca as medidas probatórias autônomas não baseadas em urgência envolve a excepcional intervenção do Poder Judiciário havendo cláusula compromissória celebrada entre as partes.

Carolina Costa Meireles parte da premissa que a convenção de arbitragem cria dois principais efeitos ao processo: (i) o efeito positivo, o qual “vincula as partes a submeter seus litígios ao juízo arbitral” (MEIRELES, 2020, p. 456); e (ii) o efeito negativo, o qual implica na “abstenção do Poder Judiciário para julgar qualquer causa que recaia nos limites objetivos da convenção de arbitragem” (MEIRELES, 2020, p. 456). Desta forma, via de regra, presume-se que “a existência da convenção de arbitragem torna obrigatória a jurisdição arbitral, salvo se houver renúncia expressa ou tácita de todas as partes que firmaram o pacto” (MEIRELES, 2020, p. 456).

Assim, um argumento para restringir a competência do Judiciário para produção antecipada de provas sem o requisito da urgência baseia-se no fato de que quando as partes firmam um compromisso arbitral, somente seria possível a intervenção judiciária em hipóteses excepcionais: previstas ou na lei ou no contrato firmado entre as partes.

De acordo com Caio Cesar Rocha e Lilian Patrus Marques, em interpretação literal da Lei Brasileira de Arbitragem, essas intervenções do Poder Judiciário só poderiam ocorrer em hipóteses taxativas.

(1) garantir coercitivamente a efetivação das decisões arbitrais; (2) assegurar a instauração do processo arbitral em caso de resistência não motivada e, (3) controlar a regularidade formal do desenvolvimento do processo arbitral, com observância do princípio do devido processo legal. (ROCHA, 2012, p. 289)

As hipóteses de cooperação entre juízes e árbitros são restritas e resumem-se a: (i) execução específica da cláusula compromissória (art. 7º da LBA); (ii) fixação de honorários dos árbitros (art. 11 § único da LBA); (iii) nomeação dos árbitros (arts. 13 §2º e 16 §2º da LBA); (iv) concessão e efetivação de medidas de urgência (arts. 22-A e 22-C da LBA); (v) execução de sentença arbitral nacional (art. 31 da LBA); (vi) anulação de sentença arbitral (art. 33 da LBA); e (vii) reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira (art. 34 da LBA). (MARQUES, 2019)

Isto é, a partir de uma análise restritiva das hipóteses previstas na Lei Brasileira de Arbitragem, sem analisar o texto da cláusula compromissória firmada entre as partes, o Judiciário só teria competência para produção antecipada de provas nos termos do artigo 22-A e 22-C da Lei Brasileira de Arbitragem, apenas para “assegurar a efetividade e higidez do processo arbitral” (MEIRELES, 2020, p. 456), tratando-se de hipóteses excepcionais

(FRANÇOLIN; DUARTE, 2019). Em outros casos, “é o árbitro quem possui competência para processar a demanda” (MEIRELES, 2020, p. 456).

Como uma consequência lógica, como “não há previsão legal para que se permita a produção antecipada de prova perante o Poder Judiciário se não há perigo de dano” (MARQUES, 2019), a competência para referida produção probatória é eminentemente do juízo arbitral.

Inclusive, alguns autores, como Eduardo Damião Gonçalves, defendem esse tipo de posição por um argumento consequencialista, ao afirmar, por exemplo, que apenas quando existem previsões claras e expressas para as “intervenções do juiz estatal no curso do procedimento arbitral”, é possível o bom funcionamento da arbitragem (GONÇALVES, 2002, p. 212). De modo contrário, as partes poderiam escolher o tipo de jurisdição que pretendem ingressar, ainda que firmaram cláusula compromissória.

Esse argumento é reforçado ainda pelo princípio *favor arbitrandum*, o qual, de acordo com Carolina Costa Meirelles, prevê que “as dúvidas relativas às questões arbitráveis devem ser solucionadas em favor da arbitragem” (MEIRELES, 2020, p. 456). A autora reforça ainda o fato de que, apesar do princípio ter sido desenvolvido em âmbito internacional, ele “encontra no ordenamento brasileiro respaldo na boa-fé, na medida em que, ao firmar a convenção de arbitragem, presume-se que as partes desejavam que todos os conflitos daquela relação jurídica fossem submetidos à arbitragem” (MEIRELES, 2020, p. 456).

Assim, de acordo com esse argumento, na ausência de previsão expressa na cláusula compromissória firmada pelas partes, deve-se limitar a atuação do Poder Judiciário apenas às hipóteses previstas legais, com o objetivo de respeitar os efeitos positivos e negativos da convenção arbitral e a vontade das partes.

Contudo, justamente nesse ponto, levando em consideração à teoria do direito autônomo à prova evidenciada no capítulo anterior, resta a dúvida se a Lei Brasileira de Arbitragem precisaria expressamente recepcionar, como um dos incisos do artigo 22, a hipótese do direito autônomo à prova.

Isto é, apesar de os autores supramencionados claramente interpretarem que se não há previsão expressa na Lei Brasileira de Arbitragem, o Judiciário não pode intervir na relação entre as partes, restam dúvidas se essa é a argumentação mais correta. Como evidenciado nas obras de Flávio Luiz Yarshell, o direito autônomo à prova é muito mais amplo do que uma mera

previsão expressa legal (seja na Lei Brasileira de Arbitragem ou no Código de Processo Civil): trata-se de direito à prova assegurado constitucionalmente, que não poderia ser amplamente restringido à uma esfera jurisdicional, como pretende este argumento.

2.1.2. Exercício de atividade jurisdicional na produção probatória

O segundo argumento utilizado para compreender que o Judiciário não é competente para produção antecipada de provas pré-arbitrais não urgentes envolve o exercício da atividade jurisdicional nas atividades probatórias. Assim como o argumento da excepcional intervenção do Poder Judiciário, este argumento também restringe a produção probatória com base na excepcionalidade e subsidiariedade da intervenção estatal quando as partes celebram cláusula compromissória.

Carolina Costa Meireles entende que apesar de não haver decisão expressa sobre a controvérsia a ser instaurada futuramente no âmbito da produção antecipada de provas, “há decisão da existência ou não do direito à produção da prova, que, por ser o próprio mérito da ação, faz coisa julgada” (MEIRELES, 2020, p. 459), atraindo a competência arbitral para decidir sobre a questão.

Assim, havendo clara atividade jurisdicional envolvida na produção antecipada de prova, a competência para tal produção seria, exclusivamente, do juízo arbitral (MEIRELES, 2020, p. 459).

Assim, é competente o árbitro para decidir acerca de todas as questões, inclusive o direito da parte de produzir prova e sua validade. Não faz sentido pensar que sua competência está adstrita somente à “matéria de fundo”, ou seja, à decisão do direito material. As partes, ao escolherem a jurisdição arbitral para dirimir suas controvérsias, estão abarcando todas as controvérsias, ainda que potencial, sejam materiais, sejam processuais. (MEIRELES, 2020, p. 459)

Para comprovar esse ponto, Meireles realiza um argumento comparativo. Para a autora, quando o árbitro decide sobre sua própria competência, não há qualquer tipo de decisão de mérito da controvérsia, apenas questões processuais. Neste caso, não há dúvidas que a competência para tal deliberação compete ao Tribunal Arbitral, e não ao Poder Judiciário (nos termos dos artigos 8º e 20, §2º da Lei Brasileira de Arbitragem e artigo 485, inciso VII do Código de Processo Civil de 2015 e amplamente entendido pela doutrina e jurisprudência) (MEIRELES, 2020, p. 459).

Assim, Carolina Costa Meireles conclui que a Lei Brasileira de Arbitragem não confere aos árbitros apenas competência para decidirem questões de mérito relativas à controvérsia, mas qualquer tipo de questão, seja ela processual, administrativa ou material, o que abarcaria também a competência para produção antecipada de provas sem o requisito da urgência.

Novamente, apesar da clareza e coesão argumentativa trazida, resta aqui a dúvida de qual é o parâmetro adequado a ser considerado para atrair a competência para o Juízo arbitral. Aparenta-se que ao colocar nas mãos do árbitro a decisão sobre qualquer questão processual, administrativa ou de mérito que surja entre as partes, coloca-se o risco de estender a convenção arbitral a hipóteses não previstas pelas partes e muito mais amplas do que conflitos patrimoniais e disponíveis, como no caso da produção antecipada de provas.

2.1.3. Privilégio à boa-fé e previsibilidade

Um terceiro argumento trazido por Carolina Costa Meireles neste debate envolve a observância à boa-fé e à previsibilidade. Isto é, a partir do momento em que as partes decidem submeter seus litígios à arbitragem, passam a contar, esperar e provisionar que essa será a forma pela qual os litígios serão resolvidos. Dito de outra forma, “cria-se uma legítima expectativa de que qualquer questão processual será resolvida por arbitragem” (MEIRELES, 2020, p. 471).

Assim, autorizar que o Poder Judiciário produza antecipadamente as provas sem que haja uma urgência evidente, acaba por frustrar uma legítima expectativa das partes e o princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, como será exposto a seguir no capítulo destinado à análise jurisprudencial, verifica-se que autorizar amplamente as partes a buscarem o Judiciário para produção antecipada de provas pode acabar servindo como um artifício para uma das partes driblarem uma cláusula compromissória que elas mesmo celebraram, em afronta à boa-fé e previsibilidade.

2.1.4. Economia e eficiência processual

Outro argumento no sentido de o Poder Judiciário não possuir competência para produzir antecipadamente provas nos casos nos quais há convenção de arbitragem baseia-se na

economia processual, visto que, caso o árbitro entendesse pela invalidade da prova produzida no âmbito do Poder Judiciário, poderia produzi-la novamente, “implicando duplicidade da mesma atividade jurisdicional” (MEIRELES, 2020, p. 471).

Deste modo, argumenta-se que:

ainda que a produção probatória anterior seja determinante para o ajuizamento da “ação principal”, o procedimento não estaria sendo aproveitado na sua máxima eficiência, na medida em que toda a prova produzida correria o risco de ser repetida pelo juízo arbitral. (MEIRELES, 2020, p. 471)

Além disso, em que pese seja argumentado que “a arbitragem é excessivamente onerosa e, por isso, a competência da produção antecipada de prova deve ser do Judiciário” (MEIRELES, 2020, p. 473), Carolina Meireles desafia essa concepção a partir do próprio conceito de “eficiência” e “onerosidade”, a partir de uma análise econômica do direito em três aspectos: “tempo, especialização e custo” (MEIRELES, 2020, p. 473).

Em relação ao tempo, argumenta-se que apesar da arbitragem demorar mais tempo para ser iniciada, seu processo ocorre de forma mais ágil e célere do que a justiça estatal, havendo, inclusive, a possibilidade de as partes convencionarem um prazo para seu término (MEIRELES, 2020, p. 473). Em relação a especialização, verifica-se que a arbitragem pode ser muito especializada, dada a possibilidade de as partes escolherem um árbitro para a solução da controvérsia (MEIRELES, 2020, p. 473). Por fim, em relação ao custo, a afirmação pura e simples de que a arbitragem é um método mais caro não deveria prevalecer já que “se levar em consideração o tempo como um fato que eleva os custos, é difícil afirmar quanto verdadeiramente custa um processo no Poder Judiciário” (MEIRELES, 2020, p. 473).

Assim, pode-se argumentar que mesmo levando em consideração argumentos de cunho de eficiência processual, esses podem ser utilizados para justificar a competência arbitral para a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência.

2.2. MEDIDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NÃO BASEADAS NA URGÊNCIA NÃO ESTÃO ABARCADAS PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Em que pese existirem diversos argumentos que sustentam que as medidas probatórias autônomas estariam abarcadas pela convenção de arbitragem, não podendo ser realizadas pelo Judiciário, existem importantes argumentos no sentido contrário, conforme se verá a seguir.

2.2.1. Ausência de pronunciamento judicial na produção antecipada de prova

Um argumento no sentido de que seria possível a produção antecipada de provas pelo Poder Judiciário, ainda que ausente o requisito da urgência, baseia-se no fato de que nos termos do artigo 382 §2º do Código de Processo Civil, no âmbito desse procedimento, “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.

