

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

EDSON FRANCISCO ROCHA NETO

**DIREITO AUTÔNOMO À PROVA E A PRODUÇÃO ANTECIPADA NA
ARBITRAGEM SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA**

CURITIBA

2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

EDSON FRANCISCO ROCHA NETO

**DIREITO AUTÔNOMO À PROVA E A PRODUÇÃO ANTECIPADA NA
ARBITRAGEM SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Eduardo Talamini

CURITIBA

2020

TERMO DE APROVAÇÃO

DIREITO AUTÔNOMO À PROVA E A PRODUÇÃO ANTECIPADA NA ARBITRAGEM SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA

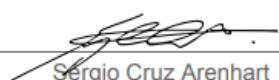
EDSON FRANCISCO ROCHA NETO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Eduardo Talamini
Orientador

Coorientador



Sérgio Cruz Arenhart

1º Membro



Thaís Amoroso Paschoal
2º Membro

AGRADECIMENTOS

Deus sempre me cercou das melhores pessoas – e é por isso que o agradecimento deve começar desta maneira. Não estaria aqui se não fossem os excelentes professores que passaram por minha vida. Agradeço, então, a todos da Escola Projeto 21 e do Colégio Marista Paranaense. E todo o aprendizado só foi possível graças à minha família, que desde cedo me transmitiu o valor do estudo. Aos meus pais, Edson Francisco Rocha Filho e Ana Paula Feijó Rocha, meu muito obrigado. Ao meu irmão, Victor Feijó Rocha, registro minha profunda admiração.

Ao concluir o curso, não poderia esquecer do abraço do professor Sérgio, de História, pouco antes da segunda fase do vestibular da UFPR, dizendo que eu seria aprovado – quando nem eu acreditava. Do carinho de sua esposa, Denise, também professora desta disciplina, ao longo de todo o ensino médio. Da atenção da professora de literatura, Mariah, e sua disposição em me ajudar, mesmo com sua agenda cheia. Das aulas e conversas com Edvan e Sérgio Vicentin, professores de filosofia e sociologia. Dos estudos no Amora Café, próximo à Santos Andrade, sempre bem recebido pelo professor Marciel (*in memoriam*). Bruno Fernandes e Rodrigo, da Projeto 21, obrigado! Enfim, sou grato a todos os mestres e grandes amigos, cujos nomes não caberiam nesta breve passagem.

Na Faculdade de Direito não foi diferente. Eduardo Talamini, Sérgio Arenhart e Rodrigo Kanayama, além de tantos outros caros professores, foram importantíssimos em minha formação. Aos amigos, sem querer deixar ninguém de lado, agradeço nas pessoas de Lucas Cabral, Lorenzo Ottobelli, Amyr Assaf, Marcus Mezzomo, Lucca Siqueira, Leonardo Jaszczerski, Gabriela Rache, Nathalia Alves e Paulo Cunha Pereira. Luciene Moraes, Regiane Sabatini, Sandro Marques e João Andrade: eu não me formaria sem vocês.

Agradeço ao Rocha Filho & Advogados Associados, onde tive o primeiro contato com a prática forense. Simone Ramos, foi uma honra aprender com você. Ana Luiza Rocha Bettega e Victor, saudade da nossa convivência. Agradeço, também, a todos da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini pelas oportunidades e pelo constante aprendizado. Paola Ábila, Rodrigo Protzek e Carlo Abdo Marinoni: as tardes foram mais leves com vocês.

Ricardo Alexandre da Silva, sua amizade e conselhos são essenciais para as minhas decisões. Além do meu pai, agradeço a outros familiares que, dentro do Direito, sempre me inspiraram e apoiaram nessa jornada: Marcel Hoffmann, Fernando Quadros da Silva, Edni de Andrade Arruda, Victor Feijó Filho, Cláudia Feijó, Kátia Feijó, Isabel Arruda Quadros e Alexandre Arruda Quadros.

Por fim, e não menos importante, agradeço à Anna Julia Fontana – mulher que torna a minha vida mais doce e me incentiva a buscar o melhor de mim.

Seja você quem for, seja qual for a posição social que você tenha na vida, a mais alta ou a mais baixa, tenha sempre como meta muita força, muita determinação e sempre faça tudo com muito amor e com muita fé em Deus, que um dia você chega lá. De alguma maneira você chega lá.

Ayrton Senna

DIREITO AUTÔNOMO À PROVA E A PRODUÇÃO ANTECIPADA NA ARBITRAGEM SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA

Edson Francisco Rocha Neto¹

RESUMO

Através de um estudo da evolução doutrinária e legislativa sobre o tema, o presente trabalho tem por objetivo definir a quem compete o processamento da produção antecipada de provas em cada uma das possibilidades envolvendo convenções arbitrais. Inicialmente, estudou-se a disciplina da produção antecipada de provas nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Na sequência, foram abordadas as sugestões doutrinárias que desencadearam a alteração legislativa do Código de Processo Civil de 2015. Ainda, foi estudado – à luz da Constituição Federal – o estágio atual dos institutos da produção antecipada de provas e da arbitragem. Por fim, estudou-se o tema sob a visão de institutos clássicos da Teoria Geral do Processo, cuja interpretação é fundamental para chegar às conclusões do problema proposto. Depois de apresentadas as premissas necessárias para a compreensão do tema, concluiu-se que a produção antecipada de provas é uma atividade jurisdicional e, portanto, a competência para seu processamento pode (e em alguns casos, como se verá, deve) ser prorrogada ao árbitro. Sem pretender esgotar o tema, este breve ensaio visa contribuir para o debate – incentivando a utilização deste instrumento importante trazido pelo Código e indicando a solução para eventuais questões que possam surgir sobre a competência relativa a ele.

Palavras-chave: Produção antecipada de provas; Arbitragem; *Discovery*; Acesso à Justiça

ABSTRACT

Through a doctrinal and legislative evolution study, this work intends to define who has jurisdiction for processing the Early Production of Evidence (Brazilian discovery) in each of the possibilities involving arbitration conventions. Firstly, it was studied the previous Brazilian Civil Procedure Codes. Secondly, it was explained the doctrinal suggestions that conducted to the legislative reform of the Civil Procedure Code of 2015. Then, it was showed the current stage of the institute from the Constitutional perspective. Finally, the institute was treated through the study of the general theory of process, which study is fundamental to the conclusions. From all the necessary premises to the comprehension of the theme, it was concluded that the Early Production of Evidence is a jurisdictional activity and, therefore, can (or must, in some cases) be delegated to the arbiter. Without any pretension of exhausting the subject, this work intends to contribute to the debate – encouraging the use of this important mechanism of the Brazilian Civil Procedure Code and showing solutions to the possible problems that may appear about its jurisdiction.

Key-words: Early production of evidence; Arbitration; *Discovery*; Access to the Justice

¹ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. RESSALVAS INICIAIS.....	8
2.1. Nomenclatura adotada	8
2.2. Fases da atividade probatória	8
2.3. Conclusão do tópico	9
3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.....	9
3.1. Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973.....	9
3.2. Críticas e sugestões doutrinárias	10
3.3. Código de Processo Civil de 2015	11
4. REGRAMENTO ATUAL	12
4.1. Natureza jurídica	12
4.2. Finalidade.....	13
4.2.1. Prévio conhecimento capaz de justificar ou evitar o ajuizamento de ações e incentivo à autocomposição.....	14
4.2.2. Pré-constituição da prova	15
4.2.3. Conclusão do tópico	16
4.3. Legitimidade.....	16
4.4. Contraditório.....	17
4.4.1. Aspectos introdutórios.....	17
4.4.2. Abordagem teórica	17
4.4.3. Conclusão do tópico	18
4.5. Competência	19
4.6. Ampliação do que pode ser antecipado	21
4.7. Estabilidade e sucumbência	23
5. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E ARBITRAGEM	23
5.1. Arbitragem e convenção arbitral.....	23
5.2. Medidas Urgentes	25
5.3. Sem o requisito da urgência	27
5.3.1. Posição doutrinária que nega a competência arbitral	27
5.3.2. Jurisdicionalidade da produção probatória.....	28
5.3.3. Competência do juízo arbitral	29
6. CONCLUSÃO	30
BIBLIOGRAFIA	32

