

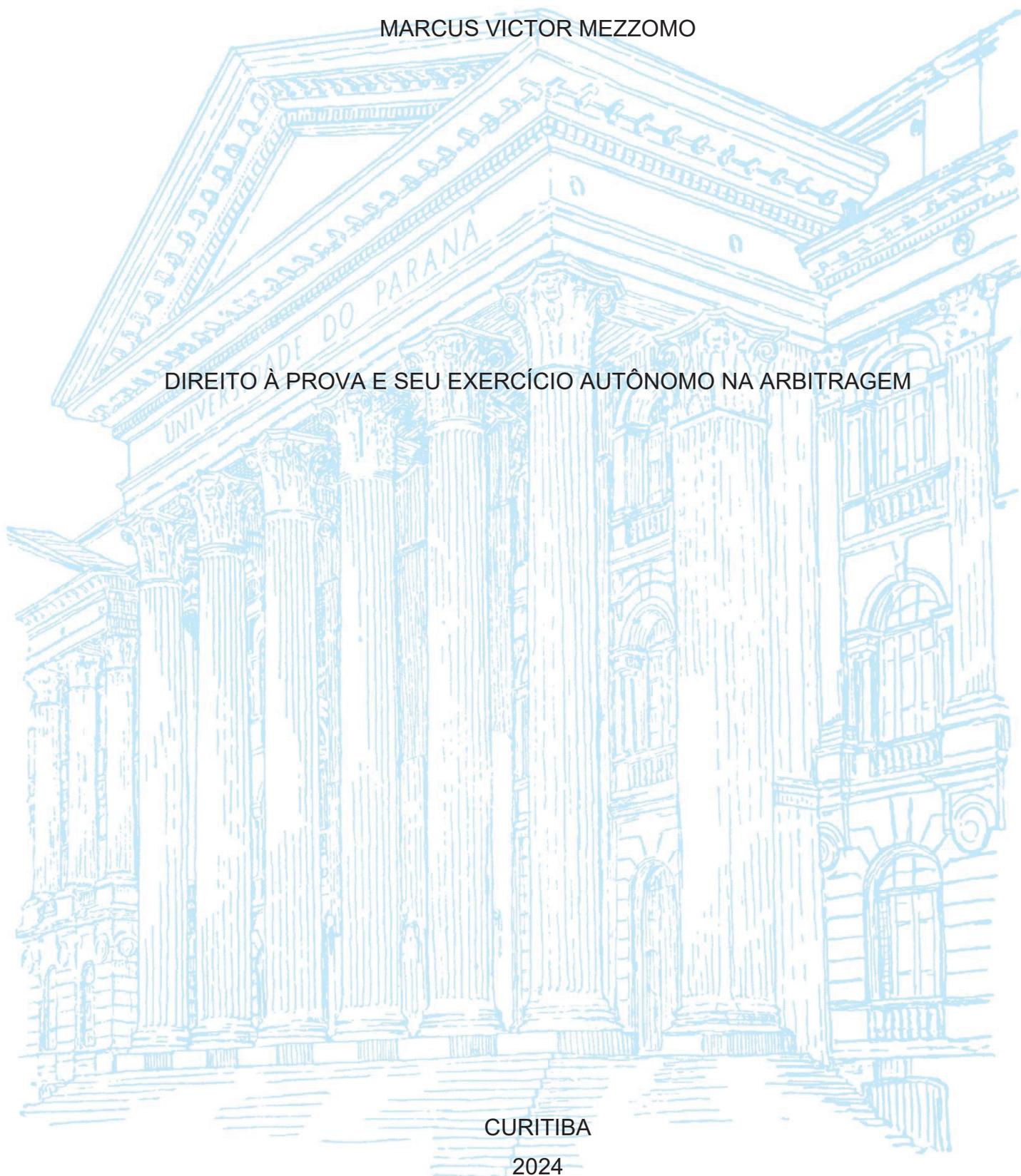
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCUS VICTOR MEZZOMO

DIREITO À PROVA E SEU EXERCÍCIO AUTÔNOMO NA ARBITRAGEM

CURITIBA

2024



MARCUS VICTOR MEZZOMO

DIREITO À PROVA E SEU EXERCÍCIO AUTÔNOMO NA ARBITRAGEM

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

Coorientador(a): Prof(a). Dr(a). _____

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Mezzomo, Marcus Victor

Direito à prova e seu exercício autônomo na
arbitragem / Marcus Victor Mezzomo. – Curitiba, 2024.
1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito.