A esse respeito, Marcelo Mazzola (2019, p. 431) argumenta que como “não há vencido e vencedores, tampouco a formação de coisa julgada”, não haveria óbices para a produção antecipada de prova perante o Poder Judiciário. Isto é, de acordo com o autor, como não haveria qualquer decisão valorativa durante a produção probatória, tal conduta não feriria a competência arbitral. Esse posicionamento seria reforçado pelo fato de que neste procedimento, não haveria a possibilidade de defesa, recursos e nem sequer de coisa julgada (MAZZOLA, 2019, p. 427-466).

No mesmo sentido, entendem Didier Jr., Braga e Oliveira (2019, p. 170-171), baseando-se no fato de que na produção antecipada de provas “não há decisão sobre o litígio nem certificação do direito abrangido pela convenção de arbitragem”, e Arruda Alvim e Clarissa Guedes, baseando-se no fato de que “a cognição exercida no âmbito da produção antecipada de provas não inclui qualquer análise sobre o conteúdo do material probatório obtido e, menos ainda, sobre o mérito de eventual ação que vise solucionar conflitos existentes entre as partes” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 28).

Contudo, também nesse ponto surge a seguinte dúvida: a existência de pronunciamento judicial deve ser considerada como requisito para decidir sobre a competência para a produção antecipada de provas? Isto é, se esse argumento for levado ao limite, qualquer tipo de demanda que prescinda pronunciamento sobre o mérito da causa poderia ser trazido ao Judiciário, mesmo que as partes tivessem celebrado compromisso arbitral, o que não parece levar a conclusão mais adequada.

2.2.2. Ausência de juridicidade da ação autônoma de produção de provas

Além disso, para afirmar que o Poder Judiciário é competente para a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, José Victor Zakia e Gabriel Visconti (2018) partem do próprio conceito de jurisdição como pressuposto, e entendem que se a ação autônoma de produção de provas não for um ato jurisdicional contencioso, não haveria razões para excluir a apreciação dessa medida pelo Poder Judiciário.

Os autores partem da definição de jurisdição baseada em três elementos, quais sejam, poder, atividade e função e fazem o seguinte teste: se algum dos elementos não estiver presente na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, não se estará diante de um processo jurisdicional. Assim, não se tratando de um processo jurisdicional, não existiriam empecilhos para que a produção antecipada de provas fosse dirimida perante o Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, em relação ao conceito de poder, o qual é definido pela “capacidade de aplicar o direito e produzir uma decisão imperativa garantido sua imposição aos jurisdicionados” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 201), os autores não evidenciam qualquer dificuldade em alegar que esse requisito estaria presente na ação de produção antecipada de prova sem o requisito da urgência, que demanda que o juiz empregue “seu poder de impor uma decisão” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 201).

Em segundo lugar, em relação ao conceito de atividade, definida como “o complexo de atos do juiz no processo” os autores afirmam que “a previsão de que a ação probatória autônoma demanda o desencadeamento de atos judiciais” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 201), também não havendo dúvidas que esse elemento estaria presente.

A dúvida maior surge em relação ao terceiro elemento, da “função” da ação autônoma de produção de provas. Essa dúvida ocorre porque, nas palavras dos autores, é controverso se “haveria uma situação a ser pacificada pelo exercício da atividade do julgador” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 201).

Apesar das dúvidas relativas ao conceito, os autores concluem que a partir de uma análise sistemática do Código de Processo Civil de 2015, verificando as restrições impostas pelo legislador para defesa ou recurso, por não reconhecer a figura do réu nesse procedimento, por limitarem a atuação do julgador a se pronunciar sobre a questão controvertida, “acabam por considerar que o direito autônomo à prova independe da existência de uma pretensão resistida e, portanto, dispensa as garantias processuais mínimas” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 202). Assim, concluem que “a ação autônoma de produção de prova não tem como função a

pacificação social, o que poderia, em tese, descaracterizá-la como exercício da função jurisdicional do julgador” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 202).

Assim, em razão de se tratar de uma ação que não demanda a pretensão jurisdicional, concluem os autores que “a existência de cláusula compromissória não desloca para os árbitros a competência para decidir acerca de uma possível ação autônoma de produção de provas” (ZAKIA; VISCONTI, 2018, p. 203), já que a função a ser exercida pelos árbitros é meramente jurisdicional.

Vale ressaltar, ainda, que esse tipo de argumento se contrapõe diretamente, por exemplo, ao ponto trazido por Carolina Costa Meireles, a qual entende que a função do árbitro não é apenas jurisdicional, mas sim abrangente à toda e qualquer relação inerente às partes que celebraram compromisso arbitral.

2.2.3. Compromisso arbitral deve ser interpretado de forma restritiva

Além disso, Arthur Arsuffi argumenta que o Judiciário possui plena competência para produção antecipada de provas, já que “a regra é que os conflitos sejam solucionados pelo Poder Judiciário, o qual possui jurisdição geral, de outro lado, a competência do árbitro é excepcional” (ARSUFFI, 2018, p. 165, nota de rodapé original suprimida). Trata-se de argumento diametralmente oposto ao argumento da excepcional intervenção da jurisdição estatal, trazido no item 2.1.1 do presente trabalho.

Desta forma, ao verificar que a competência da jurisdição arbitral acaba por ser uma exceção à regra da competência estatal, “o compromisso arbitral deve ser interpretado de forma restritiva” (ARSUFFI, 2018, p. 164). Por essa premissa simples, o autor sustenta que apenas se as partes previrem expressamente no compromisso arbitral, deveria ocorrer tal deslocação de competência. Em caso contrário, “a competência para conhecer da ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência será do Poder Judiciário” (ARSUFFI, 2018, p. 167).

2.2.4. Caráter dúplice da produção antecipada de provas

Outro argumento trazido por Marcelo Mazzola (2019) para autorizar o Judiciário produzir antecipadamente as provas diz respeito ao caráter dúplice da produção antecipada de provas sem o requisito de urgência. Isto é, para Mazzola, como no momento em o juiz defere a produção antecipada de provas ele não sabe, quem irá se beneficiar com a referida medida, não haveria qualquer prejuízo para as partes que a prova fosse produzida perante o Poder Judiciário.

Desta forma, entende que como a produção antecipada de prova pode “beneficiar tanto o requerente quanto o requerido” (MAZZOLA; TORRES, 2017), não existiram óbices para que a prova fosse produzida perante o Poder Judiciário, não havendo que se “falar em desequilíbrio, desigualdade ou ausência de paridade de armas” (MAZZOLA; TORRES, 2017).

Contudo, nota-se que o referido argumento não possui tantas implicações práticas no debate. Isso ocorre, principalmente, pelo fato de que, via de regra, tanto os árbitros quanto os juízes, não sabem de antemão quem irá se beneficiar com a produção probatória. Esse nem sequer foi um argumento utilizado para coibir a atuação do Poder Judiciário para produção antecipada de provas, já que o debate posto gira, principalmente, em torno dos limites de atuação de cada esfera jurisdicional.

2.2.5. Amplo escopo da produção probatória

Arthur Arsuffi, Arruda Alvim, Clarissa Guedes, Marcelo Mazzola e Rodrigo de Assis Torres ainda argumentam que o Judiciário possui competência para a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência em razão do amplo escopo desta produção probatória, que foge da convenção arbitral firmada entre as partes.

Arthur Arsuffi analisa que a

a ação de produção antecipada da prova sem o requisito da urgência tem como objeto uma relação jurídica diversa daquela que envolve a declaração do direito material em determinado caso concreto. Trata-se de uma segunda relação jurídica, cujo protagonista é a obtenção autônoma da prova (ARSUFFI, 2018, p. 167).

Ainda, Arruda Alvim e Clarissa Guedes utilizam-se de mesmo argumento para possibilitar a produção antecipada de provas perante o Poder Judiciário. Isto é, analisam que nas hipóteses em que “os fatos a serem provados extrapolem a relação jurídica para a qual se previu a arbitragem” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 28), não restam dúvidas que o Poder Judiciário é competente para produção probatória.

De forma exemplificativa, Marcelo Mazzola e Rodrigo de Assis Torres analisam que a prova que uma das partes pretende produzir “pode ter um escopo maior do que aquele objeto da convenção arbitral e envolver outras pessoas interessadas” (MAZZOLA; TORRES, 2017), podendo, deste modo, corroborar para a utilidade da medida a produção perante o Judiciário.

Este argumento reflete diretamente o debate sobre a abrangência do direito autônomo à prova, introduzido pelo primeiro capítulo. Como visto anteriormente, a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência não é mais instrumental e atrelada a um processo futuro jurisdicional, mas é um direito constitucional garantido às partes desvinculado de um processo contencioso. Esses elementos apenas reforçam o argumento trazido de que o Poder Judiciário não seria competente para produção antecipada de provas, levando em consideração seu escopo amplo e autônomo.

2.2.6. Eficiência processual

Marcelo Mazzola, Rodrigo de Assis Torres, Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria também entendem que em razão da eficiência e economia processual, nos termos do artigo 8º do Código de Processo Civil, o juízo estatal teria competência para produção antecipada de provas que não fosse baseada em urgência.

Marcelo Mazzola e Rodrigo de Assis Torres (2017) defendem a competência do Poder Judiciário é uma medida “fundamental para reduzir os custos” do processo. Alegam, que a produção antecipada de provas pode permitir a autocomposição ou evitar o ajuizamento do processo arbitral, possibilitando uma enorme economia processual.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria entendem que a constituição do Tribunal Arbitral apenas para a produção antecipada de provas seria uma medida excessivamente onerosa (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 171) às partes, que poderia facilmente ser solucionada a partir da produção probatória por parte do juízo estatal.

2.2.7. Não vinculação do árbitro à prova produzida

Ainda, Marcelo Mazzola, Rodrigo de Assis Torres e Arthur Arsuffi argumentam que caso seja ajuizado o procedimento arbitral posteriormente, o árbitro não está vinculado à prova produzida no âmbito do Poder Judiciário, não havendo “qualquer prejuízo para eventual e posterior julgamento da questão de direito material perante o juízo arbitral” (ARSUFFI, 2018, p. 167).

Isso ocorre porque o árbitro tem a competência para “podendo determinar novamente a sua realização se assim entender” (MAZZOLA; TORRES, 2017), nos termos do artigo 22 da Lei Brasileira de Arbitragem. Contudo, a prova produzida poderá servir, ao menos, como uma prova emprestada, nos termos do artigo 372 do Código de Processo Civil.

2.3. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL BASEADA EM CASOS CONCRETOS

Vale apontar, finalmente, o posicionamento intermediário expressado por Eduardo Talamini, que entende que, como regra, “não havendo urgência que impedisse aguardar-se o início da arbitragem, a produção antecipada da prova para fins não cautelares normalmente deveria ser feita em processo arbitral específico para tal fim” (TALAMINI, 2016, p. 81). Contudo, visualiza que existem três principais hipóteses atípicas em que a produção antecipada de provas perante o Judiciário é admitida.

Primeiro, trata-se de hipótese de produção antecipada de prova perante o Poder Judiciário nos casos em que a “própria produção da prova permitirá ao requerente definir os exatos contornos de sua pretensão, inclusive para saber se ela está efetivamente abrangida pela convenção arbitral” (TALAMINI, 2016, p. 81).

Segundo, Talamini (2016, p. 81) analisa que seria possível a produção de provas perante o Poder Judiciário quando existirem indicativos contundentes de que “haverá negativa de colaboração ou resistência à produção probatória, de modo a exigirem-se medidas coercitivas que apenas poderiam ser determinadas, em qualquer caso, pelo juiz estatal” (TALAMINI, 2016, p. 80), como nas hipóteses previstas no artigo 22 §2º e §4º da Lei Brasileira de Arbitragem.

Terceiro, também identifica possibilidade de produção antecipada de provas pelo Poder Judiciário quando a produção probatória “é extremamente singela e de curta duração (por exemplo, ouvida de uma única testemunha)” (TALAMINI, 2016, p. 81), levando em

consideração os altos custos envolvidos, a complexidade e a demora, de modo que não faria sentido a constituição do tribunal arbitral apenas para isso.

Apesar de a divisão criada por Talamini ser absolutamente clara, aparenta-se aqui a existência de um problema prático. Isto é, restam dúvidas se, por exemplo, a primeira hipótese indicada pelo autor não poderia abarcar qualquer tipo de produção antecipada de provas, colocando em xeque a utilidade prática para esse tipo de divisão. Do mesmo modo, restam dúvidas se as partes não poderiam alegar, em qualquer tipo de caso, que a prova a ser produzida seria “singela e de curta duração”, de modo a autorizar, em qualquer tipo de situação a produção antecipada de provas com base em esse tipo de sistematização.