1. INTRODUÇÃO

O conceito de prova, conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, não é encontrado apenas no campo do Direito.² Tal conceito é uma noção presente em todos os ramos da ciência, sendo uma ferramenta importante para a validação dos processos empíricos.³⁴ Enrico Tullio Liebman definia as provas como tudo que pode servir para convencer o juiz da existência de um fato, sendo este o resultado que os meios de prova visam obter.⁵ Evidentemente, sua produção deve ser realizada de maneira que o contraditório e o devido processo legal sejam assegurados, como lembra Fernando Quadros da Silva.⁶

Apesar de possuírem grande importância para a solução de litígios, as provas não são o principal escopo do processo. Adota-se, portanto, a visão de Eduardo Talamini, que indica seu caráter instrumental.⁷ Tampouco a verdade seria o fim processual – ideia pacificada na doutrina processual. Aliás, Michele Taruffo explica que a verdade absoluta não é atingível em nenhum domínio do conhecimento humano.⁸ Via de regra, a prova constitui um meio – não um fim. Através dela, aproxima-se de uma reconstrução dos fatos e se aplica o direito.

Em alguns casos, entretanto, a prova se apresenta como o foco principal do processo. O conflito em torno da prova justifica, assim, sua resolução em caráter principal – e não incidental. Nesse contexto, o ordenamento jurídico possibilita as ações probatórias e, mais recentemente, reconheceu o *direito autônomo à prova*.⁹

Os Códigos de Processo Civil anteriores exigiam a urgência para a admissibilidade da produção antecipada da prova, mas o Código atual – ao reconhecer a autonomia do direito à prova – dispensou tal requisito. Simultaneamente ao desenvolvimento doutrinário e legislativo do direito probatório, cresceu no Brasil o instituto da Arbitragem. Com isto, um dos temas mais interessantes e atuais do Direito Processual Civil e dos Meios Adequados de Solução de Litígios é a relação das provas com a Arbitragem.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 69.

³ *Ibid.*

⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, *passim*.

⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 7ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 297. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=H01DqlzAaXQC&pg=PR4&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false. Acesso em 29.11.20.

⁶ SILVA, Fernando Quadros da. O juiz e a análise da prova pericial. *Direito do Estado em debate - Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado*, v. 2018, p. 11-30, 2018. p. 13.

⁷ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 260/2016, pp. 75-101, out./2016. p. 75.

⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

⁹ TALAMINI, 2016, p. 76.

Nesta perspectiva, através de revisão bibliográfica e um estudo da evolução do direito probatório, assim como do regramento nacional da Arbitragem, buscou-se estabelecer as premissas necessárias destes institutos para chegar às conclusões sobre a quem compete o processamento da produção autônoma da prova quando existente convenção arbitral – em especial, inexistindo urgência. Sem pretender esgotar o tema neste breve ensaio, espera-se poder contribuir para a melhor utilização destas importantes ferramentas.

2. RESSALVAS INICIAIS

2.1. Nomenclatura adotada

Considerando que a atual disciplina da produção antecipada de provas prevê que, como se verá, ela independe de urgência para ser realizada – bem como de qualquer processo futuro –, o nome dado pelo Código de Processo Civil (CPC) não é de todo correto. O termo “antecipada” remete para a ideia de que haverá, obrigatoriamente, algum outro processo a seguir. No entanto, nem sempre a produção probatória estará antecipando algo. Haverá situações em que nenhuma ação será ajuizada depois da produção probatória autônoma. Assim, cumpre destacar que a premissa deste trabalho é a de que o nome mais adequado seria “produção autônoma de prova”, pois é isto que ela é: autônoma, e não necessariamente antecipada. Porém, por razões pragmáticas – e adotando a linguagem do Código de Processo Civil, optou-se por utilizar o termo legal.

Outra problematização terminológica se refere às partes do processo. Não havendo pedido ou contestação propriamente ditos, há quem acuse a impropriedade dos termos “autor e réu”. Por outro lado, chamar de “interessado” ou “requerente” poderia remeter aos procedimentos de jurisdição voluntária e, portanto, gerar confusões.¹⁰ Assim, preferiu-se chamar de “autor” e “réu” as partes das ações probatórias autônomas.

2.2. Fases da atividade probatória

Danilo Knijnik defende uma “rigorosa separação de planos (admissibilidade, valoração e fundamentação), não podendo se chegar à valoração e fundamentação sem resolver autônoma e adequadamente a fase da admissibilidade”.¹¹ Para melhor exame da atividade probatória neste ensaio, optou-se por dividi-la em quatro momentos: proposição, aceitação, produção e

¹⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da Prova Civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 88.

¹¹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

valoração. Esta atividade inicia-se pela proposição de uma prova, seguindo-se sua admissibilidade pelo julgador. Admitida a prova, o normal é que venha a fase de produção da prova e, na sequência, sua valoração, quando o julgador justifica sua decisão.

A produção antecipada dispensa a fase de valoração, que será realizada apenas em eventual processo subsequente. Neste eventual processo cuja discussão será de mérito, não há necessidade de produção daquela prova, visto que foi realizada antecipadamente. O julgador apenas verificará, novamente, e atestará o cumprimento dos requisitos formais de admissibilidade e partirá para a valoração da prova.

2.3. Conclusão do tópico

Os termos adotados no item 2.1. resultam da escolha de uma linguagem mais direta e didática para o presente trabalho.

Por fim, valendo-se da lição de Danilo Knijnik¹², constata-se a importância da correta admissibilidade da prova para a sua adequada valoração. Desta forma, uma proposição e aceitação bem realizadas na produção antecipada possibilitarão maior eficiência e celeridade na efetiva valoração da prova.

3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

3.1. Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973

O Código de Processo Civil de 1939 previa, em seu art. 250, que testemunhas poderiam ser inquiridas antecipadamente caso tivessem de se ausentar certos motivos. Vejamos:

Se qualquer testemunha tiver de ausentar-se, ou se, por motivo de idade ou moléstia grave, for de recear que ao tempo da prova já não exista, poderá, ser inquirida antecipadamente, com prévia notificação dos interessados, entregando-se o depoimento ao requerente nas quarenta e oito (48) horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender.

Pontes de Miranda, em seus comentários ao Código de Processo Civil de 1939¹³, destacou que a inquirição antecipada pressupunha motivo de idade, moléstia grave ou ausência iminente. Ainda, defendia que a inquirição prévia e heterotópica – isto é, atípica – poderia ser realizada por autor, réu ou qualquer outro interessado que quisesse fazer valer sua afirmação ou defender-se de afirmação alheia. Caso o sujeito não soubesse em qual parte figuraria, não

¹² *Ibid.*

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III (Arts. 161-272)*. 2ª ed. São Paulo: Revista Forense, 1958. Art. 250.

haveria problema. Pontes de Miranda defendia que o juiz não poderia exigir que o interessado precisasse a ação a ser proposta e nem qual a posição que figuraria em futura lide. Para a época, pode-se entender que foi uma lição vanguardista, que propunha novos contornos para a antecipação da prova. Entretanto, existia o requisito da urgência.

O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, ampliou o tratamento do tema em seu capítulo II, sobre procedimentos cautelares específicos. A seção VI era dedicada exclusivamente à produção antecipada de provas, que consistiria (i) no interrogatório da parte; (ii) na inquirição de testemunhas; e (iii) no exame pericial.¹⁴ Algumas balizas pra tal produção podiam ser identificadas em dispositivos como:

Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

(...)

Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

Manteve-se a previsão do diploma anterior e se acrescentou a possibilidade de realização de exame pericial antecipado em caso de fundado receio de dificuldade ou impossibilidade de produção probatória posterior. A partir dessa análise, restava clara a permanência de um requisito: a urgência.