Orientador: Eduardo Talamini.

1. Prova (Direito). 2. Processo civil. 3. Arbitragem e
sentença. I. Talamini, Eduardo. II. Título. III. Universidade
Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e dois de julho de dois mil e vinte e quatro às 10:30 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, PPGD UFPR - Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MARCUS VICTOR MEZZOMO**, intitulada: **Direito à prova e seu exercício autônomo na arbitragem**, sob orientação do Prof. Dr. **EDUARDO TALAMINI**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: **EDUARDO TALAMINI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)**, **CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)**, **RODRIGO XAVIER LEONARDO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)**. A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela **APROVAÇÃO**. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, **EDUARDO TALAMINI**, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Aprovado com recomendação de publicação.

CURITIBA, 22 de Julho de 2024.

Assinatura Eletrônica

15/08/2024 14:44:23.0

EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

12/08/2024 13:51:35.0

CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

27/08/2024 16:08:33.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MARCUS VICTOR MEZZOMO** intitulada: **Direito à prova e seu exercício autônomo na arbitragem, sob orientação do Prof. Dr. EDUARDO TALAMINI**, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua **APROVAÇÃO** no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 22 de Julho de 2024.

Assinatura Eletrônica

15/08/2024 14:44:23.0

EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

12/08/2024 13:51:35.0

CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE

Avallador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

27/08/2024 16:08:33.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Avallador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

À minha família: pai, mãe, irmão e esposa.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Eduardo Talamini, por, mais uma vez, orientar, inspirar e permitir a conclusão de meu estudo. Desde a orientação no Grupo de Estudo em Arbitragem e Direito Comercial, em 2018, devo ao Professor Eduardo os mais sinceros agradecimentos e elogios.

À minha família, Vergilio, Rozeli e Matheus, pelo amor e amizade. Vocês garantiram, sempre, oportunidade e exemplo que nunca serei capaz de agradecer. Perto ou longe, guardo vocês em meu coração e não cabe em lugar algum o texto que vocês merecem.

À Vitória, meu amor, pelo carinho, cumplicidade, afeto e tanto mais. Dividir a vida, sonhos, ambições e conquistas com você, Vitória, é um privilégio enorme e faz tudo ter sentido.

Ao Rubens Silveira Neto e Lupércio Alves Cruz de Carvalho, que, além de líderes exemplares e profissionais destacados, são amigos queridos. São também fonte inesgotável de debates e conselhos, que muito contribuíram para essa dissertação.

Aos Drs. Édis e Lucas Milaré, por tantas oportunidades e aprendizado. Aos meus *brothers in arms*, Ricardo Beier Hasse, José Paulo Roriz, Felipe Alves Leal e Larissa Sena pelo companheirismo e exemplo. Muito me honra fazer parte de um time com tanta qualidade.

Aos irmãos que encontrei pelo caminho: Arthur Tomaz, Carlo Marinoni, Carlos Eduardo Bonilha, João Cé, João Vitor Ribeiro, Leandro Oss-Emer, Lucas Quadrado Rossi, Luiz Eduardo Ballen da Silva, Marcos Reinaldet, Matheus Setti, Theo Silvério. Todos são companheiros leais, dos bons e maus momentos, e, à distância, deixam muita saudade. Ao Arthur devo agradecimentos especiais pela força em todos os momentos de dificuldade e pelo carinho fraterno.

Aos meus demais amigos que deixei de nomear expressamente: muito obrigado.

“La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un cœur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux”. (CAMUS, 1942, p. 112)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a relação existente entre o direito constitucional à prova, o seu exercício como pretensão autônoma e sua intersecção com o processo arbitral, no direito brasileiro. O estudo foi realizado por meio de análise crítica dos institutos de direito positivo pertinentes, da produção bibliográfica nacional e internacional, bem como de decisões judiciais proferidas no Brasil e no exterior. As conclusões foram atingidas através do método lógico-dedutivo, em análise qualitativa, que serviu à identificação dos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais do direito à prova e ao seu adequado enquadramento no processo civil brasileiro e no modelo constitucional de processo arbitral. Com isso, concluiu-se que o tribunal arbitral detém jurisdição sobre ações probatórias autônomas, fundadas ou não na urgência em obtenção da prova, mesmo que não haja previsão específica na convenção de arbitragem.