2.4. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO MEDIDA POSSÍVEL BASEADA NO TEXTO DA CLÁUSULA ARBITRAL

Por fim, esquivando-se do debate iminentemente conceitual sobre a produção antecipada de provas, outra forma de verificar a competência para produção antecipada de provas baseia-se na interpretação do texto da cláusula arbitral. Para Arruda Alvim e Clarissa Guedes, não é possível, de antemão, dizer “quem será competente para tal procedimento - se é o árbitro ou o juiz estatal, a resposta a esse questionamento dependerá do conteúdo e da redação da convenção arbitral, bem como do contexto que tenha sido celebrada” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 28).

Para os autores, por exemplo, quando a cláusula compromissória faz referência “à atribuição do árbitro para resolver quaisquer questões atinentes à relação jurídica existente entre as partes” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 27), ela incluirá, além das questões eminentemente materiais, também “a prova dos fatos que circundam essa relação” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 27). Deste modo, presume-se que o árbitro teria competência, exclusiva, para produção probatória entre as partes, sendo vedado que o Judiciário realizasse essa função.

Em outro caso, em que a cláusula “estabelece a via arbitral como sede para dirimir eventuais conflitos entre as partes” (ALVIM; GUEDES, 2019, p. 27), verifica-se uma solução diferente. Isso porque a produção probatória não estaria incluída na renúncia à jurisdição estatal, sendo permitido, socorrer-se ao Judiciário para produção autônoma de provas não baseada na urgência.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE DECISÕES PROFERIDAS NO TJSP

Após ter destacado os principais argumentos teóricos sobre o assunto, este trabalho irá analisar o posicionamento jurisprudencial sobre a produção antecipada de provas pré-arbitrais sem o requisito de urgência. Conforme descrito na introdução deste trabalho, para que seja possível sistematizar os argumentos existentes sobre a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, é fundamental compreender não apenas como esse debate está sendo posto em termos teóricos, como também a forma que ele está sendo interpretado na prática.

Dado que a questão ainda não foi dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, esse trabalho irá analisar os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015.

Considerando a base de dados do TJSP até 16 de maio de 2020, foi identificada a universalidade de casos sobre o assunto disponíveis na “Consulta de Jurisprudência” do site do TJSP²³⁴. Foram realizadas 4 varreduras na “consulta completa” da jurisprudência do tribunal, sendo elas: (i) “produção antecipada de provas” e “arbitragem” e “urgência”, em que foram identificados 87 julgados; (ii) “arbitragem” e “urgência” e “inexistente”, em que foram identificados 9 julgados; (iii) “prova” e “cautelar” e “arbitragem” e “urgência” e “inexistente”, em que foram identificados 79 julgados; e (iv) “produção antecipada de provas” e “arbitragem” e “urgência” e “ausência”, em que foram identificados 48 julgados.

Retirando da amostra os casos em que (i) a parte requerente busca a produção antecipada de provas com base na urgência (sem qualquer relação com os incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil); e (ii) casos que analisam temas correlatos ao objeto deste trabalho (i.e. temas que não tratem de provas, de arbitragem ou de produção antecipada), restaram apenas

² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. [site institucional]. **Consulta completa**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 04 out. 2020.

³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. [site institucional]. **Dúvidas - Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/CanaisAtendimentoRelacionamento/DuvidasFrequentes/Jurisprudencia>>. Acesso em: 03 out. 2020. Ressalta-se que a “consulta de jurisprudência” inclui as decisões registradas no Tribunal de Justiça e nos extintos Tribunais de alçada a partir 1988.

⁴ Para fins da elaboração da pesquisa empírica, foi adotada a metodologia descrita no artigo “O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativo no âmbito da pesquisa empírica em Direito”, de Rebecca Lemos Igreja, compilado na obra *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito (MACHADO, 2017).

8 acórdãos. A íntegra dos casos, da argumentação trazida pelas partes e o texto da cláusula compromissória de cada um deles foram analisados qualitativamente, que resultaram no preenchimento das fichas anexas a este trabalho.

A partir da referida análise, passar-se-á a sistematizar os principais argumentos trazidos nos 8 casos encontrados, que podem ser resumidos na tabela abaixo.

Tabela 1 – Julgados do TJSP sobre produção antecipada de provas pré-arbitrais sem o requisito da urgência

Número	Câmara	Data	Relator	Partes	Tipo de prova	Síntese da controvérsia
1125900-40.2018.8.26.0100	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial	21/08/2019	Alexandre Lazzarini	Santa Elisa Participações S.A. e Biosev S.A.	Documental	Santa Elisa Participações S.A. ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitral, com fundamento no artigo 381 III do Código de Processo Civil, para que a Biosev S.A. disponibilizasse um estudo de <i>valuation</i> sobre o valor das ações vendidas.
2119783-88.2019.8.26.0000	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial	29/08/2019	Tarcisio Ferreira Viana Cotrim	GE Power Conversion Brasil Ltda. x São Pedro Transmissora de Energia S.A.	Pericial	São Pedro Transmissora de Energia S.A. ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitrais, com base no artigo 381 incisos II e III do Código de Processo Civil, para apurar um suposto inadimplemento contratual.
3001295-31.2017.8.26.0000	9ª Câmara de Direito Público	14/11/2017	João Batista Morado Rebouças de Carvalho	Fazenda do Estado de São Paulo x Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A.	Pericial	Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A. ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitrais, com base no artigo 381 incisos II e III do Código de Processo Civil, para verificar se o Estado de São Paulo teria deixado de cumprir suas obrigações previstas no Contrato de Concessão.
1004160-81.2019.8.26.0100	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial	11/12/2019	Gilson Delgado Miranda	Lutera Participações Ltda. x Hortus Comércio de Alimentos S.A.	Documental	Lutera Participações Ltda. ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitrais, com base no artigo 381 inciso III do Código de Processo Civil, para verificar se a Hortus Comércio de Alimentos Ltda. teria injustificadamente diluído sua participação societária.
1045314-43.2018.8.26.0576	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial	12/09/2019	Gilson Delgado Miranda	Zanetti Franchising Ltda. x Paula Araújo Miranda e Alancides de Oliveira Souza	Pericial	Zanetti Franchising Ltda. ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitrais, com base no artigo 381 inciso I do Código de Processo Civil, para verificar se Paula Araújo Miranda e Alancides de Oliveira Souza teriam cometido

						faltas em relação ao uso da marca Modidela.
1093560-14.2016.8.26.0100	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial	20/04/2017	Marcelo Fortes Barbosa Filho	José de Jesus Alvares da Fonseca x Dante Prati Fávaro	Documental	José de Jesus Alvares da Fonseca ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitrais, com base no artigo 381 incisos II e III do Código de Processo Civil, requerendo que Dante Prati Fávaro apresentasse contrato de compra e venda de ações celebrado.
1027689-46.2017.8.26.0506	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial	09/05/2019	Alexandre Lazzarini	Rede 10 Distribuidora Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda. x Tiago Trevelado Albanezi	Documental	Tiago Trevelado Albanezi ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitrais, com base no artigo 381 inciso III do Código de Processo Civil, requerendo que Rede 10 Distribuidora Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda. apresentasse documentos relativos às suas quotas na sociedade e para aferir a gestão da sociedade.
1132027-62.2016.8.26.0100	34ª Câmara de Direito Privado	27/09/2017	Claudio Antonio Soares Levada	Usina Conquista do Pontal S.A. x Promac Equipamentos MS Ltda.	Documental	Promac Equipamentos MS Ltda. ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitrais, com base no artigo 381 incisos II e III do Código de Processo Civil requerendo que Usina Conquista do Pontal S.A apresentasse notas fiscais faltantes relativas ao fornecimento de equipamentos e serviços.

Fonte: Elaboração própria. Dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Dado que os casos mencionados possuem argumentos muito similares (uma vez que foram muitas vezes objeto de análise pela mesma câmara e pelos mesmos Desembargadores), eles serão agrupados de acordo com uma linha argumentativa comum. Assim, para fins deste trabalho, a análise dos casos será dividida em três principais classes: (i) aqueles que entendem que medidas probatórias autônomas não baseadas em urgência estão abarcadas pela convenção de arbitragem; (ii) aqueles que entendem que medidas probatórias autônomas não estão abarcadas pela convenção de arbitragem; e (iii) aqueles que basearam sua argumentação com base na cláusula compromissória firmada entre as partes.

3.1. MEDIDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NÃO BASEADAS NA URGÊNCIA ESTÃO ABARCADAS PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Em primeiro lugar, cinco dos julgados analisados concluíram que as medidas probatórias autônomas não baseadas na urgência estariam abarcadas pela convenção arbitral, de modo a privilegiar a vontade das partes e garantir a plena competência ao Tribunal Arbitral.

No julgamento da apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100, em que a Santa Elisa Participações S.A. ingressou com pedido de produção antecipada de provas pré-arbitral, com fundamento no artigo 381 III do Código de Processo Civil para que a Biosev S.A. disponibilizasse um estudo de *valuation* sobre o valor das ações vendidas, o TJSP afastou sua competência para analisar as questões trazidas pelas partes.

Apesar de o Relator Alexandre Lazzarini reconhecer que se trata de hipótese de produção antecipada de prova fundamentada no artigo 381 inciso III do Código de Processo Civil, que estaria fundamentada no direito autônomo à prova, que, via de regra, independeria do *periculum in mora*, entendeu que essa situação não estava abarcada nas hipóteses de cooperação entre juízes e árbitros. A seu ver, para que fosse produzida antecipadamente uma prova pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 22-A da Lei Brasileira de Arbitragem, seria necessária a comprovação da urgência no caso concreto. Apesar disso, por não verificar urgência nos pedidos da Santa Elisa Participações, o Judiciário não seria competente para produção antecipada de prova.

No mesmo caso, Fortes Barbosa, em voto convergente ao do Relator Alexandre Lazzarini, entendeu que o Judiciário não seria competente para analisar a medida em razão da litigiosidade do pedido, dado que, na forma em que foi feito, “ostenta caráter contencioso, então, sem dúvida, não se compatibiliza com a eficácia extraída de uma cláusula compromissória” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019. p. 29). Desta forma, entendeu pela não competência do Poder Judiciário para emitir medidas pré-arbitrais não urgentes.

No mesmo sentido, no julgamento do agravo de instrumento nº 2119783-88.2019.8.26.0000, em que a São Pedro Transmissora de Energia ingressou com pedido de produção antecipada de provas, com fundamento nos artigos 381 incisos II e III do Código de

Processo Civil, para apurar um suposto inadimplemento contratual por parte da GE Power Conversion, a produção antecipada de provas perante o Poder Judiciário também foi negada.

O Desembargador Tarcísio Ferreira Vianna Cotrim, assim como no julgamento do caso da Santa Elisa Participações, entendeu que a Lei Brasileira de Arbitragem não prevê nenhuma hipótese de cooperação entre juízes e árbitros no tocante a produção antecipada de prova sem o requisito da urgência, nos termos do artigo 22-A da Lei Brasileira de Arbitragem.

Ainda, Vianna Cotrim alegou que os pedidos da São Pedro Transmissora de Energia “não apenas escapam da medida cautelar como invadem a esfera de competência do tribunal arbitral acertado entre as partes” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento nº 2119783-88.2019.8.26.0000**. Relator: Vianna Cotrim. Apelante: GE Power Conversion Brasil Ltda.. Apelado: São Pedro Transmissora de Energia S.A.. Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento: 29/08/2019. p. 6), uma vez que aparentam ter o real objetivo de driblar uma cláusula compromissória para atestar que houve inadimplemento contratual e liquidar judicialmente seu suposto dano.

Por fim, em razão da complexidade da prova a ser produzida, como esse procedimento não admitiria defesa, o Desembargador também entendeu que essa situação “geraria desequilíbrio evidente entre as partes, que só é superado através da cognição exauriente e mediante o exercício do contraditório” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento nº 2119783-88.2019.8.26.0000**. Relator: Vianna Cotrim. Apelante: GE Power Conversion Brasil Ltda.. Apelado: São Pedro Transmissora de Energia S.A.. Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento: 29/08/2019. p. 6).