3.2. Críticas e sugestões doutrinárias

Apesar de o Código de Processo Civil de 1973 apresentar a urgência como um requisito para a antecipação da produção probatória, a prática forense começou a exigir soluções diversas. Nem sempre a produção antecipada de provas derivaria da urgência. Ovídio Baptista da Silva, já na década de 1970, foi um dos primeiros a defender doutrinariamente, no Brasil, a existência de um direito autônomo à prova. Ao tratar da exibição de documentos, afirmou que poderia derivar de direito autônomo e que poderia fundamentar-se apenas no interesse em conhecer a coisa, sem vínculo de preparatoriedade que ligasse a outro processo.¹⁵ Daniel

¹⁴ Art. 846, CPC/73.

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1976, pp. 144 e 145.

Amorim Assumpção Neves¹⁶ e Flávio Luiz Yarshell¹⁷, por sua vez, foram os principais responsáveis pelo reconhecimento da desnecessidade de urgência para a produção autônoma da prova e a consequente alteração legislativa no Código de Processo Civil de 2015.

Mauro Cappelletti, em obra clássica, discorreu sobre a obtenção de provas estar ligada ao acesso à Justiça, pois permite maior eficiência na apresentação de argumentos pelas partes.¹⁸ É justamente nesta perspectiva que os professores supracitados passaram a defender a existência de um direito autônomo à prova, independente do requisito da urgência. Desta maneira, a prova passa a ser encarada como algo direcionado às partes – e não apenas ao juiz.

A doutrina, então, sugeriu – anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015 – uma mudança legislativa que permitisse uma ação probatória genérica, fundada no direito à prova e sem o requisito da urgência.¹⁹

3.3. Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015, acatando sugestões doutrinárias e positivando o que já se verificava necessário na prática forense, dispensou o requisito da urgência para a antecipação da produção probatória.

Na sistemática atual, o instituto está localizado na seção II do capítulo XII, das provas, provando uma quebra paradigmática sobre o seu tratamento normativo e uma mudança no entendimento de sua natureza jurídica (v. item 4.1). Os incisos II e III do artigo 381, CPC, pontuam duas novas razões para a antecipação de provas, quais sejam: a possibilidade dessa produção viabilizar a autocomposição ou, eventualmente, evitar ou justificar o ajuizamento de uma ação (v. item 4.2). Fica claro, com esta última previsão, que os destinatários da prova não são apenas o julgador, mas também as partes.²⁰ Não havendo necessidade de vinculação a qualquer futuro processo, a prova passa a ser reconhecida como um direito autônomo.

A Constituição Federal (CF) prevê, no artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (grifou-se). O inciso LXXXVIII do mesmo dispositivo indica que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a*

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. *passim*.

¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. *passim*.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 21 e 22.

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 359.

²⁰ LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova (?). In: DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2018, p. 504.

razoável duração processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (grifou-se). A leitura conjunta destes incisos permite a constatação de que os meios de prova e a celeridade de sua produção são direitos garantidos constitucionalmente.

Daniel Mitidiero leciona que a antecipação de tutela normalmente ocorre para a proteção de situações de direito material, mas que não se pode ignorar o direito à tutela do direito de natureza processual. Para o autor, o exemplo mais eloquente é o da antecipação da prova: “a técnica antecipatória aí protege o direito processual à prova, cuja raiz constitucional está fincada igualmente no direito ao processo justo”.²¹

José Miguel Garcia Medina explica, por sua vez, que a ação probatória autônoma tem por objeto o direito à prova – não dizendo respeito à realização futura de algum direito material, mas sim ao direito de produzir provas que poderão, eventualmente, corresponder a um ônus probatório.²²

Jorge A. Rojas, tratando do direito argentino, contribui para a compreensão do tema afirmando que não existe meramente um Estado legislativo, mas um Estado Constitucional de Direito cujas leis devem seguir o disposto constitucionalmente.²³ No mesmo sentido e na doutrina brasileira, Arthur T. Carpes defende – corretamente – que a interpretação das regras processuais deve ser pautada pelos direitos fundamentais.²⁴

Dito isso, pode-se concluir que o Código de Processo Civil de 2015, na esteira da Constituição Federal, destinou uma parte específica de sua redação para consagrar a existência de um direito autônomo à prova, extraível do direito constitucional de um processo justo.

4. REGRAMENTO ATUAL

4.1. Natureza jurídica

A produção antecipada de provas possui, no regramento atual, natureza de ação. Seu requerimento gera um processo próprio, com um direito autônomo à prova a ser tutelado jurisdicionalmente. Eduardo Talamini sintetiza que:

A produção antecipada é medida com procedimento sumário (a ponto de excluir contestação e recursos) e cognição sumária horizontal (o juiz averigua

²¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela. Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 74.

²² MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 647.

²³ ROJAS, Jorge. A. Valoración de La Prueba. In: ROJAS, Jorge. A. (coord.). *LA PRUEBA*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, pp. 605 e 606.

²⁴ CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da Prova no Novo CPC do Estático ao Dinâmico*. Curitiba: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 102.

superficialmente o pressuposto para antecipar a prova) e vertical (o juiz não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir).²⁵

Calamandrei ensinava que os procedimentos cautelares jamais possuíam um fim em si próprios, estando sempre vinculados a outro subsequente.²⁶ No regramento atual, está superada a visão de que a produção antecipada de provas se trataria de processo cautelar. Seu processamento independe da existência de urgência ou acautelamento de outra demanda.²⁷ Ainda assim, é possível a existência de seu caráter cautelar na clássica hipótese trazida, hoje, no art. 381, I, CPC – quando houver dificuldade de produção probatória posterior.

Parte da doutrina defende a ideia de que se trataria de jurisdição voluntária, por não haver necessidade de conflito em torno de sua produção.²⁸ No entanto, parece mais acertado o entendimento de que não se trata de mera jurisdição voluntária²⁹ – pois existem circunstâncias em que a produção se insere em um litígio ou, mesmo quando desvinculada de qualquer outro processo, existe a potencialidade de conflito em sua produção.

O juiz, independentemente desta discussão, atua como terceiro imparcial – substituindo-se às partes – e aplica as normas jurídicas quanto ao modo e admissibilidade das provas.³⁰

4.2. Finalidade

A produção antecipada de provas assume papel interessante desde que passou pela reformulação de seu regramento. Não mais prevista apenas para os casos de urgência, torna-se instrumento aliado das partes em situações já sugeridas, anteriormente ao Código de Processo Civil atual, por Flávio Luiz Yarshell, pautado no direito norte-americano.³¹

Conforme lembra Thais Paschoal³², a função da produção antecipada de provas, no regramento atual, parece se aproximar do *discovery* do sistema norte-americano – com a diferença de que na fase *pretrial* daquele sistema não há participação do juiz e, no Brasil, há. Acertadamente, a autora indica que a produção antecipada de provas brasileira, assim como o

²⁵ TALAMINI, 2016, p. 76.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução de Carla R. A. Bassi. Campinas: Editora Servanda, 2000, p. 41.

²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1151.

²⁸ DIDIER Jr. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 169.

²⁹ TALAMINI, 2016, p. 76.

³⁰ *Ibid.*

³¹ YARSHELL, 2009, p. 445.

³² LUNARDI, Thais A. Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018, p. 199.

discovery norte-americano, “possibilita que as partes construam suas teses de forma mais bem fundamentada; facilita soluções consensuais e, principalmente, desestimula a propositura de ações infundadas”³³.

4.2.1. Prévio conhecimento capaz de justificar ou evitar o ajuizamento de ações e incentivo à autocomposição

Além de situações em que haja fundado receio de que a prova se tornará de difícil ou impossível produção posterior, o legislador trouxe a admissão da antecipação de produção probatória para que ela possibilite prévio conhecimento dos fatos – capaz de justificar ou evitar o ajuizamento de ações.^{34 35}

Ainda, a produção antecipada de provas pode viabilizar a resolução do litígio por meios alternativos/adequados, tais como os autocompositivos.