Palavras-chave: Produção antecipada de provas; Direito Probatório; Arbitragem; Direito à Prova; Processo Civil.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the relationship between the constitutional right to evidence, its exercise as an autonomous action and its intersection with arbitration, under the Brazilian law. This study has been made through critical analysis of the legal regulation on the matter, of the Brazilian and international doctrinaire production, as well as national and foreign case law. The conclusions were achieved through the logical-deductive method, in a qualitative analysis, that served to the identification of the constitutional and infra-constitutional foundations of the right to evidence and its proper framing in the Brazilian civil procedure and in the constitutional model of the arbitration procedure. Thus, this work concludes that arbitral tribunals have jurisdiction on autonomous evidentiary actions, based or not in the urgency of the matter, even without a specific provision in the arbitration agreement.

Keywords: Early production of evidence; Evidence Law; Arbitration; Right to evidence; Civil Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

| | |
|----------|---|
| CC/02 | - Código Civil de 2002 |
| CDC | - Código de Direito do Consumidor |
| CF | - Constituição Federal |
| CPC/15 | - Código de Processo Civil de 2015 |
| CPC/73 | - Código de Processo Civil de 1973 |
| IBA | - <i>The International Bar Association</i> |
| ICC | - <i>International Criminal Court</i> |
| Larb | - Lei de Arbitragem |
| REsp | - Recurso Especial |
| RE | - Recurso Extraordinário |
| STJ | - Superior Tribunal de Justiça |
| UNCITRAL | - <i>United Nations Commission on International Trade Law</i> |
| IBA | - <i>International Bar Association</i> |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 16 |
| 1 A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ... | 17 |
| 1.1 O DEVIDO PROCESSO ARBITRAL E AS NORMAS PROCESSUAIS | 17 |
| 1.2 A AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO PARA A ARBITRAGEM..... | 24 |
| 1.2.1 Os requisitos de validade da cláusula compromissória | 27 |
| 1.2.2 Os requisitos de validade do compromisso arbitral | 29 |
| 1.2.3 Os efeitos da convenção de arbitragem | 31 |
| 1.2.3.1 Os efeitos positivos e negativos do compromisso arbitral e o princípio da competência-competência..... | 31 |
| 1.2.3.2 Os efeitos suspensivos da cláusula arbitral escalonada..... | 38 |
| 1.3 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM .. | 41 |
| 1.3.1 Os limites objetivos da convenção de arbitragem | 41 |
| 1.3.2 Os limites subjetivos da convenção de arbitragem | 44 |
| 1.3.2.1 A extensão dos efeitos da cláusula compromissória | 45 |
| 1.3.2.2 A intervenção de terceiros | 49 |
| 1.3.2.3 Cessão do contrato e sucessão da parte | 50 |
| 1.3.3 O litisconsórcio no processo arbitral..... | 51 |
| 1.4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DOS ÁRBITROS..... | 53 |
| 1.4.1 <i>Due process paranoia</i> e necessário indeferimento de expedientes inúteis ou meramente protelatórios | 55 |
| 2 O DIREITO À PROVA | 58 |
| 2.1 O CONCEITO DE PROVA | 60 |
| 2.2 CRITÉRIOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE E LIMITES EXTERNOS AO DIREITO À PROVA..... | 63 |
| 2.2.1 Limites internos ao direito à prova: a pertinência e relevância | 65 |
| 2.2.1.1 Pertinência (ou <i>Relevance</i>) | 69 |
| 2.2.1.2 Relevância (ou <i>Materiality</i>) | 70 |
| 2.2.2 Limites externos ao direito à prova: regras de exclusão e privilégio. | 74 |
| 2.2.2.1 Violação a direitos fundamentais | 77 |
| 2.2.2.2 A obrigação de sigilo e o segredo industrial | 81 |
| 2.2.2.3 A violação à boa-fé objetiva..... | 83 |
| 2.2.2.4 A excessiva onerosidade da prova | 84 |