Além disso, no julgamento da apelação cível nº 1004160-81.2019.8.26.0100, também foi esse o entendimento que prevaleceu. Tratava-se de uma ação de produção antecipada de provas com base no artigo 381 inciso III do Código de Processo Civil, requerida pela Luteria Participações Ltda. em face da Hortus Comércio de Alimentos S.A. para apuração de eventuais inconsistências contábeis e atuariais do Grupo Marche. Apesar de o Desembargador Azuma Nishi ter proferido voto vencido no sentido de que o Judiciário teria competência para produção antecipada de provas, o Relator Desembargador Gilson Delgado Miranda e o Desembargador Fortes Barbosa entenderam de forma diversa.

Ainda que esse argumento tenha sido utilizado também nos julgados descritos acima, chama atenção que neste caso tornou-se evidente o posicionamento de que “diante da convenção de arbitragem, o Poder Judiciário não tem competência para processar pedido de

produção antecipada de provas não pautado especificamente em urgência (artigo 381, inciso I, do Código de Processo Civil)” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1004160-81.2019.8.26.0100**. Relator: Gilson Delgado Miranda. Apelante: Luteria Participações Ltda. Apelada: Hortus Comércio de Alimentos S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 11/12/2019. p. 4). Assim, uma vez que a urgência não teria sido comprovada, a produção antecipada de provas não foi concedida.

Esse mesmo argumento, entendendo ser necessária a configuração da urgência para produção antecipada de provas, foi utilizado nos últimos dois casos, ou seja, tanto na apelação cível nº 1045314-43.2018.8.26.0576, que tratava da produção antecipada de provas para averiguar ilícitos contratuais no tocante ao contrato de franquia, quanto na apelação cível nº 2143008-40.2019.8.26.0000, acerca de produção antecipada de provas para apresentação de notas fiscais faltantes para que a Usina Conquista do Pontal pudesse avaliar a necessidade de instauração de futuro procedimento arbitral, não foi concedida a produção antecipada de provas.

Verifica-se que, de forma geral, os fundamentos trazidos pelo TJSP nos casos analisados envolvem, essencialmente, o primeiro argumento teórico (*item 2.1.1*) descrito acima, em relação à excepcional intervenção do Poder Judiciário, defendido por Carolina Costa Meireles, Caio Cesar Rocha, Lilian Patrus Marques e Eduardo Damião Gonçalves, pelo qual as hipóteses de cooperação entre juízes e árbitros previstas na Lei Brasileira de Arbitragem são restritas. A partir da interpretação conjunta com o princípio *favor arbitrandum*, não se tratando de hipótese de cooperação entre juízes e árbitros expressamente prevista na Lei Brasileira de Arbitragem, não há que se falar em possibilidade de intervenção estatal quando as partes firmaram cláusula compromissória.

3.2. MEDIDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NÃO BASEADAS NA URGÊNCIA NÃO ESTÃO ABARCADAS PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Em sentido contrário, foram identificados dois votos entendendo que as medidas probatórias de urgência não estariam abarcadas na convenção de arbitragem firmada entre as partes, ambos pelo Desembargador Azuma Nishi.

O primeiro voto, proferido no julgamento da apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100, dizia respeito ao já tratado caso da empresa Santa Elisa Participações S.A.

em face da Biosev S/A. Neste, a apelante, mesmo que tenha firmado cláusula compromissória, requereu medida de urgência pré-arbitral para ter acesso a informações contábeis e de gestão da empresa que era acionista.

Apesar de os demais Desembargadores terem discutido discutindo a presença ou não do requisito da “urgência” para que fosse concedida a produção antecipada de provas, o Desembargador Azuma Nishi partiu da premissa que “a questão da urgência que autorizasse o manejo da cautelar [...] não é relevante no caso” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019. p. 22). Ainda, destacou que o Código de Processo Civil ampliou as hipóteses de produção antecipada de provas reiterando que

O caráter exclusivamente cautelar da produção antecipada de provas, transformando-a em ferramenta tendente a solução de conflitos e que permite à parte avaliar se a propositura de uma ação é realmente viável ou se a opção mais interessante para busca de reparação a direito pretensamente violado. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019. p. 23)

O Desembargador ainda analisa quatro principais pontos para atestar a competência do Poder Judiciário para produção antecipada de provas, muito semelhantes àqueles destacados no debate teórico (*vide item 2.2.*).

Primeiro, analisa a ausência de pronunciamento judicial na produção antecipada de provas. Nos termos do artigo 382, §2º do Código de Processo Civil, verifica que o juiz não analisará “a ocorrência ou inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019. p. 24). Por isso, afirma que como não haverá “vencido e vencedores e tampouco a formação de coisa julgada” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019. p. 24), não existe qualquer prejuízo prático em

admitir a produção antecipada de prova pré-arbitral, ainda que não fundada em requisitos de urgência.

Segundo, o Desembargador assevera que a produção antecipada de provas possui caráter dúplice, podendo beneficiar ambas as partes. Assim, como “quando o juiz defere a medida não é possível saber, de antemão, quem irá se beneficiar da respectiva prova” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019. p. 24), não existe qualquer prejuízo para que ela seja deferida.

Terceiro, entende também que a “prova a ser produzida de forma antecipada pode ter um escopo maior do que aquele objeto da convenção arbitral e envolver outras pessoas interessadas” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019. p. 24), reforçando assim, mais um argumento trazido pelo debate teórico para permitir a produção antecipada da prova quando ausente requisitos de urgência.

Por fim, Nishi argumenta que, pela ótica da análise econômica do direito e da eficiência processual, o Judiciário deve ser competente para produção antecipada de provas sem o requisito da urgência.⁵ Em especial no caso em questão, que se trata de um acionista minoritário, Nishi analisa que o acesso à Justiça pode se ver dificultado havendo cláusula compromissória firmada entre as partes. Por isso, entende que a produção antecipada de provas no Poder Judiciário estimula o acesso à justiça, nos termos do artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, ainda contribuindo para o estímulo de métodos alternativos de resolução de conflitos.

⁵ “Por fim, sob o prisma da análise econômica do direito e da eficiência processual norma estruturante do processo civil (art. 8º do CPC/15) a medida é fundamental para reduzir custos. Nesse sentido, não há como se negar que os elevados custos da arbitragem, se comparados com a propositura de demanda judicial, inibem ou mesmo podem inviabilizar, do ponto de vista econômico, o acesso à Justiça dos acionistas minoritários. Se tal argumento pode ser utilizado para a demanda dita principal, com mais razão seria para a produção probatória prévia ao procedimento arbitral. Assim, a possibilidade jurídica do processamento da produção antecipada de provas na via judicial contribui para garantir o direito constitucional estampado na CF/88, em seu art. 5º, XXXV, pois, certamente, a obrigatoriedade da via arbitral para a exploração jurídica da demanda de caráter não emergencial estaria impondo restrições de acesso à Justiça. Assim, para as medidas preparatórias, antes de instalada a controvérsia, descabida a exigência da via arbitral (a não ser quando aplicável o árbitro de apoio), podendo as partes se valer do Judiciário.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019. p. 24)

Poucos meses depois, Nishi proferiu outro voto divergente na apelação cível nº 004160-81.2019.8.26.0100 entendendo pela possibilidade de as partes que convencionaram a solução de conflitos perante a arbitragem ajuizarem perante o Judiciário a ação de produção antecipada de provas. Tratava-se, neste caso, de uma ação proposta pela Luteria Participações Ltda. em face da Hortus Comércio de Alimentos S.A. requerendo a produção antecipada de provas para verificar eventuais inconsistências em matéria contábil e atuarial nas demonstrações financeiras elaboradas pela administração do Grupo Marche.

Apesar de novamente ter sido voto vencido, Nishi reforçou os argumentos trazidos no caso anterior, enfatizando que existe uma controvérsia “tanto na doutrina quanto na jurisprudência” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1004160-81.2019.8.26.0100**. Relator: Gilson Delgado Miranda. Apelante: Luteria Participações Ltda. Apelada: Hortus Comércio de Alimentos S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 11/12/2019. p. 14) quanto ao assunto, porém que seu entendimento é no sentido de “ser perfeitamente possível a propositura desta demanda na justiça comum” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1004160-81.2019.8.26.0100**, Relator: Gilson Delgado Miranda. Apelante: Luteria Participações Ltda. Apelada: Hortus Comércio de Alimentos S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 11/12/2019 p. 14), pelos mesmos fundamentos.

3.3. ARGUMENTOS BASEADOS NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA FIRMADA ENTRE AS PARTES

Além disso, três julgados proferidos pelo TJSP, analisando a discussão acerca da competência para produção antecipada de provas, não adentraram no debate teórico sobre competência ou sobre o direito autônomo à prova, mas focaram na análise do próprio texto da cláusula compromissória.

Primeiro, no julgamento do agravo de instrumento nº 3001295-31.2017.8.26.0000, a Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A. instaurou um procedimento judicial para produção antecipada de provas para realizar uma perícia prévia no trecho de uma rodovia para verificar se o Estado de São Paulo teria deixado de cumprir suas obrigações contratuais. A cláusula compromissória firmada entre as partes previa disponha que:

54.12 Qualquer das Partes poderá recorrer às Varas da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo para obter(a) medida cautelar porventura necessária antes da formação do Tribunal Arbitral; ou (b) promover a execução de medida cautelar, decisão liminar ou da sentença proferida pelo Tribunal Arbitral. (BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. **Agravo de instrumento nº 3001295-31.2017.8.26.0000**. Relator: João Batista Morado Rebouças de Carvalho. Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo. Agravado: Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Data de julgamento: 07/12/2017. fls. 19 dos autos. Grifo nosso)

O Desembargador João Batista Morato Rebouças de Carvalho entendeu que uma vez que as partes previram de forma ampla o termo “medida cautelar”, não estariam dispondo exclusivamente de medidas de urgência. Desta forma, seria possível, pelo texto da cláusula compromissória firmada entre as partes, a produção antecipada de prova, mesmo que ausente a urgência.⁶

Além disso, no julgamento da apelação cível nº 1093560-14.2016.8.26.0100, o Desembargador Marcelo Fortes Barbosa Filho, analisando o texto da cláusula compromissória abaixo, entendeu que ao prever que as partes poderiam propor medidas cautelares ou de urgência perante o Poder Judiciário antes de constituído o Tribunal Arbitral, implicitamente, significaria que as partes concordaram na produção antecipada de provas perante o Judiciário sem comprovação de *periculum in mora*.⁷ Veja abaixo o texto da cláusula compromissória firmada entre as partes:

⁶ “Entretanto, razão não assiste ao Poder concedente, ora agravante, mormente porque, conquanto presente, no Contrato de Concessão Patrocinada nº SLT nº 008/2014, cláusula compromissória prevendo a formação de um Tribunal Arbitral no caso controvérsia surgida ao longo da execução do contrato, Cláusula 54, não há que se olvidar a existência, também, de previsão facultando às partes contratantes a busca do Poder Judiciário para obtenção de medida cautelar, independentemente da formação do Juizado Arbitral: 54.12 Qualquer das Partes poderá recorrer às Varas da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo para obter (a) medida cautelar porventura necessária antes da formação do Tribunal Arbitral; ou (b) promover a execução de medida cautelar, decisão liminar ou da sentença proferida pelo Tribunal Arbitral. Nesse passo a hipótese dos autos, ação de produção antecipada de provas, subsume-se precisamente à previsão contratual supra, uma vez que ainda não formado o Tribunal arbitral, não havendo que se falar, portanto, em incompetência do Juízo da causa para conhecer e julgar da ação.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento nº 3001295-31.2017.8.26.0000**. Relator: João Batista Morado Rebouças de Carvalho. Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo. Agravado: Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Data de julgamento: 07/12/2017. p. 4.)

⁷ “De fato, a Cláusula 6.1 do instrumento contratual firmado pelas partes previu, para que fossem solvidos os litígios nascidos da execução da avença, a utilização da arbitragem (fls.19), mas consta, da cláusula seguinte (Cláusula 6.2), uma ressalva específica e relevante. Ficou ressalvada, então, a possibilidade de serem postuladas, em Juízo, medidas de urgência, de natureza cautelar, eleito, para tanto, o foro da Comarca da Capital. Destarte, considerando-se que o apelante pretende a produção antecipada de prova, de natureza preparatória à instituição de procedimento arbitral, bem como o teor da mencionada Cláusula 6.2, a causa de extinção reconhecida não está, evidentemente, presente, possibilitada a produção probatória que se pretende, com caráter cautelar.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1093560-14.2016.8.26.0100**. Relator: Marcelo Fortes Barbosa Filho. Apelante: José de Jesus Alvares da Fonseca. Apelado: Dante Prati Fávaro. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 20/04/2017. p. 4.)