Ambas as hipóteses trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 vão ao encontro de normas fundamentais do direito processual positivadas nos primeiros dez artigos do diploma, cujo caráter é, claramente, norteador para o que se deseja do processo civil brasileiro.

O art. 3º, § 3º, CPC, dita que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Ainda, o art. 6º, CPC, traz o princípio da cooperação, importante para a compreensão da relevância do reconhecimento de um direito autônomo à prova. Daniel Mitidiero, sobre este princípio, explica:

Isso significa desde logo encarar o diálogo como ferramenta essencial para a condução do processo, evitar o desperdício da atividade processual (...) apurar a verdade das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito e empregar as técnicas executivas adequadas para a realização dos direitos.³⁶

Vale destacar que o instituto, sendo facultativo, possui um potencial muito mais conciliador do que a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, criticada por

³³ *Ibid*, p. 201.

³⁴ Solução interessante para ser exportada ao direito processual do trabalho, por exemplo, que passou a exigir liquidação dos pedidos e prever a condenação do reclamante ao pagamento de honorários sucumbenciais.

³⁵ Nas ações de improbidade administrativa, a produção antecipada de provas poderá evitar que inocentes sejam injustamente acusados e tenham de se defender por anos até que seja sentenciado. Neste sentido: BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da Prova Civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 93.

³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

Rodrigo Ramina.³⁷ Aqui, cabe apenas demonstrar a concordância com suas críticas e registrar o entendimento de que uma faculdade das partes, como a antecipação probatória, deve ser mais eficaz enquanto estímulo aos meios autocompositivos do que regras como a do art. 334, CPC, que *exige o comparecimento das partes* a uma audiência com finalidade de *solução consensual*, sob pena de ato atentatório à dignidade da justiça – paradoxo incompreensível.

4.2.2. Pré-constituição da prova

Sem o requisito da urgência, a produção antecipada de provas passa a ser ainda mais útil para a pré-constituição de provas em procedimentos que limitam a utilização delas e permitem apenas prova documental.

Eduardo Talamini já defendia, em livro publicado em 1997, a utilização de provas pré-constituídas (inclusive por meio de produção antecipada de provas) em ações com limitação formal de admissão exclusiva de documentos escritos como comprobatórios de direito:

A limitação funcional que daí advém, todavia, é outra. Não se destina a restringir a prova exclusivamente àquela com força probante documental (como no caso da regra do art. 401 do CPC). Exige-se, isso sim, que a prova apresentada seja examinável de plano; que os elementos probatórios, enfim sejam passíveis de cognição sumária realizada no início do procedimento monitorio. (...) O ora exposto aplica-se também à prova produzida antecipadamente.³⁸

A lógica vale para as ações monitorias e mandados de segurança, por exemplo, possuindo grande utilidade. Por outro lado, isto não se aplica a casos de tarifação legal da prova, como no artigo 55, § 3º, da Lei 8.213/1991, cuja preferência pela prova escrita está fundada na concepção de sua maior idoneidade, “hipótese em que a pré-constituição da prova oral não é suficiente para torná-la admissível como início de prova escrita para comprovação de tempo de serviço para fins de aposentadoria”³⁹. A pré-constituição da prova mantém o seu valor originário – isto é, uma prova oral documentada não possui o peso de uma prova documental, mas, sim, oral.

³⁷ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade Processual. A liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 129.

³⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 199, pp. 77 e 78.

³⁹ TALAMINI, 2016, p. 79.

4.2.3. Conclusão do tópico

Héctor Eduardo Leguisamón lembra que cabe ao bom advogado analisar corretamente as provas para o seu cliente, sob pena de má atuação profissional.⁴⁰ A produção antecipada se apresenta como excelente ferramenta para tanto.

Conforme exposto, conclui-se que a produção antecipada de provas é instrumento cuja finalidade valoriza a razoável duração do processo, a tutela adequada de direitos e, ainda, incentiva a autocomposição.

4.3. Legitimidade

O art. 381, CPC, ampliou as hipóteses de verificação de interesse processual para o requerimento de produção antecipada de prova – não mais trazendo uma exposição estanque dos casos que ensejam a antecipação e delineando as situações, já mencionadas, em que a considera cabível.⁴¹

Conforme lição de Júlio Cesar Goulart Lanes, o direito a prova deve ser irrestrito, não podendo o juiz indeferir produção de provas, como vinha entendendo o Superior Tribunal de Justiça, salvo quando se tratar de diligência inútil ou protelatória – que deverá ser rejeitada em decisão fundamentada.⁴²

Dessa forma, possui *legitimidade ativa* todo sujeito que justifique a utilidade da produção da prova nas hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 381, CPC. A posição que o sujeito (autor, réu ou terceiro) se encontraria em processo superveniente é irrelevante, possuindo legitimidade ativa para a produção antecipada desde que seja útil para eventual pretensão ou resistência.⁴³

Quanto ao *polo passivo*, é importante incluir como réu todos os sujeitos contra quem a prova produzida possa a vir ser utilizada. Sem a presença do legitimado passivo, a prova não possui – via de regra – nenhum valor. Assim, Eduardo Talamini destaca que o reconhecimento de um direito autônomo à prova deve ser reconhecido junto ao seu aspecto intersubjetivo.⁴⁴

⁴⁰ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. Prueba y proceso. In: ROJAS, Jorge. A. (coord.). *LA PRUEBA*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, p. 805.

⁴¹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1.100 e 1.101.

⁴² LANES, *op. cit.*

⁴³ TALAMINI, 2016, p. 83.

⁴⁴ *Ibid.*

4.4. Contraditório

4.4.1. Aspectos introdutórios

A Constituição Federal garante aos litigantes, em processos judiciais e administrativos, o contraditório e a ampla defesa, bem como os recursos inerentes a ela, conforme disposição do art. 5º, LV. Não deveria ser diferente para a produção antecipada de provas.

Entretanto, o art. 382, §4º, do Código de Processo Civil, dispõe que “*neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso*, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção de prova pleiteada pelo requerente originário” (grifou-se).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁴⁵ sustentam ser o nome “produção antecipada” inadequado, pois se trataria de procedimento de mera assecuração da prova.⁴⁶ A efetiva produção da prova seria realizada, então, apenas em eventual e futuro processo judicial, em que ela seria requerida e possivelmente admitida. Desta forma, interpretam pela impossibilidade de oportunização de defesa dos interessados neste procedimento⁴⁷.

Numa primeira visão, o dispositivo parece tentar limitar o caráter do instituto a mero procedimento de jurisdição voluntária e impedir qualquer forma de defesa dentro dele. Neste ponto, o Código de Processo Civil foi, realmente, infeliz. Como adverte Flávio Luiz Yarshell, tal disposição não está em consonância com toda a sistemática disciplinada em lei.⁴⁸

4.4.2. Abordagem teórica

Tradicionalmente, compreende-se o conceito de processo – conforme defendeu Elio Fazzalari⁴⁹ e importou para o Brasil Aroldo Plínio Gonçalves⁵⁰ – como um procedimento qualificado pelo contraditório daqueles cuja esfera jurídica poderá ser atingida. A litigiosidade faz surgir a necessidade do contraditório⁵¹ e isto é reflexo da concepção democrática que incide sobre o processo⁵². Não se pode ignorar a litigiosidade em potencial na antecipação das provas.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 381 ao 484. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pp. 36-51.

⁴⁶ Ovídio Baptista da Silva defendia tese parecida, indicando que a prova ainda não era produzida – visto que poderia sequer ser admitida em processo futuro. (*apud* GONÇALVES, Tiago Figueiredo et al. *A ação de 'produção antecipada de provas' com finalidade não cautelar e a facilitação do acesso à justiça ao empregado*. Formiga: Revista do Curso Direito da UNIFOR-MG, v. 11, p. 1-21, jan/jun 2020. p. 2).