| | |
|--|------------|
| 2.2.3 Limitações particulares de meios de prova | 86 |
| 2.2.3.1 Prova documental..... | 86 |
| 2.2.3.2 Prova testemunhal..... | 88 |
| 2.2.3.3 Prova pericial | 95 |
| 2.2.3.4 Depoimento pessoal..... | 103 |
| 2.2.4 Limitações inerentes à produção antecipada de provas..... | 105 |
| 2.3 NATUREZA DAS NORMAS QUE REGULAM A ATIVIDADE PROBATÓRIA E SUA OBSERVÂNCIA NA ARBITRAGEM | 107 |
| 2.3.1 Natureza das normas que regulam a produção autônoma de provas e arbitrabilidade..... | 109 |
| 2.3.2 Natureza das normas que regulam a admissibilidade de provas e sua aplicação à arbitragem | 110 |
| 3 AÇÕES PROBATÓRIAS: O EXERCÍCIO AUTÔNOMO DO DIREITO À PROVA | 113 |
| 3.1 O MÉRITO NAS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS: O DIREITO À PROVA EM SENTIDO ESTRITO | 113 |
| 3.2 A NATUREZA JURISDICIONAL DAS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS | 118 |
| 3.3 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVAS | 119 |
| 3.3.1 A produção autônoma de provas com base na urgência | 120 |
| 3.3.2 A produção autônoma de provas desvinculada de urgência | 121 |
| 3.3.3 A fungibilidade das ações probatórias..... | 122 |
| 3.4 SUJEITOS PROCESSUAIS NA AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA..... | 124 |
| 3.5 A LEGITIMIDADE DAS PARTES E O INTERESSE PROCESSUAL NAS AÇÕES PROBATÓRIAS | 126 |
| 3.5.1 A legitimidade das partes | 126 |
| 3.5.2 O interesse de agir | 128 |
| 3.6 O CONTROLE DA PROVA E O CONTRADITÓRIO DO REQUERIDO | 133 |
| 3.7 A NATUREZA DA SENTENÇA DAS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS..... | 136 |
| 3.8 A ESTABILIDADE DA SENTENÇA DAS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS E SEUS EFEITOS..... | 138 |
| 4 AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS E ARBITRAGEM | 142 |
| 4.1 A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL NAS AÇÕES PROBATÓRIAS | 143 |

| | |
|--|------------|
| 4.1.1 A ação autônoma de provas com natureza cautelar e hipóteses de urgência excepcional. | 143 |
| 4.1.2 A ação autônoma de provas sem natureza cautelar | 150 |
| 4.2 REQUISITOS PARA PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVAS NA ARBITRAGEM..... | 165 |
| 4.3 DOCUMENTOS EM POSSE DE TERCEIROS | 167 |
| 4.4 AS CONSEQUÊNCIAS PARA O COMPORTAMENTO NÃO COOPERATIVO DA PARTE NA PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVAS NA ARBITRAGEM..... | 168 |
| 4.4.1 Distribuição desigual dos custos da arbitragem | 169 |
| 4.4.2 Imposição de multa | 170 |
| 4.4.3 Condução coercitiva de testemunhas | 175 |
| 4.4.4 Inferências negativas e redistribuição do ônus da prova..... | 176 |
| 4.4.5 Obtenção coercitiva do documento | 181 |
| 4.4.6 Análise do comportamento no processo declaratório posterior | 183 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 184 |
| REFERÊNCIAS..... | 186 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar como o direito à prova pode ser exercido autonomamente em relações sujeitas a uma convenção de arbitragem. Em suma, pretende-se responder à seguinte questão: considerando que as disposições de lei processual são geralmente inaplicáveis ao processo arbitral, pode ser exercida a pretensão de produção autônoma de prova, prevista, exclusivamente, no CPC/15? Em caso positivo, como o procedimento deverá ser conduzido pelos árbitros?

Para responder as perguntas, faz-se necessário o exame do instituto da arbitragem como meio de resolução de conflitos, dos poderes dos árbitros na condução do processo e do próprio direito à prova.