As controvérsias que vierem a surgir entre as partes, ou entre eles e a Companhia, a qualquer tempo, e que não possam ser solucionadas mediante acordo, serão submetidas à arbitragem, conforme adiante especificado. (...) Fica eleito o foro da comarca do Município de São Paulo, Estado de São Paulo, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja, para, se necessário, e apenas e tão somente com essa finalidade, propor medidas cautelares ou de urgência, a fim de coibir uma violação ou a continuidade de uma violação ao presente Instrumento, ou a fim de conhecer ações cujo objeto, nos termos da lei, não possa ser discutido por meio de arbitragem, além de ações que garantam a completa realização do procedimento arbitral e a execução da sentença arbitral, nos termos do disposto na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1093560-14.2016.8.26.0100**. Relator: Marcelo Fotes Barbosa Filho. Apelante: José de Jesus Alvares da Fonseca. Apelado: Dante Prati Fávaro. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 20/04/2017. fls. 18/19 dos autos)

Em sentido contrário, o Desembargador Alexandre Lazzarini, no julgamento da apelação cível nº 1027689-46.2017.8.26.0506, também analisando o texto da cláusula compromissória, acabou por entender pela não competência do Poder Judiciário para conceder medidas cautelares não urgentes. A cláusula compromissória firmada entre as partes, previa exclusivamente que: “As divergências que se verificarem entre os sócios e entre os herdeiros de um sócio falecido e os sócios remanescentes serão resolvidas mediante juízo arbitral.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1027689-46.2017.8.26.0506**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Rede 10 Distribuidora Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda. Apelado: Tiago Trevelado Albanezi. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 09/05/2019. p. 5.)

Por isso, para Lazzarini, como a cláusula compromissória firmada entre as partes não previa a hipótese de produção antecipada de provas, concluiu que:

a intervenção do Poder Judiciário só seria possível nas situações de urgência [...] para preservação de direitos e o exercício pleno do acesso à ordem jurídica, de modo a também assegurar o resultado útil do juízo arbitral a ser instaurado, em verdadeira cooperação desta jurisdição estatal para com a arbitral. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1027689-46.2017.8.26.0506**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Rede 10 Distribuidora Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda. Apelado: Tiago Trevelado Albanezi. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 09/05/2019. p. 7.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise do instituto da produção antecipada de prova pré-arbitral sem o requisito da urgência, dos argumentos teóricos e dos julgados proferidos pelo TJSP, algumas conclusões chamam a atenção e merecem ser apontadas.

Ainda que desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973 tenha existido um esforço teórico para tornar o instituto da produção antecipada de provas desvinculado do requisito do *periculum in mora* ou de um processo principal, o que foi refletido expressamente nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, resta ainda a dúvida se esse direito autônomo à prova será transplantado para a jurisdição arbitral.

Como foi explanado acima, 5 dos 8 julgados analisados pelo TJSP declararam que o Poder Judiciário não seria competente para produção antecipada de provas quando o requisito da “urgência” não estivesse presente, sem adentrar ao texto da cláusula compromissória. Para tanto, os Desembargadores entenderam que o Poder Judiciário apenas seria competente para produzir antecipadamente a prova caso comprovassem requisitos como o de *periculum in mora*, da necessidade da prova para o processo futuro e o próprio escopo da medida, mesmo sendo provas pleiteadas com fundamento nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil.

Isto é, apesar de os Desembargadores corretamente terem reconhecido que se tratava de um direito autônomo à prova, aparentemente, quando transportado para o escopo de uma demanda arbitral, essa autonomia se perdia por completo. Ausentes fundamentações que explicam o motivo pelo qual existe esse tipo de limitação em relação ao direito autônomo à prova e porque ela estaria cerceada a apenas uma esfera jurisdicional, depreende-se que o Poder Judiciário continua com um posicionamento calcado no paradigma do Código de Processo Civil de 1973, mesmo já tendo se passado mais de cinco anos da mudança do dispositivo legal.

Inclusive, as próprias noções da teoria geral de provas e do direito fundamental à prova previsto na Constituição Federal poderiam abrir margem para o Poder Judiciário reconhecer a teoria do direito autônomo à prova, compreendendo sua competência para julgar as referidas demandas, como amplamente evidenciado pelo debate teórico sobre o assunto. Contudo, pela análise dos casos julgados pelo TJSP, verifica-se que não é isso o que ocorre, na medida em que Desembargadores se atém a uma análise restritiva das hipóteses previstas na Lei Brasileira

de Arbitragem para restringir a produção antecipada de provas pré-arbitrais perante o Poder Judiciário.

Os extensos debates que permearam a introdução da arbitragem no direito brasileiro, ressaltando o princípio da competência-competência e a vedação de medidas antiarbitrais, podem ser vistos como justificativas para essa postura receosa do Poder Judiciário ao produzir antecipadamente provas com base nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil. De qualquer forma, mostra-se relevante um eventual futuro estudo e análise sobre o tema para averiguar os reais motivos para esse tipo de postura do Poder Judiciário diante de um claro paradigma processual que privilegia o direito autônomo à prova, como visto no presente trabalho.

Esse resultado também pode ser explicado pelo fato de que, em muitos casos, os pedidos de produção antecipada de provas não se limitaram à produção de uma prova singela para “viabilizar a auto composição” ou ao “prévio conhecimento dos fatos”, como previsto nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil. Pelo contrário: em diversas oportunidades, as partes pleitearam a produção probatória, trazendo de plano questões contenciosas e abarcadas pela cláusula compromissória, de modo a “driblar” a competência do tribunal arbitral para decisão sobre os conflitos trazidos pelas partes.

Outro ponto que chama atenção são os esforços dos Desembargadores do TJSP de interpretarem o texto da cláusula compromissória para autorizar ou restringir a produção antecipada de provas pré-arbitrais pelo Poder Judiciário. Ainda que Arruda Alvim e Clarissa Guedes tenham descrito alguns critérios que possam ser utilizados para identificar a real vontade das partes quanto à produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (*vide item 2.2.4*), verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não vem aplicando os mesmos critérios.

Ainda que se tratando de cláusulas compromissórias extremamente similares (como comprovado na tabela prevista no apêndice), os julgadores tendem a possuir entendimentos diversos: seja por tentar buscar a “real intenção das partes”, por aplicar o debate teórico sobre o assunto ou até por se esquivar do debate e aplicar os requisitos previstos no Código de Processo Civil de 1973. Essa situação, além de criar uma insegurança jurídica para os litigantes, acaba por colocar em dúvida qual a melhor redação para futuras cláusulas compromissórias, de modo a distanciar os argumentos teóricos descritos neste trabalho, com os argumentos práticos trazidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Diante disso, verifica-se que o Poder Judiciário ainda é relutante em admitir um amplo e irrestrito direito autônomo à prova, como previsto no Código de Processo Civil e evidenciado, de forma ampla, por diversos autores desde à vigência do Código de Processo Civil de 1973. Não existem dúvidas que os argumentos para competência para produção antecipada de provas giram em torno de dois lados (seja para autorizar o Poder Judiciário a produzir antecipadamente a prova, seja por entender que a competência seria iminentemente arbitral), contudo, o que deve-se evitar, como feito em diversas oportunidades pelo TJSP, é ignorar um atributo do sistema jurídico como um todo, para restringir a produção antecipada de provas quando firmada cláusula compromissória entre as partes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, p. 135-164, 2013.

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Coleção grandes temas do NCPC**. Direito probatório, v. 5. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 465-478.

ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

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

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

BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. v. 1. Manuscritos compilados por E. Dumont. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2119783-88.2019.8.26.0000**. Relator: Tarcisio Ferreira Viana Cotrim. Agravante: GE Power Conversion Brasil Ltda. Agravado: São Pedro Transmissora de Energia S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 29/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 3001295-31.2017.8.26.0000**. Relator: João Batista Morado Rebouças de Carvalho. Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo. Agravado: Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Data de julgamento: 07/12/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1125900-40.2018.8.26.0100**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Santa Elisa Participações S.A. Apelado: Biosev S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 21/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1045314-43.2018.8.26.0576**. Relator: Gilson Delgado Miranda. Apelante: Zanetti Franchising Ltda.

Apelado: Paula Araújo Miranda e Alancides de Oliveira Souza. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 12/09/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1004160-81.2019.8.26.0100**. Relator: Gilson Delgado Miranda. Apelante: Luteria Participações Ltda. Apelada: Hortus Comércio de Alimentos S.A. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 11/12/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1093560-14.2016.8.26.0100**. Relator: Marcelo Fotes Barbosa Filho. Apelante: José de Jesus Alvares da Fonseca. Apelado: Dante Prati Fávaro. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 20/04/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1027689-46.2017.8.26.0506**. Relator: Alexandre Lazzarini. Apelante: Rede 10 Distribuidora Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda. Apelado: Tiago Trevelado Albanezi. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de julgamento: 09/05/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1132027-62.2016.8.26.0100**. Relator: Claudio Antonio Soares Levada. Apelante: Usina Conquista do Pontal S.A. Apelado: Promac Equipamentos MS Ltda. Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento: 27/09/2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. III. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

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

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Breves notas sobre a regra da identidade física do juiz. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. São Paulo: Método, 2009.

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

FRANÇOLIN; Andréa Pitthan; DUARTE, Marco Antonio Savazzo. Produção antecipada de provas e arbitragem. **Inglês Werneck Ramos Cury Françolin Advogados**, 16 dez. 2019. Disponível em: <<http://www.iwrcf.com.br/producao-antecipada-de-provas-e-arbitragem/>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

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

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

GUILHARDI, Pedro. Medidas de urgência na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 49, n. 49, p. 67-101, abr.-jun. 2016.

LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e poder judiciário: a definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, Christian Sahb Batista; NEVES, Flávia Bittar. Medidas cautelares em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO, Maíra Rocha. **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: RT, v. 2, 2015.

MARQUES, Lilian Patrus. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e convenção de arbitragem. **Jota**, 08 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/antecipacao-da-prova-sem-o-requisito-da-urgencia-e-convencao-de-arbitragem-08072019>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.). **Aspectos fundamentais de lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 377.

MAZZOLA, Marcelo. **A cooperação e operosidade: a inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

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

MAZZOLA, Marcelo; TORRES, Rodrigo de Assis. A produção antecipada de prova no Judiciário viola a competência do árbitro?. **Migalhas**, 20 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/269294/a-producao-antecipada-de-prova-no-judiciario-viola-o-juizo-arbitral-e-a-competencia-do-arbitro>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

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

MEIRELES, Carolina Costa. Reflexões sobre produção antecipada de prova. **Revista dos Tribunais**, Bahia, v. 1.015, n. 6119, p. 277-311, mai. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**: artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

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

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p. 313-332, out. 2017.

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

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

TALAMINI, Eduardo. Comentários aos artigos 381 a 383 do Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. [site institucional]. **Consulta completa**. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 04 out. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. [site institucional]. **Dúvidas - Jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/CanaisAtendimentoRelacionamento/DuvidasFrequentes/Jurisprudencia>>. Acesso em: 03 out. 2020.

VIEIRA, Christian Garcia. **Asseguração de Prova**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

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

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

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 52-56, set. 2014.

YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao artigo 381. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

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

APÊNDICE A – SÍNTESE DAS DECISÕES ANALISADAS

Apelação Cível 1125900-40.2018.8.26.0100	
Relator	Alexandre Lazzarini
Vara	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
Data do julgamento	21/08/2019
Partes	Apelante: Santa Elisa Participações S.A. e Apelado: Biosev S.A.
Ementa	“APELAÇÃO. AÇÃO 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.”
Fatos	<p>Santa Elisa Participações S.A. é acionista minoritária (5,51% das ações) da Biosev S.A. Em 2015, a Biosev S.A. realizou seu IPO, assumindo o caráter de sociedade anônima de capital aberto. A partir de então, a relação da Santa Elisa Participações S.A. com os controladores da Biosev S.A. (Grupo LDC) foi marcada por divergências quanto à condução da sociedade. Esses questionamentos foram decorrentes de dúvidas relativas à regular gestão da empresa, na medida em que se constatou o endividamento crescente da companhia. Em razão disso, a controladora, por meio de sua subsidiária, aprovou o aumento de capital da Biosev S.A., por meio da cessão de contratos de exportação de açúcar. No âmbito da Assembleia Geral, a própria Santa Elisa Participações S.A. votou favoravelmente ao investimento, não questionou o estudo de <i>valuation</i> realizado pela Rothschild & Sons e não demonstrou interesse em exercer seu direito de preferência. Posteriormente, a Santa Elisa Participações S.A. alegou que houve inconsistências no valor fixado para emissão de novas ações, já que seus valores se mostraram excessivamente baixos, ensejando a diminuição da participação daqueles que não aderiram ao referido aporte, privilegiando os controladores. Com isso, a Santa Elisa Participações S.A. pretendeu realizar um estudo próprio sobre o valor das ações vendidas. Para realizar tal estudo próprio, ela notificou a Biosev S.A. para que disponibilizasse, de forma completa, o estudo realizado sobre a <i>valuation</i> de todos os documentos utilizados. A Biosev S.A. negou acesso a qualquer documento, alegando que a Santa Elisa Participações S.A. não possuiria direito de fiscalização da gestão. Com isso, a Santa Elisa Participações S.A. ingressou com um pedido de produção antecipada de provas pelo Judiciário pois haveria a necessidade de conhecimento de fatos para justificar ou evitar demanda judicial, nos termos do artigo 381, III do CPC. Em primeira instância, o Juízo entendeu que “para que cabível um procedimento de produção antecipada de provas prévio à arbitragem, é imprescindível a urgência. [...] Por consequência, as outras hipóteses de cabimento da produção antecipada de prova - viabilidade de autocomposição ou prévio conhecimento dos fatos - não justificam a propositura de um procedimento cautelar pré-arbitral em razão, justamente, da ausência de urgência.”. Com isso, a Santa Elisa Participações S.A. interpôs recurso de apelação.</p>
Cláusula compromissória	<p>“Submissão obrigatória à arbitragem. A Companhia, seus acionistas, Administradores e membros do Conselho Fiscal obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas neste Estatuto Social, na Lei das Sociedades por Ações, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao</p>

	<p>funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento de Listagem do Novo Mercado, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Novo Mercado.</p> <p>Medidas de urgência. Sem prejuízo da validade desta cláusula arbitral, o requerimento de medidas de urgência pelas Partes, antes de constituído o Tribunal Arbitral, deverá ser remetido ao Poder Judiciário, na forma do item 5.1.3. do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado.”</p>
Argumentos do Apelante	<p>a) Presença de urgência: o agravante alega que há urgência na produção antecipada de provas que está pleiteando.</p> <p>b) Possibilidade de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência: subsidiariamente, argumenta que é possível que sejam concedidas medidas preparatórias pré-arbitrais independente da urgência. Isso porque, nos termos do artigo 381, III do CPC, é possível que seja realizada a produção antecipada de provas preparatórias ao tribunal arbitral. Assim, argumenta que o que busca é assegurar a existência de condições mínimas para o exercício de uma eventual pretensão, ou não, perante o juízo arbitral.</p> <p>c) Ausência de pronunciamento judicial: argumenta que o juiz não se pronunciará “sobre a ocorrência ou inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”, de modo que inexistente qualquer prejuízo para qualquer uma das partes a produção antecipada de provas pré arbitrais.</p>
Argumentos da Apelada	<p>Além de alegar que inexistente urgência que fundamente a pretensão da Agravante, alega que o Poder Judiciário não é competente para analisar a demanda em razão do texto da cláusula compromissória, que excluiu questões não urgentes da competência estatal.</p>
Voto do relator Alexandre Lazzarini	<p>O Juízo reconhece que a produção antecipada de provas no caso concreto tem como justificativa, a necessidade de conhecimento de fatos para fundar ou evitar demanda judicial, baseando-se no direito autônomo à prova. Para essa hipótese, via de regra, não haveria a necessidade de comprovação de <i>periculum in mora</i> e <i>fumus boni iuris</i>. Contudo, argumenta que o Judiciário não é competente para analisar a questão por dois principais motivos:</p> <p>a) Vedação implícita pelo artigo 22-A da LBA: o Relator entende que para que seja realizada a cooperação entre juízes e árbitros, deve-se partir de uma hipótese de urgência, prevista no artigo 22-A da LBA. Assim, como não há urgência no caso, o Judiciário não possui competência para analisá-la. Desta forma, caberia ao juízo arbitral, quando constituído, resolver as questões relativas ao direito à prova, em atenção ao princípio de competência-competência.</p> <p>b) Restrição prevista na Lei das Sociedades Anônimas: o artigo 157 da LSA prevê que o processo de exibição de documentos não constitui um fim em si mesmo. Desta forma, neste caso, estaríamos diante de uma ação com caráter satisfativo, preparatório àquela de conhecimento. Não haveria, portanto, um direito autônomo à prova nessa hipótese em questão.</p>
Voto convergente de Gilson Miranda	<p>O Desembargador Gilson Miranda também reconheceu que o Tribunal Arbitral seria competente para dirimir as questões relativas ao direito autônomo à prova pelos seguintes fundamentos:</p> <p>a) Interpretação da vontade das partes: entendeu que o Estatuto da Companhia prevê, na cláusula compromissória firmada entre as partes que “antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para concessão de medida cautelar ou de urgência”. Além disso, o Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado indica que o Poder Judiciário só poderia ser instituído para as “necessárias medidas conservatórias ou reparatórias de caráter de urgência, a fim de prevenir dano iminente ou prejuízo irreparável”. Deste modo, não havendo urgência, de acordo com a vontade das partes, a competência seria arbitral para produção antecipada de provas pré-arbitrais sem o requisito da urgência.</p> <p>b) Excepcional intervenção do Poder Judiciário: o Desembargador também entendeu que a competência, neste caso, seria arbitral. Isso ocorreria pois o sistema jurídico brasileiro confere ao Poder Judiciário uma competência precária, marcada por hipóteses específicas e havendo urgência.</p>

Voto vencido de Azuma Nishi	<p>Azuma Nishi, pelo contrário, entende que o Poder Judiciário tem competência para analisar a questão. Diferentemente do Relator, ele entende que a questão da urgência não é relevante para a análise do presente caso, pelos seguintes motivos?</p> <p>a) Ausência de pronunciamento judicial na produção antecipada de prova: alega que na produção antecipada de provas, o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou inoccorrência de fatos, nem sobre suas respectivas consequências jurídicas. Assim, como não há vencidos, vencedores, ou sequer a formação de coisa julgada, a competência arbitral não estaria sendo ferida.</p> <p>b) Caráter dúplice da produção antecipada de prova: alega também que em razão do caráter dúplice da produção antecipada de prova, isto é, que não se sabe de antemão se beneficiará o requerente ou o requerido, não existe prejuízo para nenhuma das partes em sua produção.</p> <p>c) Escopo maior do que objeto da convenção arbitral: alega também que a prova produzida antecipadamente possui um escopo maior do que aquela objeto da convenção arbitral.</p> <p>d) Eficiência processual: alega também que em razão dos elevados custos da arbitragem, se comparados com a propositura de uma demanda judicial, inibem ou podem inviabilizar, em termos econômicos, o acesso à justiça ao acionista minoritário. Com isso, a produção antecipada de provas por meio judicial garantiria o direito constitucional de acesso ao judiciário.</p>
Voto convergente de Fortes Barbosa	<p>Fortes Barbosa, por outro lado, entendeu também pela competência arbitral para decidir sobre a matéria, mas também sob outros fundamentos.</p> <p>a) Caso concreto existe litigiosidade na medida: alega que no caso concreto a parte autora formulou pedido de exibição de documentos, requerendo que, caso seja negada, fosse expedida ordem de busca e apreensão ou fixada multa diária. Desta forma, Fortes Barbosa analisa que, de um ponto de vista material, esse pedido “não ostenta o conteúdo de uma produção antecipada de provas”, já que busca simplesmente uma exibição de documentos. Desta forma, como o caso de pedido de exibição de documentos ostenta um caráter contencioso, é incompatível que o Poder Judiciário analise a demanda havendo cláusula compromissória firmada entre as partes, não havendo urgência.</p>

Agravado de Instrumento 2119783-88.2019.8.26.0000	
Relator	Tarcisio Ferreira Vianna Cotrim
Vara	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
Data do julgamento	29/08/2019
Partes	Agravante: GE Power Conversion Brasil Ltda. e Agravada: São Pedro Transmissora de Energia S.A.
Ementa	<p>“Bem móvel – Contrato de fornecimento de “Sistema de Compensação Estática (SVC)” – Cláusula compromissória – Ajuizamento de ação de produção antecipada de provas – Não caracterização de medida cautelar urgente - Perícias pretendidas que ocasionariam profunda incursão nas avenças, extrapolando o espectro da medida cautelar – Necessidade de cognição exauriente e respeito ao contraditório – Falta de interesse de agir reconhecida – Extinção do feito sem julgamento de mérito (CPC, art. 485, VI) – Agravado de instrumento provido, prejudicado o agravo interno.”</p>
Fatos	<p>As partes firmaram Contrato de Fornecimento, no qual a GE Power Conversion Brasil Ltda. se comprometeu a fornecer à São Pedro Transmissora de Energia S.A. determinados equipamentos que seriam utilizados na Subestação de Energia Eliseu Martins. O Contrato de Fornecimento previa cláusula compromissória para dirimir eventuais conflitos que surgissem entre as partes. Contudo, a São Pedro Transmissora de Energia ingressou com um pedido de produção antecipada de provas, com fundamento nos artigos 381 incisos II e III do Código de Processo Civil, para apurar um suposto inadimplemento contratual, para</p>

	posteriormente liquidar o prejuízo incorrido. A produção antecipada de provas foi deferida pelo juízo da 1ª instância. Diante disso, a GE Power Conversion Brasil Ltda. interpôs agravo de instrumento.
Cláusula compromissória firmada entre as partes	“Em caso de disputa e/ou divergência relativas ao FORNECIMENTO, as PARTES concordam em submeter à controvérsia à solução por ARBITRAGEM, de acordo com o regulamento de arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, em São Paulo. A Arbitragem será conduzida no idioma português. O laudo arbitral será final e definitivo para as PARTES, podendo ser executado perante qualquer juízo competente, respeitando-se a eleição do foro descrito abaixo. 25.3 A arbitragem terá assento em São Paulo, capital e será decidida por critérios de direito apenas, sendo vedada a utilização por equidade. O painel arbitral será composto por árbitro único, o qual será eleito de acordo com o regulamento da câmara de arbitragem mencionada no item 25.2 acima. 25.4 Não obstante o disposto acima, não estará vedado às PARTES recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção de medidas cautelares, para a execução específica de obrigações contidas neste CONTRATO e para a execução da sentença de outras decisões arbitrais. Para tanto, fica, desde já, eleito o foro da Comarca de São Paulo, Capital, como competente para apreciação de tais medidas.”
Argumentos do Agravante	<p>1. Questões de mérito devem ser submetidas à arbitragem: a GE Power Conversion Brasil Ltda. alega que os pedidos de produção antecipada de prova da São Pedro são pedidos de mérito, que devem ser analisados pelo Tribunal Arbitral.</p> <p>2. O pedido não se enquadra nos incisos II e III do CPC: apesar de a São Pedro alegar que busca viabilizar a autocomposição das partes ou evitar o ajuizamento da ação, a GE Power Conversion Brasil Ltda. alega que o que as partes já enviaram diversas notificações extrajudiciais (o que demonstra a não possibilidade de autocomposição) e só busca driblar cláusula compromissória para atestar que houve inadimplemento e se seu dano for liquidado, poderá iniciar a execução específica do contrato, sem se submeter à arbitragem.</p> <p>3. Exclusão implícita pelo artigo 22-A da LBA: o artigo 22-A da LBA prevê que antes de instituída a arbitragem as partes poderão recorrer ao Judiciário para concessão de medidas cautelares ou urgentes. Desta forma, alega que como não existem previsões relativas às hipóteses dos incisos II e III do CPC, não haveria possibilidade de buscar no Judiciário em hipóteses não urgentes.</p>
Argumentos da Agravada	<p>1. Não existe decisão sobre o litígio nem sobre o direito abrangido na convenção de arbitragem: a São Pedro Transmissora de Energia S.A. alega que como a produção antecipada de prova não haverá apreciação do mérito abrangido pela cláusula compromissória, não havendo vencidos ou vencedores, tampouco formação de coisa julgada, não haveria óbices para produção antecipada de prova na arbitragem.</p> <p>2. Caráter dúplice da produção antecipada de prova: não haverá prejuízo para qualquer das partes, já que a decisão proferida poderá ser utilizada para ambas as partes.</p> <p>3. Eficiência processual: alega que a constituição do tribunal arbitral apenas para fiscalizar a produção de uma prova é medida demasiadamente onerosa, inclusive considerando que a demanda de conhecimento pode, inclusive, não ser proposta.</p> <p>4. Direito autônomo à prova: a São Pedro alega que realizando uma interpretação sistemática do CPC com a LBA, verifica-se que é possível a produção antecipada de provas sem que haja urgência.</p>
Voto do relator Tarcisio Ferreira Vianna Cotrim	<p>O Juízo reconhece que a produção antecipada de provas no caso concreto tem como justificativa, a necessidade de conhecimento de fatos para fundar ou evitar demanda judicial. Contudo, alega que o Judiciário não é competente para analisar a questão pelos seguintes motivos:</p> <p>a) Vedação implícita pelo artigo 22-A da LBA: o Relator entende que para que seja realizada a cooperação entre juízes e árbitros, deve-se partir de uma hipótese de urgência, prevista no artigo 22-A da LBA. Assim, como não há urgência no caso em questão, alega que o Judiciário não possui competência para analisá-la. Desta forma, caberia ao juízo arbitral, quando constituído, resolver as questões relativas ao direito à prova, em atenção ao princípio de competência-competência.</p> <p>b) Amplo escopo da produção antecipada de provas: o Relator alega que o pedido de</p>

	produção antecipada de prova da forma que foi feito pela São Pedro escapa do caráter da medida cautelar e invadem a esfera de competência do tribunal arbitral firmado entre as partes, já que, apesar de rotulado com fito de possível conciliação ou desnecessidade de demanda, apenas objetiva, na realidade, verificar eventuais descumprimentos contratuais para liquidar judicialmente os prejuízos.
--	--