⁴⁷ Na sequência, veremos que a discordância é predominantemente terminológica.

⁴⁸ YARSHELL, 2016, p. 1.165.

⁴⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118.

⁵⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. O contraditório no processo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPMG*, Belo Horizonte, n. 61, pp. 587-595, jul./dez. 2012.

⁵¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 436.

⁵² GONÇALVES, *op. cit.*, p. 590.

Conseqüentemente, devem existir mecanismos de defesa para os interessados na produção delas. Assim o é na prova produzida no curso do processo – e não poderia ser diferente na produção antecipada. Portanto, não parece absolutamente correta a premissa da análise feita por aqueles que defendem a impossibilidade de apresentação de defesa dentro deste processo (que não é mero procedimento, na medida em que pode – ao fim e ao cabo – atingir a esfera jurídica alheia e, portanto, nestas situações exige a presença dos interessados para a constatação da regularidade da prova).

Marcelo José Magalhães Bonizzi lembra que nosso sistema de antecipação probatória possui amparo no sistema norte-americano e que as provas podem ser *produzidas e avaliadas* pelas partes antes do início do processo judicial convencional, “inclusive no que diz respeito à análise do juiz quanto à boa-fé dessas partes, que passa a ser mensurável mesmo antes do início [do] processo, agora através da produção antecipada ora em estudo”.⁵³ Nesses termos, quem faz uso da produção antecipada de provas já se desincumbe de seu ônus, fazendo com que caiba à outra parte produzir provas em sentido contrário. Nada pode sugerir que o autor da produção antecipada tenha de produzir novamente as provas realizadas antes do processo, sob pena de inutilizar esta fase pré-processual.⁵⁴ Diante disto, é inconcebível limitar as ferramentas processuais e impedir toda e qualquer defesa.

4.4.3. Conclusão do tópico

As provas realizadas em contraditório evitam, na maioria das vezes, a repetição delas em juízo posterior. E conforme dito, mesmo a produção antecipada instaurada apenas para viabilizar a autocomposição possui, ao menos potencialmente, um caráter contencioso. Assim, a interpretação conforme a Constituição permite compreender que a limitação defensiva diz respeito apenas à previsão do art. 382, §2º, CPC: “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.

Quanto aos defeitos processuais (como admissibilidade e validade da prova, bem como os pressupostos da antecipação), caberá, certamente, defesa – tanto é que o magistrado pode conhecer de ofício tais matérias. Nesta linha, Eduardo Talamini compreende a suposta proibição como a ausência de uma via específica para formulação de contestação e o não cabimento de discussão sobre o mérito que a prova poderá servir futuramente.⁵⁵

⁵³ BONIZZI, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁵ TALAMINI, 2016, p. 86.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart indicam que a única impugnação admissível diz respeito à colheita de prova propriamente dita: em eventuais indeferimentos parciais ou totais.⁵⁶ Na sequência, explicam que o art. 382, § 4º diz menos do que deveria – ao limitar a impugnação ou recurso, nesses termos, ao indeferimento total de prova pretendida pelo requerente originário –, pois se todos os interessados podem requerer a produção antecipada, seria inútil e arbitrário permitir que apenas o requerente originário pudesse impugnar eventuais indeferimentos, desde que totais.⁵⁷ Percebe-se, então, que alguma forma de contraditório, ao menos, deve ser respeitada.

Por fim, a melhor interpretação a ser dada ao art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil, é a de que cabe impugnação *por todos os interessados* nas matérias listadas neste capítulo, incluindo o cabimento de recurso no *indeferimento parcial*. No caso de indeferimento total, em ato que extinga a produção antecipada, caberá apelação. Agora, da leitura do art. 1.015, I e VI⁵⁸, c/c art. 382, § 4º, CPC, conclui-se que caberá agravo de instrumento da decisão que indeferir parcialmente a produção antecipada⁵⁹. Não é este, porém, o entendimento de Eduardo Talamini, para quem a recorribilidade é limitada e caberia mandado de segurança contra as decisões que violem direito líquido e certo de qualquer uma das partes.⁶⁰

4.5. Competência

Nos termos do art. 381, § 2º, do Código de Processo Civil, a produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta será produzida ou do foro de domicílio do réu. A primeira parte adotou o critério territorial funcional, enquanto a segundo optou pelo critério territorial puro.

De acordo com Flávio Yarshell⁶¹, a escolha legislativa foi infeliz ao colocar em pé de igualdade regras baseadas em critérios diferentes, defendendo como prioritária a competência funcional, isto é, do local da prova. A premissa de que seria benéfica a produção da prova no órgão jurisdicional mais próximo das fontes da prova é, realmente, mais correta – sendo fator de racionalidade e economia. Entretanto, como lembra Eduardo Talamini, a regra da

⁵⁶ MARINONI e ARENHART, 2017, p. 51.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias; (...)

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

⁵⁹ Com a mitigação da taxatividade do rol do artigo 1.015, do CPC – e independentemente de juízo de valor sobre tal tese –, passa a ser ainda mais sustentável o cabimento deste recurso nesta hipótese.

⁶⁰ TALAMINI, 2016, p. 88

⁶¹ YARHSELL, 2016, p. 1152.

competência alternativa no foro do réu é – apesar de infeliz – constitucional, não podendo ser de todo afastada.⁶²

O parâmetro proposto por Fredie Didier Jr. é interessante, colocando os princípios da competência adequada e da boa-fé processual como balizas para a escolha do juízo competente.⁶³ Como lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, não há sentido em instaurar a medida em uma cidade para deprecar a oitiva de testemunha para outro local, na hipótese de ação com esta finalidade.⁶⁴ Assim, o foro do domicílio do réu é preferível quando se busca a produção antecipada para depoimento da parte.⁶⁵ Porém, pelo que se traduz da sistemática legal, nada impede que o foro do réu seja escolhido em outras hipóteses menos eficientes.

O art. 381, § 3º é claro ao ditar que a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para ações que venham a ser propostas, reforçando o caráter autônomo do direito à prova.

Ainda, a natureza das partes e da matéria discutida é relevante para a definição da competência funcional.⁶⁶ Se a produção se refere a potencial conflito trabalhista, a competência é da Justiça do Trabalho. Em antecipações de prova envolvendo a União, autarquias ou empresas públicas federais, a competência é da Justiça Federal. Tal entendimento é extraível dos artigos 114 e 109, I, da Constituição Federal, respectivamente.⁶⁷

Por fim, o art. 381, § 4º diz que compete ao juízo estadual a produção antecipada envolvendo a União, autarquias e empresas públicas federais quando não houver vara federal na localidade. Ocorre que, como bem lembrou Leonardo Carneiro da Cunha⁶⁸, a emenda constitucional n.º 103/2019 alterou a redação do art. 109, § 3º, da Constituição Federal para dispor que:

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

⁶² TALAMINI, 2016, p. 82.

⁶³ DIDIER JR *et al*, *op. cit.*, pp. 175-176.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 270-271. *apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 176.

⁶⁵ DIDIER JR. *et al*, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁶ TALAMINI, 2016, p. 82.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Revogação Parcial do § 4º do artigo 381 do CPC e competência de juízos estaduais*. Disponível em: [https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/publicacoes/revogacao-parcial-do-%C2%A74o-do-artigo-381-do-cpc-e-competencia-de-juizos-estaduais/#:~:text=77\).de%20previd%C3%Aancia%20social%20e%20segurado](https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/publicacoes/revogacao-parcial-do-%C2%A74o-do-artigo-381-do-cpc-e-competencia-de-juizos-estaduais/#:~:text=77).de%20previd%C3%Aancia%20social%20e%20segurado). Acesso em 21.11.20.

Portanto, as leis podem apenas delegar competência federal para a justiça estadual nas causas que envolvam instituição de previdência social e segurado. Conclui-se que isto também vale para a produção antecipada de provas.