No primeiro capítulo desse trabalho a arbitragem é analisada como meio de solução de conflitos. Nele, é apreciada a relação da arbitragem com as normas de direito processual, para que seja possível definir até que ponto as regras de direito processual civil exercem influência sobre o processo arbitral. É também analisado o fundamento da voluntariedade, essencial à validade do processo arbitral, bem como suas repercussões sobre a definição dos limites objetivos e subjetivos da cláusula compromissória. O capítulo é concluído com a análise dos poderes instrutórios dos árbitros, para que se compreenda qual é o seu papel na delimitação das provas necessárias à condução do processo.

O segundo capítulo trata especificamente do direito à prova, conceituando o termo e analisando cada uma das limitações que incidem sobre ele. Para tanto, são explorados os significados de “relevância” e “pertinência” no direito probatório brasileiro em comparação com o significado outorgado pela doutrina internacional no contexto de arbitragem, considerado, no presente trabalho, como limites internos. São analisadas, também, as regras de exclusão e privilégio existentes no direito nacional, tidos aqui como limites externos ao direito à prova, bem como as limitações inerentes aos meios de prova típicos. Com isso, passa-se à análise da natureza das normas que regulam a produção e a admissibilidade de provas, para que seja possível definir se são ou não aplicáveis ao processo arbitral.

O terceiro capítulo se debruça sobre o procedimento de produção autônoma de provas. São analisados os limites objetivos e subjetivos do procedimento, as hipóteses que justificam a produção autônoma de provas e seus pressupostos processuais.

Busca-se, ainda, definir qual é a natureza da sentença de produção autônoma de provas e qual é a estabilidade que é conferida à prova produzida perante as partes em futuros desdobramentos.

A análise de todas essas questões resulta no quarto capítulo desse estudo. Nele se analisa a possibilidade de manejo das ações probatórias autônomas em sede arbitral, para definir quais são seus requisitos e quais medidas podem ser adotadas pelos árbitros na busca pela efetivação do direito discutido. Por fim, o capítulo aborda as hipóteses de interseção entre o juízo arbitral e a jurisdição estatal na efetivação dessas medidas.

1 A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A arbitragem é meio adequado de resolução de conflitos. É meio heterocompositivo, no qual as partes, consensualmente, elegem julgadores (árbitros) para resolver determinada questão, em limites estabelecidos pelas partes, relativa a uma relação jurídica, com caráter de definitividade¹. Considerando suas peculiaridades, os aspectos relevantes ao presente estudo passam a ser analisados especificamente nos capítulos a seguir.

1.1 O DEVIDO PROCESSO ARBITRAL E AS NORMAS PROCESSUAIS

A aplicação das normas de direito processual no procedimento arbitral, mesmo subsidiariamente, não é automática². O afastamento das normas que regem o

¹ “[...] a arbitragem é um método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade [...]”. In: MONTEIRO, Andre Luis. Princípios que governam a arbitragem I, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaiatuba: Editora Foco, 2024. p. 109

² “Em sendo necessário o litisconsórcio, a própria incidibilidade do direito material responde esta questão. Se por um lado não se pode, em razão do consensualismo, impor ao não signatário a participação em um processo arbitral, por outro nada impede que, caracterizado o litisconsórcio necessário, o réu signatário seja obrigado a litigar judicialmente, desvinculando-se da convenção de arbitragem. A impossibilidade de a ação judicial prosseguir sem a participação do litisconsorte não dá margem para outra solução senão a de, por esta circunstância muito específica, se afastar a aplicação da convenção de arbitragem”. In: MELO, Naiane Lopes Soares de. **Arbitragem e valor probatório da conduta da parte**, 1. ed. São Paulo: Almedina, 2023. p. 56.

processo civil pela arbitragem é intrínseco à sua flexibilidade³, embora, no direito brasileiro, essa tendência só tenha sido confirmada anos após a promulgação da LArb⁴.

Trata-se de característica destinada à maior efetividade do processo arbitral: “a presteza da tutela mediante a arbitragem é favorecida pela sensível simplificação das formas de seu procedimento, o qual não se pauta por regras preestabelecidas e fixas”⁵. Mas nem por isso deixa de haver autêntica relação jurídica processual que, inclusive, justifica o emprego do termo “processo arbitral” em detrimento de “procedimento arbitral”⁶.