Agravado de Instrumento 3001295-31.2017.8.26.0000	
Relator	João Batista Morato Rebouças de Carvalho
Vara	9ª Câmara de Direito Público
Data do julgamento	14/11/2017
Partes	Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo. e Agravada: Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A.
Ementa	“AGRAVO INSTRUMENTO CONTRATO DE CONCESSÃO - CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - Ação de Produção Antecipada de Provas Insurgência contra decisão que rejeitou a preliminar arguida pela Fazenda do Estado de São Paulo, acerca da incompetência do Juízo em razão da existência de cláusula contratual de constituição de Junta Técnica e Juízo De Arbitragem em casos de controvérsias MANUTENÇÃO DO DECISUM – Cláusula 54.12, do Contrato de Concessão Patrocinada nº SLT nº 008/2014, que expressamente prevê a possibilidade de qualquer das partes poderá recorrer às Varas da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo, para obter medida cautelar antes da formação do Tribunal Arbitral Rejeição da preliminar mantida Recurso improvido”
Fatos	A Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A. instaurou um procedimento judicial para produção antecipada de provas, para subsidiar suas alegações de que o Estado de São Paulo teria deixado de cumprir suas obrigações previstas no Contrato de Concessão. O Estado de São Paulo, em sua resposta, suscitou exceção de convenção de arbitragem, tendo em vista cláusula compromissória prevista no contrato de concessão. Por um período, em razão da inexistência de urgência, o procedimento foi suspenso em razão da tentativa de as partes buscarem uma solução amigável. Contudo, com a retomada do processo, a Fazenda do Estado manifestou-se acerca das questões preliminares suscitadas. Em razão disso, o Juízo <i>a quo</i> proferiu decisão afastando a preliminar de incompetência e determinou o prosseguimento do procedimento de produção antecipada de provas. Diante disso, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso de agravo de instrumento. Em seguida, a Concessionária Rodovia dos Tamoios requereu a instauração do tribunal arbitral.
Cláusula compromissória firmada entre as partes	“54.12 Qualquer das Partes poderá recorrer às Varas da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo para obter(a) medida cautelar porventura necessária antes da formação do Tribunal Arbitral; ou (b) promover a execução de medida cautelar, decisão liminar ou da sentença proferida pelo Tribunal Arbitral.”
Argumentos do Agravante	A Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a matéria não pode ser dirimida pelo Poder Judiciário, sob os seguintes fundamentos: a) <u>Exclusão implícita pelo artigo 22-A da LBA</u> : o artigo 22-A da LBA prevê que antes de instituída a arbitragem as partes poderão recorrer ao Judiciário para concessão de medidas cautelares ou urgentes. Desta forma, alega que como não existem previsões relativas às hipóteses dos incisos II e III do CPC, não haveria possibilidade de buscar no Judiciário em hipóteses não urgentes. b) <u>Impossibilidade de a parte escolher o foro para produção antecipada de prova</u> : alega que as regras sobre a produção antecipada de provas não podem ser lidas de forma a ignorar a existência de convenção de arbitragem e permitir às partes escolher produzir a prova na instância judicial.

	Desta forma, requereu a concessão de efeito suspensivo para suspensão de atos do poder judicial tendentes à produção antecipada de prova.
Argumentos da Agravada	A Agravada não se manifestou, em razão de tratar-se de um pedido de efeito suspensivo decidido sem a oitiva da contraparte.
Voto do relator João Batista Morato Rebouças de Carvalho	O TJSP negou o pedido de efeito suspensivo analisando o texto da cláusula compromissória firmada entre as partes. Isto é, como a cláusula permitia que as partes socorressem às Varas da Comarca de São Paulo antes da formação do Tribunal Arbitral para pleitearem medidas cautelares, não haveria nenhum óbice para tal produção antecipada de prova.

Apelação Cível 1004160-81.2019.8.26.0100	
Relator	Gilson Delgado Miranda
Vara	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
Data do julgamento	11/12/2019
Partes	Agravante: Lutera Participações Ltda. e Agravada: Hortus Comércio de Alimentos S.A.
Ementa	“SOCIETÁRIO. Produção antecipada de provas. Medida preparatória de arbitragem. Urgência inexistente. Competência precária e contingencial do Poder Judiciário afastada, na forma do art.22-A da Lei n. 9.307/96. Precedentes do STJ e do TJSP. Tribunal Arbitral já constituído. Falta de pressuposto de existência do processo(jurisdição). Sentença mantida. Recurso não provido.”
Fatos	A Lutera Participações Ltda. era sócia detentora de aproximadamente 15% do capital do Grupo Marche. A Hortus Comércio de Alimentos S.A. era a sociedade holding, controladora quase totalitária das demais sociedades do grupo. Desde outubro de 2016, as sociedades eram controladas pelo fundo L Catterton, por meio do veículo Magnolia Fundo de Investimento em Participações Multiestratégia, detentor de 52% do capital social da Hortus Comércio de Alimentos S.A.. O contrato de aquisição de controle do Grupo Marche pela L. Catterton foi regulado por um Contrato de Investimento que previu que alguns meses depois do fechamento do negócio haveria um reajuste nas participações detidas por cada um dos acionistas, a partir dos números indicados pelas demonstrações financeiras das sociedades. Caso o resultado fosse melhor do que aquele estimado para fins do negócio, a parcela detida pela L. Catterton seria diminuída, enquanto aquela detida pelos demais sócios seria majorada. Em 2016, os números que foram apresentados se distanciavam das estimativas adotadas quando do fechamento do negócio, o que beneficiava o novo controlador. Uma auditoria externa constatou que haveria várias inconsistências em matéria contábil e atuarial nas demonstrações financeiras. Em razão de todas as irregularidades apontadas em relação ao Grupo Marche, a Lutera Participações Ltda. requereu a propositura de ação de produção antecipada de provas para, posteriormente, ingressar com ação de responsabilidade, o que foi indeferido pelo juízo <i>a quo</i> . Contra essa decisão, a Lutera Participações Ltda. interpôs recurso de apelação.
Cláusula compromissória firmada entre as partes	“Os acionistas, Diretores e membros do Conselho de Administração da Companhia concordam com a submissão obrigatória de qualquer litígio relacionado a este estatuto social ou a titularidade das ações de emissão da Companhia à solução definitiva por arbitragem.”
Argumentos do Apelante	Para requerer a produção antecipada de provas nos termos do artigo 381 inciso III da CPC, a Lutera comprovou que os requisitos de <i>periculum in mora</i> e <i>fumus boni iuris</i> estariam presentes.

Argumentos da Apelada	A Agravada alega que a questão trazida pela Luteria está abarcada pelo compromisso arbitral, já que alega que existem hipóteses restritivas de cooperação entre juízes e árbitros, sendo elas “(i) ligadas à formação do Tribunal Arbitral (art. 7 e 13 §2º); (ii) controle e anulação de sentença arbitral (art. 33); (iii) cumprimento de sentenças arbitrais nacionais (art. 31); (iv) reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (arts. 34 e seguintes); e (v) concessão de tutelas de urgência antes de instituída a arbitragem (art. 22-A)”. Assim, como não há previsão expressa para a possibilidade de produção antecipada de prova sem o requisito de urgência, isso não seria permitido.
Voto do relator Gilson Delgado Miranda	O Desembargador Gilson Delgado Miranda reconheceu que o Poder Judiciário não é competente para apreciar o pleito de produção antecipada de provas pelos seguintes fundamentos: a) Limitação do juízo analisar questões urgentes: o Desembargador Relator analisou o fato de que diante da convenção de arbitragem firmada entre as partes, o Poder Judiciário só é competente para analisar questões urgentes. b) Excepcional intervenção do Poder Judiciário: o relator também entendeu que a competência, neste caso, seria arbitral. Isso ocorreria pois o sistema jurídico brasileiro confere ao Poder Judiciário uma competência precária, marcada por hipóteses específicas e havendo urgência. Como isso não acontece no presente caso, a competência seria exclusivamente do Poder Judiciário. c) Instituída a arbitragem no curso do procedimento: alega também que a matéria perdeu, praticamente, seu objeto, já que a arbitragem foi instituída no curso do processo. Sendo instituída a arbitragem, competem aos árbitros julgarem a demanda.
Voto convergente de Marcelo Fortes Barbosa Filho	O Desembargador Fortes Barbosa alega que há possibilidade de solicitação de uma tutela de urgência perante o Poder Judiciário mesmo sem terem sido cumpridos os requisitos da urgência, como uma forma de apoio ao sucesso efetivo da apreciação de um litígio posterior. Contudo, como não foi comprovado que as medidas pleiteadas são necessárias para resguardar a atuação arbitral futura, ainda diante da posterior instauração do tribunal arbitral, não haveria motivos para o Judiciário analisar a demanda.
Voto vencido de Azuma Nishi	O Desembargador Azuma Nishi, pelo contrário, entende que o Poder Judiciário tem competência para analisar a questão. Diferentemente do relator, ele entende que o Judiciário é competente para produção antecipada de prova pelos seguintes motivos: a) Ausência de pronunciamento judicial na produção antecipada de prova: alega que na produção antecipada de provas, o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou inoocorrência de fatos, nem sobre suas respectivas consequências jurídicas. Assim, como não há vencidos, vencedores, ou sequer a formação de coisa julgada, a competência arbitral não estaria sendo ferida. b) Caráter dúplice da produção antecipada de prova: alega também que em razão do caráter dúplice da produção antecipada de prova, isto é, que não se sabe de antemão se beneficiará o requerente ou o requerido, não existe prejuízo para nenhuma das partes em sua produção. c) Escopo maior do que objeto da convenção arbitral: alega também que a prova produzida antecipadamente possui um escopo maior do que aquela objeto da convenção arbitral. d) Eficiência processual: alega também que em razão dos elevados custos da arbitragem, se comparados com a propositura de uma demanda judicial, inibem ou podem inviabilizar, em termos econômicos, o acesso à justiça ao acionista minoritário. Com isso, a produção antecipada de provas por meio judicial garantiria o direito constitucional de acesso ao judiciário.