4.6. Ampliação do que pode ser antecipado

O Código de Processo Civil de 1973 permitia, como se viu, apenas a antecipação do interrogatório, da inquirição de testemunha e da prova pericial – sempre limitado pelo requisito da urgência. O Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses de antecipação não apenas ao que se refere ao requisito da urgência, mas também ao que pode ser objeto de produção antecipada. Agora, todos os meios de prova podem ser antecipados.^{69 70} Inclusive, as regras da produção antecipada de prova aplicam-se ao procedimento de arrolamento de bens e justificação.⁷¹

O artigo 381, § 1º, do Código de Processo Civil, prevê que “o arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão”. Caso se pretenda medida que vá além da identificação e documentação dos bens – que afetem a disponibilidade deles – o instrumento adequado é regulado pelo artigo 301, do Código de Processo Civil, que trata da tutela provisória de natureza cautelar.⁷²

Além disso, o artigo 381, § 5º, do CPC indica a aplicação do disposto na seção da produção antecipada de provas “àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”. Nesta ação, lógica e igualmente às outras, não haverá valoração. No entanto, o caráter de jurisdição voluntária se limita às hipóteses de fins comprobatórios não litigiosos – como para a comprovação da morte de alguém que estava no local de uma catástrofe, com fins registrais.⁷³ Havendo potencialidade de litígio, assim como nos outros casos, compreende-se que a natureza é contenciosa.

Importante destacar que a ação de produção antecipada de provas só pode ser ajuizada se não há processo relativo ao potencial litígio em curso. Na eventualidade de já existir processo em curso, o que ocorre é a alteração da ordem probatória. Nos termos do art. 139, VI, do CPC:

⁶⁹ AMARAL, Paulo Osternack. *Produção antecipada de prova no novo CPC*. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/226528/producao-antecipada-de-prova-no-novo-cpc>. Acesso em 26.11.20.

⁷⁰ TALAMINI, *op. cit.*, p. 78.

⁷¹ GAIO JR., Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. rev. e amp. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 415.

⁷² TALAMINI, 2016, p. 78.

⁷³ *Ibid.*

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e *alterar a ordem de produção dos meios de prova*, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; (grifou-se)

Assim, percebe-se que é lícita a alteração da ordem dos atos processuais. O cenário do caso concreto pode exigir a antecipação da produção de provas dentro do processo em curso. Conforme lição de Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier⁷⁴:

Essa regra destina-se a dar ao procedimento maior plasticidade, amoldando-o às peculiaridades do conflito. Por exemplo, as circunstâncias concretas podem justificar que, antes de realizar a prova pericial, ouçam-se as testemunhas, pois o depoimento delas tende a fornecer parâmetros relevantes para a perícia. Ou, então, pode ser necessário o adiantamento de uma prova, no curso procedimental, diante do risco da impossibilidade de sua produção posterior (p. ex., a testemunha está muito doente e pode não sobreviver até a data da audiência).

A alteração pode se dar de ofício ou a requerimento das partes. Para tanto, as balizas trazidas pelos autores são as seguintes⁷⁵:

- i) O magistrado deve submeter a questão previamente às partes, por decorrência do artigo 5º, LV, da Constituição Federal;
- ii) A alteração da ordem probatória não pode gerar restrições ao direito de produção das provas;
- iii) A decisão de deferimento ou indeferimento da alteração da ordem probatória deve ser fundamentada, como ditam genericamente os artigos 11, do Código de Processo Civil e 93, IX, da Constituição Federal.

Por fim, é relevante destacar que esta alteração da ordem probatória pode decorrer de negócio jurídico celebrado entre as partes, chancelado pelo juiz, como permitem os artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 256.

⁷⁵ *Ibid.*

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Tais alterações, decorrentes de convenções processuais, são razão de economia processual através da celeridade de tramitação e redução de custos. É o grande benefício destacado por Antônio do Passo Cabral quanto aos negócios jurídicos processuais.⁷⁶

4.7. Estabilidade e sucumbência

Uma vez produzida a prova antecipadamente, a medida não poderá ser novamente requerida. Por outro lado, em caso de indeferimento da antecipação, nada impede a propositura de nova demanda, visto que a cognição do pronunciamento denegatório é sumária.⁷⁷

Quanto às verbas sucumbenciais, Flávio Yarshell defende que devem ser sempre divididas entre as partes, dado o caráter bilateral da medida.⁷⁸ Porém, no presente trabalho, adota-se o entendimento de Eduardo Talamini, para quem as despesas devem ser arcadas (i) pelo réu sucumbente que resistiu à antecipação, na extensão do desnecessário procedimento realizado por força de sua alegação infundada; (ii) pelo autor, se o réu for vitorioso em sua resistência; e (iii) ao final, por aquele que for vitorioso em eventual pretensão principal.⁷⁹ Isto deve incluir os honorários advocatícios.

5. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E ARBITRAGEM

5.1. Arbitragem e convenção arbitral

A Lei de Arbitragem (n.º 9.307/1996) não conceitua objetivamente o que é a arbitragem, de forma que tal tarefa foi deixada para a doutrina. Na definição de Carlos Alberto Carmona⁸⁰, a arbitragem “é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção e sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial”.

⁷⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 202 e 203.

⁷⁷ TALAMINI, 2016, p. 89.

⁷⁸ YARSHELL, 2016, p. 1167.

⁷⁹ TALAMINI, 2016, p. 88.

⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 15.

A autonomia privada é elemento fundamental de sua definição. Não existe, no Brasil, nenhuma arbitragem genuinamente obrigatória.⁸¹ Portanto, a arbitragem decorre da liberdade individual e possui proteção constitucional extraível do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal. A autonomia privada se expressa na assinatura da *convenção arbitral*, gênero que comporta duas espécies. A *cláusula compromissória* é convenção realizada previamente ao surgimento de qualquer litígio. No caso de convenção após o surgimento de algum conflito, dá-se o nome de *compromisso arbitral*. A distinção, portanto, é temporal.⁸²

Na hipótese de compromisso arbitral – ou seja, firmado após o surgimento de conflito entre as partes –, pouco interessa em matéria de antecipação probatória. O conflito já existiria e, no máximo, as partes poderiam requerer a produção imediata das provas em um tribunal arbitral constituído. A problemática pode surgir no caso de cláusulas compromissórias – firmadas, portanto, antes do surgimento de conflitos – que não prevejam a competência para a ações probatórias autônomas.

Marcos Bernardes de Mello conceitua que “negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade”.⁸³ Percebe-se que tal conceito engloba as convenções arbitrais.

Enquanto negócio jurídico por meio do qual há renúncia de direito (de acessar a jurisdição estatal), não devem ser amplamente permitidas interpretações extensivas da convenção de arbitragem.⁸⁴ Por sua vez, o art. 113, do Código Civil, prevê que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Assim, os ditames da boa-fé devem ser respeitados para a interpretação dos limites da convenção arbitral.

A partir desta perspectiva, Carolina Costa Meirelles sugere uma diretiva neste sentido para os casos de omissão nas convenções arbitrais quanto às ações probatórias: “é necessário (...) interpretar a convenção de arbitragem de acordo com os ditames da boa-fé, buscar a real intenção das partes e, ainda, respeitar os limites interpretativos dos negócios que implicam renúncia, de acordo com os arts. 112 a 114 do Código Civil”.⁸⁵

⁸¹ FICHTBER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 33.

⁸² SANTOS JR., Clodoaldo Moreira dos; COSTA, Tiago Magalhães. *Convenção arbitral e sua importância na pandemia de covid-19*. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325873/convencao-arbitral-e-sua-importancia-na-pandemia-de-covid-19>. Acesso em 22.11.20.

⁸³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

⁸⁴ MEIRELES, Carolina Costa. *Produção antecipada de provas e arbitragem: uma análise sobre competência*. São Paulo: Revista de Processo, vol. 303, p. 451-478, Maio/2020, p. 455.

⁸⁵ *Ibid.*

Veremos que as soluções serão diferentes a depender de um requisito da antecipação probatória: a urgência. Havendo urgência, a doutrina já consolidou um entendimento (v. item 5.2). No entanto, se não houver urgência, ainda há discussões importantes (v. item 5.3).

5.2. Medidas Urgentes

O conceito clássico da produção antecipada de provas é aquele em que ela assume papel de tutela cautelar. Como se viu, sua concessão – até o Código de Processo Civil de 2015 – pressupunha urgência.⁸⁶

A antecipação fundada em urgência ainda existe e está prevista no artigo 381, inciso I, do diploma atual. Vejamos:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

De acordo com a doutrina, são exemplos comuns na prática arbitral: (i) a verificação da qualidade dos produtos antes de serem vendidos ou perecerem; (ii) a oitiva de testemunha importante em grave estado de saúde ou em estado terminal; (iii) a análise de resultados financeiros e levantamento de documentos contábeis que precisam ser preservados; e (iv) a verificação do estado de determinada obra ou construção.⁸⁷

No caso de existência de convenção arbitral referente ao potencial litígio, resta saber se houve especificação de competência para eventual produção antecipada de prova e se o tribunal arbitral já foi instaurado. Combinando estas duas informações, matematicamente, temos quatro hipóteses para resolver. Resta saber, portanto, o que ocorre se:

- i) O tribunal está constituído e a cláusula prevê a competência arbitral para antecipação de provas;
- ii) O tribunal está constituído e a cláusula não prevê a competência arbitral para antecipação de provas;
- iii) O tribunal não está constituído e a cláusula prevê a competência arbitral para antecipação de provas;
- iv) O tribunal não está constituído e a cláusula não prevê a competência arbitral para antecipação de provas.

⁸⁶ AMARAL, 2015.

⁸⁷ CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência no processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63

O artigo 19 da Lei de Arbitragem dita que “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

Na *primeira hipótese*, não deve haver nenhuma controvérsia. Se a cláusula é expressa ao prever a competência arbitral para processamento de medidas probatórias autônomas e o tribunal está instaurado, não existe qualquer razão para assim não o fazerem. O art. 22-C, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, prevê que estando “instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”.

Tratando-se de urgência para a produção probatória com uma arbitragem instaurada, o procedimento pode ser modelado de acordo com o caso concreto. Não seria hipótese de medida probatória autônoma, mas sim de readaptação da ordem dos atos processuais. A plasticidade procedimental permite isto – afinal, a arbitragem é regida pelo princípio da informalidade⁸⁸, que possibilita um processo mais célere e econômico. De qualquer maneira, esta alteração da ordem da produção probatória já é permitida, também, nos processos judiciais, nos termos do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil.⁸⁹

Na *segunda hipótese*, temos um falso problema. É irrelevante as partes terem ou não convencionado sobre a competência para a medida antecipatória de prova. Se o tribunal foi constituído, o árbitro é quem terá poder para as medidas acautelatórias. O procedimento será o mesmo da primeira hipótese – ou seja, não haverá propriamente uma ação de produção antecipada de provas, mas a ordem dos atos processuais será readequada.

Na *terceira hipótese*, podem existir dois desfechos. Em tese, o mais correto seria instaurar, então, o tribunal arbitral. Existe a figura do árbitro de emergência, que pode ser acionado.⁹⁰ Ocorre que, devido à urgência, a parte interessada poderia acabar ajuizando a ação de produção antecipada de provas na justiça estatal – o que deve ser impugnado pelo réu que quiser cumprir o pactuado na cláusula, nos termos do artigo 337, inciso X, do Código de Processo Civil. Pela inteligência do § 6º do referido artigo, no entanto, tem-se que “a ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”. Ambas as posturas, portanto, seriam legítimas.

⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei 9.307/96*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 83.

⁸⁹ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 168.

⁹⁰ MEIRELES, *op. cit.* p. 453.

Na *quarta hipótese*, por fim, o contexto de não previsão de competência específica e a urgência eminente para a produção antecipada da prova faz com que a ideia do acionamento da justiça estatal pareça mais adequada. O artigo 22-A da Lei de Arbitragem permite isto: “antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”. Portanto, o presente trabalho adota o entendimento de que compete ao judiciário processar tais medidas – seja pelos custos de constituir um tribunal arbitral apenas para produção de provas, seja pela eventual mora até a sua constituição. Neste caso específico, é possível que o acionamento do Poder Judiciário seja mais eficaz. Tal conclusão vai ao encontro da doutrina majoritária⁹¹ (para não arriscar dizer absoluta) e já era aceito jurisprudencialmente antes mesmo da alteração legislativa que incluiu o artigo 22-A da Lei de Arbitragem (STJ, 3ª Turma, REsp 1.297.974/R, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 12.06.12, DJe 19.06.12).

5.3. Sem o requisito da urgência

Outra situação, mais complexa, é aquela que envolva a necessidade de uma produção autônoma da prova, não urgente, em torno de um objeto cujo contrato contenha convenção arbitral, mas não especifique a competência para eventual produção antecipada.

5.3.1. Posição doutrinária que nega a competência arbitral

Parte da doutrina indica a falta de um caráter litigioso na produção antecipada de provas, defendendo a ausência de função de pacificação social da medida – o que descaracterizaria o seu papel jurisdicional.⁹² Com isto, levaria à conclusão de que:

Não se tratando de ação que demande prestação jurisdicional, entendemos possível defender que a existência de cláusula compromissória não desloca para os árbitros a competência para decidir acerca de uma possível ação autônoma de produção de provas.⁹³

⁹¹ DIDIER, *op. cit.*, p. 177.

MEIRELES, *op. cit.*, p. 453.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *Produção Antecipada de prova sem requisito da urgência no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod_resource/content/0/ROSSONI%2C%20Igor%20-%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%Aancia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf. Acesso em 27.11.20.

TALAMINI, 2016, p. 79.

⁹² ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. *Produção antecipada de prova em arbitragem e jurisdição*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 59, p. 195-211, 2018, p. 202.

⁹³ *Ibid.*, p. 203.

Outro argumento que afastaria a competência arbitral para a produção antecipada de prova seria o de que o juiz não se pronuncia sobre as consequências jurídicas do objeto da prova.⁹⁴ Com esta premissa – de que não há resolução de controvérsias propriamente ditas – o processamento da ação de produção antecipada de provas no juízo estatal não feriria a competência do juízo arbitral.

Entretanto, os mesmos autores que assim defendem reconhecem que existem argumentos para o entendimento de que a ação autônoma de produção de provas requeira prestação jurisdicional.⁹⁵ No estágio atual da doutrina, deveria ser indiscutível a autonomia processual em face ao direito material.

5.3.2. Jurisdicionalidade da produção probatória

Em definição clássica da doutrina brasileira, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos Cintra trazem uma tríplice conceituação para definir jurisdição. Para os autores, a jurisdição seria, ao mesmo tempo, poder, função e atividade:

Como *poder*, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões.

Como *função*, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo.

E como *atividade* ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.⁹⁶

Posteriormente, Ada Pellegrini Grinover passou a incluir a justiça arbitral e a justiça consensual no conceito de jurisdição. Para tanto, superou o conceito clássico e passou a defender que jurisdição não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia – sendo seu principal indicador a garantia de acesso à Justiça, seja ela estatal ou não.⁹⁷

Independentemente disto, Marcelo Barbi Gonçalves defende que a jurisdição deve ser teorizada a partir das necessidades de tutela do indivíduo, pois o homem é a razão de existência do Estado.⁹⁸ Tendo isto em vista, torna-se difícil não compreender uma ação autônoma de prova como atividade jurisdicional.

⁹⁴ MAZZOLA, Marcelo. *Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”*. Revista de Processo, v. 291, p. 427-466, 2019, p. 431.

⁹⁵ ZAKIA, *op. cit.*, p. 203.

⁹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 149.

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18-20

⁹⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. *passim*.