Apelação Cível 1045314-43.2018.8.26.0576	
Relator	Gilson Delgado Miranda
Vara	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
Data do	12/09/2019

juízo	
Partes	Agravante: Zanetti Franchising Ltda. e Agravada: Paula Araújo Miranda e Alancides de Oliveira Souza
Ementa	“FRANQUIA. Tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente. Medida preparatória de arbitragem. Urgência inexistente. Competência precária e contingencial do Poder Judiciário afastada na forma do art. 22-A da Lei n. 9.307/96. Precedentes do STJ e do TJSP. Falta de pressuposto de existência do processo (jurisdição). Sentença Mantida, por outros fundamentos. FRANQUIA. Tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente. Tutela provisória indeferida, sem emenda da petição inicial, na forma do art. 303, § 6º, do CPC. Grave nulidade procedimental. Tutela Definitiva não pleiteada. Inexistência de pedido pendente de julgamento. Falta de pressuposto de existência do processo (demanda). Sentença mantida, por outros fundamentos. Recurso não provido.”
Fatos	A Zanetti Franchising Ltda. é detentora da marca Mordidela, cabendo somente a ela o direito de comercializar o direito de uso de marca. A Zanetti Franchising Ltda. então firmou com Paula Araújo Miranda e e Alancides de Oliveira Souza contrato de franquia empresarial para implantação na cidade de Baturité/CE. Contudo, a Zanetti Franchising Ltda. alegou que Paula Araújo Miranda e e Alancides de Oliveira Souza cometeram faltas gravíssimas, ultrajando a marca Mordidela e sua boa reputação. Em razão disso, a Zanetti Franchising Ltda. ingressou com ação cautelar de obrigação de fazer, com pedido produção antecipada de provas e preceito cominatório, o qual foi indeferido pelo Juízo de primeiro grau. Em razão disso, a Zanetti Franchising Ltda. interpôs recurso de apelação.
Cláusula compromissória firmada entre as partes	“As partes elegem como foro para processamento e resolução de qualquer controvérsia, litígio ou conflito relativo à validade, assinatura, extinção, rescisão ou interpretação deste instrumento, os procedimentos de arbitragem, nos termos da Lei de Arbitragem nº 9.307/96 e, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de mediação e arbitragem da ACIRP - Associação Comercial e Industrial de Rio Preto, na cidade de São José do Rio Preto - SP.”
Argumentos do Apelante	As partes apenas discutem argumentos de mérito, sem se atentar a discussão sobre a competência para produção antecipada de provas.
Argumentos da Apelada	As partes apenas discutem argumentos de mérito, sem se atentar a discussão sobre a competência para produção antecipada de provas.
Voto do relator Gilson Delgado Miranda	O Juízo reconhece que o procedimento deve ser extinto. Alega que se trata de uma medida preparatória de arbitragem, envolvendo o pedido de tutela provisória em caráter antecedente. a) Limitação do juízo analisar questões urgentes: o relator analisa que diante da convenção de arbitragem firmada entre as partes, o Poder Judiciário só é competente para analisar questões pautadas na urgência. b) Excepcional intervenção do Poder Judiciário: o relator também entendeu que a competência, neste caso, seria arbitral. Isso ocorreria pois o sistema jurídico brasileiro confere ao Poder Judiciário uma competência precária, marcada por hipóteses específicas e havendo urgência. Como isso não acontece no presente caso, a competência seria exclusivamente do Poder Judiciário.

Apelação Cível 1093560-14.2016.8.26.0100	
Relator	Marcelo Fortes Barbosa Filho
Vara	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
Data do	20/04/2017

Julgamento	
Partes	Apelante: José de Jesus Alvares da Fonseca e Apelado: Dante Prati Fávaro.
Ementa	“Produção antecipada de prova Exibição de documentos - Extinção sem julgamento de mérito afastada Cláusula Compromissória que autoriza a adoção de medidas urgentes e preparatórias à instituição do procedimento arbitral Recurso Provido”.
Fatos	José de Jesus Alvares da Fonseca cedeu, a título gratuito, ao Dante Prati Fávaro, ações preferenciais da Heleno & Fonseca Construtécnica S.A., dissimulando uma doação. Em razão de diversos desentendimentos entre as partes, o Apelante revogou a doação, notificando o Apelado, que não compareceu nas datas agendadas para restituição das ações doadas. Após notificado da revogação da doação, o Apelado transferiu quase a totalidade de suas ações à holding ARCA Administradora de Bens. Isso foi realizado às vésperas da assembleia geral ordinária que tinha por objetivo (i) subtrair as ações que foram dadas em doação; e (ii) fraudar o impedimento de aprovar as próprias contas. Em razão disso, o Apelante requereu que o Apelado apresentasse o contrato de venda de ações firmado. Em razão da recusa, o Apelante ajuizou medida preparatória de exibição de documentos, com base nos artigos 381 incisos II e III do Código de Processo Civil. A sentença indeferiu o pedido, em razão de cláusula compromissória no instrumento de doação de ações. Em razão disso, José de Jesus Alvares da Fonseca interpôs recurso de apelação.
Cláusula compromissória firmada entre as partes	“As controvérsias que vierem a surgir entre as partes, ou entre eles e a Companhia, a qualquer tempo, e que não possam ser solucionadas mediante acordo, serão submetidas à arbitragem, conforme adiante especificado. (...) Fica eleito o foro da comarca do Município de São Paulo, Estado de São Paulo, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja, para, se necessário, e apenas e tão somente com essa finalidade, propor medidas cautelares ou de urgência, a fim de coibir uma violação ou a continuidade de uma violação ao presente Instrumento, ou a fim de conhecer ações cujo objeto, nos termos da lei, não possa ser discutido por meio de arbitragem, além de ações que garantam a completa realização do procedimento arbitral e a execução da sentença arbitral, nos termos do disposto na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”
Argumentos do Apelante	O Apelante argumenta que a cláusula compromissória celebrada prevê que medidas cautelares e preparatórias serão dirimidas perante o juízo estatal. Assim, alega que como essa demanda possui um caráter preparatório, voltada a obtenção de um documento para instruir o futuro procedimento arbitral, ela se enquadra na hipótese prevista.
Argumentos da Apelada	A Apelada alega que a questão trazida pela Apelante (sobre a revogação da alegada doação) está abrangida pela cláusula compromissória firmada entre as partes. Além disso, alega que não se trata de medida cautelar ou de urgência (que nem sequer foi levantada).
Voto do relator Marcelo Fortes Barbosa Filho	O Desembargador Marcelo Fortes Barbosa Filho analisa a possibilidade de produção antecipada de provas pelo Poder Judiciário baseando-se no texto da cláusula compromissória celebrada entre as partes. Uma vez que foi ressalvada na cláusula compromissória a possibilidade de serem postuladas medidas de urgência e preparatórias ao procedimento perante o Poder Judiciário, entendeu que seria possível que a Apelante produzisse antecipadamente a prova para criação de um ambiente adequado para instauração do procedimento arbitral.

Apelação Cível 1027689-46.2017.8.26.0506	
Relator	Alexandre Lazzarini
Vara	1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
Data do	09/05/2019

Julgamento	
Partes	Apelante: Rede 10 - Distribuidora Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda. e Apelado: Tiago Trevelato Albanezi
Ementa	“AÇÃO CAUTELAR ANTECEDENTE DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AFASTADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. HIPÓTESES ACOLHIMENTO DO PEDIDO COMO PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS DIANTE DO QUE PASSOU A PREVER O NOVO CPC. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. PRESENÇA DE INTERESSE DE AGIR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. VERBA SSUCUMBENCIAIS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DA REQUERIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.”
Fatos	Tiago Trevelato ingressou com ação cautelar antecedente de exibição de documentos, com fundamento no artigo 381, inciso III do Código de Processo Civil, requerendo que tivesse acesso à documentos de posse da Rede 10 - Distribuidora Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda., para verificar quais são suas quotas na sociedade, bem como para aferir a gestão da sociedade. O pedido foi recebido pelo juízo como obrigação de fazer calcada no dever de informação, o qual foi deferido pelo Juízo <i>a quo</i> . A Rede 10 - Distribuidora Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda., interpôs recurso de apelação, alegando que haveria cláusula compromissória firmada entre as partes, de modo que o pedido deveria ter sido indeferido.
Cláusula compromissória firmada entre as partes	“As divergências que se verificarem entre os sócios e entre os herdeiros de um sócio falecido e os sócios remanescentes serão resolvidas mediante juízo arbitral.”
Argumentos do Apelante	A Apelante alega, superficialmente, que o escopo da produção antecipada de provas está abarcado na cláusula compromissória firmada entre as partes.
Argumentos do Apelado	A Apelado alega que não se trata de argumentos de mérito, já que a simples exibição de documentos não necessariamente ensejará uma demanda principal. Alega que o direito à prova se relaciona ao fato de o Apelado ter acesso aos documentos contábeis da empresa durante o período que figurou no quadro societário.
Voto do relator Alexandre Lazzarini	O relator analisa o fato que a cláusula compromissória firmada entre as partes não prevê hipóteses de produção antecipada de provas sem o requisito de urgência. Desta forma, conclui que a “intervenção do Poder Judiciário seria possível nas situações de urgência [...] para preservação de direitos e o exercício pleno do acesso à ordem jurídica, de modo a também assegurar o resultado útil do juízo arbitral a ser instaurado, em verdadeira cooperação desta jurisdição estatal para com a arbitral”.

Apelação Cível 1132027-62.2016.8.26.0100	
Relator	Claudio Antonio Soares Levada
Vara	34ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento	27/09/2017
Partes	Apelante: Usina Conquista do Pontal S.A. e Apelado: Promac Equipamentos MS Ltda.
Ementa	“Medida cautelar de exibição de documentos ajuizada com alicerce no artigo 22-A da lei de Arbitragem. Hipótese em que se pretende tutela satisfativa. Admissibilidade.

	Desnecessidade. Dos Requisitos necessários às cautelares (“ <i>fumus</i> ” e “ <i>periculum</i> ”). Interesse processual reconhecido na hipótese do feito. Extinção da ação afastada. Apelo Provido.”
Fatos	A Usina Conquista do Pontal S.A. celebrou com a Promac Equipamentos MS Ltda. Instrumento Particular de Fornecimento de Sistema de Equipamentos para Manuseio e Transporte de Bagaço, cujo objeto consistia no fornecimento de equipamentos e serviços. A obrigação de entrega de equipamentos e serviços foi cumprida, mas a Promac Equipamentos MS Ltda. esquivou-se de apresentar algumas notas fiscais correspondentes aos serviços prestados. Por isso, a Usina Conquista do Pontal S.A. ajuizou ação cautelar para a Promac Equipamentos MS Ltda. apresentasse as notas fiscais faltantes, para que a Usina Conquista do Pontal S.A. pudesse avaliar a necessidade de instauração de futuro procedimento arbitral de eventual natureza cominatória ou indenizatória. O juízo a quo proferiu sentença indeferindo a petição inicial da Usina Conquista do Pontal S.A., uma vez que o requisito de <i>periculum in mora</i> não estaria presente. Em razão disso, a Usina Conquista do Pontal S.A. interpôs recurso de apelação.
Cláusula compromissória firmada entre as partes	“Quaisquer disputas decorrentes deste Contrato serão resolvidas por negociação e acordo amigável entre as Partes. Caso as Partes não consigam chegar a um acordo por meio de negociação amigável, no prazo de 30 (trinta) dias da apresentação da questão por uma das Partes, então a questão será resolvida em caráter definitivo, por arbitragem. [...] As Partes elegem o foro da cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, para o requerimento de medidas judiciais cautelares ou urgentes, previamente à instalação da arbitragem.”
Argumentos do Apelante	O Apelante alega que o Poder Judiciário é competente para analisar as medidas de produção antecipada de provas requeridas pelas partes, sem que seja necessária a comprovação do requisito da urgência. Isso ocorre com fundamento nos termos do artigo 381 inciso III do CPC, os quais permitem expressamente a produção antecipada de provas para que o demandante, após prévio conhecimento dos fatos, possa verificar se existem elementos suficientes que justifiquem o ajuizamento de uma ação. Além disso, o Apelante constrói seu argumento com fundamento no artigo 22-A da LBA e no texto da cláusula compromissória celebrada entre as partes. Em ambos os textos, prevê-se que o Judiciário será competente para analisar demandas “cautelares ou urgentes”, o que permitira a apreciação da medida pelo Poder Judiciário.
Argumentos do Apelado	Alega que como não há nenhum perigo de dano em relação à produção probatória, o Poder Judiciário não possui competência para analisá-la.
Voto do relator Claudio Antonio Soares Levada	O relator analisa que mesmo que a medida cautelar tenha sido ajuizada com base no artigo 22-A da LBA, não é necessário que seja comprovado o <i>fumus boni iuris</i> e o <i>periculum in mora</i> para a produção antecipada de prova. Trata-se de medida cautelar de natureza satisfativa, que pode ou não ser sucedida pela instituição da arbitragem.