Para os defensores da Teoria Eficacial, a formação da coisa julgada seria a principal característica da função jurisdicional.⁹⁹ No entanto, não parece equivocada o reconhecimento de jurisdicionalidade em atos instrumentais realizados no curso do processo (como a colheita de uma prova testemunhal).¹⁰⁰

Soa inadequado vincular a jurisdição à coisa julgada, pois o exercício de função jurisdicional é verificado em diversas situações em que não se fala da intangibilidade da decisão que põe fim ao conflito de interesses (como, além da colheita de prova, nos casos de penhora e apreensão de bens).¹⁰¹

Na medida em que há pronunciamento sobre o direito ou não à produção da prova, conclui-se que há provimento jurisdicional na produção antecipada da prova.¹⁰²

5.3.3. Competência do juízo arbitral

O princípio *kompetenz-kompetenz* (competência-competência) dita que não cabe, num primeiro momento, ao juiz estatal avaliar a validade de uma cláusula arbitral.¹⁰³ Na existência dela, é o próprio árbitro quem julga sua própria competência.

Tal princípio decorre dos artigos 8º, da Lei de Arbitragem:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Também é extraível do Código de Processo Civil:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

Constata-se, então, que toda a tutela jurisdicional pretendida se transfere ao juízo arbitral com a convenção de arbitragem. A produção antecipada da prova, certamente, se aproxima da

⁹⁹ ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In: *Problemi di Diritto*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1957. *apud* GONÇALVES, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁰ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰¹ *Ibid. passim.*

¹⁰² No mesmo sentido: YARSHELL, 2016, p. 1151.

¹⁰³ TALAMINI, Eduardo. *Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 50, p. 127-153, 2016, p. 132.

decisão sobre competência, pois quando as partes firmam uma convenção de arbitragem, há expectativa de que tudo, em regra, seja processado perante o juízo arbitral.¹⁰⁴

A Lei de Arbitragem, em seu artigo 18, equipara o árbitro ao juiz. Mesmo que não se compreendesse que a produção antecipada de provas constitui atividade jurisdicional, as atividades administrativas do julgador também têm sua competência deslocada para o árbitro – exceto quando existente impeditivo legal.

Considerando a autonomia das partes quando da assinatura da convenção arbitral, bem como a boa-fé e a justa expectativa de processamento por esta via, percebe-se que a competência arbitral deve ser respeitada para o processamento de produção autônoma da prova não urgente. Quem pode o mais, pode o menos. Inexistindo urgência que justifique a impossibilidade de se aguardar o início de uma arbitragem, a produção antecipada de prova deve ser feita em processo arbitral.

Isto não significa que não possam existir situações em que seria mais eficaz processar judicialmente, como no caso da oitiva de uma única testemunha ou quando já se sabe que haverá necessidade de adoção de medidas coercitivas que apenas podem ser determinadas pelo juiz estatal.¹⁰⁵

Outra hipótese seria a da existência de terceiros interessados que não são abrangidos pela convenção. Neste caso, a competência será do Poder Judiciário, pois o elemento essencial da arbitragem é o consentimento.¹⁰⁶

A regra, portanto, é o respeito ao pactuado de livre e espontânea vontade pelas partes – característica essencial dos meios adequados de solução de litígios.

6. CONCLUSÃO

A produção antecipada de provas passou por grande evolução nas últimas décadas. A legislação acompanhou as sugestões doutrinárias e hoje temos um instrumento útil não apenas para a preservação de provas com risco de perecimento, mas também para a resolução consensual ou prevenção de litígios.

A arbitragem é instituto aliado da adequada resolução de conflitos e a sua competência para o processamento de medidas probatórias autônomas depende da situação em que está

¹⁰⁴ MEIRELES, *op. cit.*, p. 459.

¹⁰⁵ TALAMINI, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁶ MEIRELES, *op. cit.*, p. 504.

inserida. A convenção arbitral deve ser interpretada de acordo com os ditames da boa-fé – e a autonomia privada deve ser, ao máximo, preservada.

Conclui-se, em linhas gerais – e sem pretensão de esgotar o tema da antecipação probatória –, que (i) existe um direito autônomo à prova, independente de requisitos rígidos (como a urgência ou a vinculação a um futuro conflito); e (ii) a competência para a produção antecipada de provas na arbitragem, quando inexistente a urgência, tende a ser do tribunal arbitral. Isto porque cabe ao próprio árbitro o primeiro julgamento de sua competência (por decorrência do princípio *kompetenz-kompetenz*). Se o árbitro é competente para julgamento de mérito, inclusive conduzindo a produção de provas no curso do processo arbitral, não existe razão para declará-lo incompetente para o processamento antecipado. Podemos, com isto, ter uma boa diretriz para a solução do problema proposto. Como toda regra, possui exceções. Estas, entretanto, serão avaliadas no caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Paulo Osternack. *Produção antecipada de prova no novo CPC*. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/226528/producao-antecipada-de-prova-no-novo-cpc>. Acesso em 26.11.20.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da Prova Civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei 9.307/96*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução de Carla R. A. Bassi. Campinas: Editora Servanda, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da Prova no Novo CPC do Estático ao Dinâmico*. Curitiba: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência no processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Revogação Parcial do § 4º do artigo 381 do CPC e competência de juízos estaduais*. Disponível em: [https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/publicacoes/revogacao-parcial-do-%C2%A74o-do-artigo-381-do-cpc-e-competencia-de-juizos-estaduais/#:~:text=77\).,de%20previ%C3%Aancia%20social%20e%20segurado](https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/publicacoes/revogacao-parcial-do-%C2%A74o-do-artigo-381-do-cpc-e-competencia-de-juizos-estaduais/#:~:text=77).,de%20previ%C3%Aancia%20social%20e%20segurado). Acesso em 21.11.20.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FICHTBER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 33.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GAIO JR., Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. rev. e amp. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. O contraditório no processo. *Revista da Faculdade de Direito da UFGMG*, Belo Horizonte, n. 61, pp. 587-595, jul./dez. 2012.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo et al. A ação de 'produção antecipada de provas' com finalidade não cautelar e a facilitação do acesso à justiça ao empregado. *Revista do Curso Direito da UNIFOR-MG*, v. 11, p. 1-21, jan/jun 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2017.

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova (?). In: DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2018.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. Prueba y proceso. In: ROJAS, Jorge. A. (coord.). *LA PRUEBA*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 7ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 297. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=H01DqlzAaXQC&pg=PR4&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false. Acesso em 29.11.20.

LUNARDI, Thais A. Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018,

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 381 ao 484. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELES, Carolina Costa. Produção antecipada de provas e arbitragem: uma análise sobre competência. *Revista de Processo*, vol. 303, p. 451-478, Maio/2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III (Arts. 161-272)*. 2ª ed. São Paulo: Revista Forense, 1958. Art. 250.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela. Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade Processual. A liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ROJAS, Jorge. A. (coord.). *LA PRUEBA*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2016.

ROJAS, Jorge. A. Valoración de La Prueba. In: ROJAS, Jorge. A. (coord.). *LA PRUEBA*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2016

ROSSONI, Igor Bimkowski. *Produção Antecipada de prova sem requisito da urgência no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção*. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod_resource/content/0/ROSSONI%2C%20Igor%20-

[%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%Aancia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod_resource/content/0/ROSSONI%2C%20Igor%20-%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%Aancia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf). Acesso em 27.11.20.

SANTOS JR., Clodoaldo Moreira dos; COSTA, Tiago Magalhães. *Convenção arbitral e sua importância na pandemia de covid-19*. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325873/convencao-arbitral-e-sua-importancia-na-pandemia-de-covid-19>. Acesso em 22.11.20.

SILVA, Fernando Quadros da. O juiz e a análise da prova pericial. *Direito do Estado em debate - Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado*, v. 2018, p. 11-30, 2018.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1976.

TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 127-153, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 260/2016, pp. 75-101, out./2016.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TARUFFO, Michele. *A prova*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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