A falta de regramento específico é, portanto, característica intrínseca à arbitragem, de modo que a tentativa de sua aproximação com as regras que regem o processo estatal “poderia dissociar a arbitragem dos seus objetivos mais essenciais, e, assim, descaracterizá-la”⁷⁻⁸. Diante da desejada ausência de regulação pormenorizada, cabe ao tribunal arbitral conduzir o processo da forma que considerar

³ Para Yuri Maciel Araujo, o cenário de mais flexibilidade do processo civil estatal promovido pelo CPC/15 não altera substancialmente a premissa de que a arbitragem é ambiente significativamente mais flexível: “De fato, não se ignora o movimento atual de gradativa flexibilização do processo judicial, que, como será visto adiante, já permite a realização de ajustes procedimentais tanto pelo juiz (art. 139, VI, do CPC), como diretamente pelas partes, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais (v. art. 190 do CPC). Apesar disso, mesmo no cenário atual de aproximação, o processo arbitral ainda ostenta grau significativamente maior de flexibilidade: nele, ao contrário do que ocorre no âmbito judicial, as partes têm total liberdade para conformar o procedimento, podendo criá-lo integralmente, incumbir o árbitro dessa função ou se reportar aos regulamentos de instituições arbitrais, devendo apenas obedecer às garantias mínimas do devido processo (art. 21, *caput*, e §2º da Lei 9.307/96”, in: ARAUJO, Yuri Maciel. **Arbitragem e devido processo legal**, 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. p. 53.

⁴ “Invertendo a sistemática até então adotada pelo Código de Processo Civil, não quis o legislador traçar um procedimento suplementar para a hipótese de as partes nada terem disciplinado a respeito. Os arts. 1.091 a 1.093 do Estatuto de Processo de 1973 procuravam estabelecer disciplina sumária que seria seguida pelo árbitro na eventualidade de não terem as partes escolhido o procedimento que queriam ver aplicado, tudo com o objetivo de garantir a plena discussão da causa”. In: CARMONA, **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei 9.307/1996, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024, p. 293.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 32

⁶ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Procedimento I, in: LEVY; Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 163.

⁷ ARAUJO, Yuri Maciel. **Arbitragem e devido processo legal**... p. 74

⁸ “Nenhum órgão arbitral atreveu-se a criar um procedimento nos moldes de um código de processo. Certamente, se algum viesse a fazê-lo, desapareceria rapidamente por falta de causas, pois o que as partes querem quando escolhem a arbitragem como via de solução de conflitos é evitar o complexo mecanismo estatal e suas superestruturas burocráticas.”, in: CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 24, pp. 7-21. p. 14.

mais adequada⁹: “cabará aos árbitros, concretamente, garantir que o procedimento arbitral será válido e a sentença arbitral será plenamente exequível”¹⁰.

Essa flexibilidade não significa, necessariamente, a possibilidade de superação dos princípios que constituem devido processo legal e o modelo constitucional de processo¹¹⁻¹². Pelo contrário, reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, sua observação no processo arbitral é mandatória¹³. Nesse sentido, embora o CPC/15 não se aplique à arbitragem “esta deve, sim, observância aos princípios processuais, justamente por ser processo e em virtude de sua natureza jurisdicional”¹⁴. Isso significa que na arbitragem a cogência das normas que regulam o processo civil judiciário não se origina de sua característica como norma vigente da legislação processual, mas por integrar o quadro de garantias processuais que são definidas pela Constituição.

Conseqüentemente, a liberdade das partes e dos árbitros (especialmente empoderados em razão da ausência de regramento exaustivo¹⁵) não pode ser

⁹ “[...] na maioria das jurisdições, as leis nacionais de arbitragem não regulam, de forma significativa, a maneira como o tribunal arbitral deve conduzir a instrução probatória. Paralelamente, os regulamentos de câmaras arbitrais adotam a mesma postura superficial no tocante às normas aplicáveis à fase instrutória dos procedimentos. O tribunal arbitral assume, sob essas circunstâncias, o papel de conduzir o procedimento da forma que considerar mais adequada, tendendo a fazê-lo de maneira a atender às legítimas expectativas das partes”. In: OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais à luz das regras da IBA, in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 70. p. 49.

¹⁰ BUENO, Júlio César. Princípios que governam a arbitragem II, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado ...** p. 148

¹¹ FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 145

¹² “O estudo da arbitragem a partir de uma perspectiva constitucional-democrática gera a necessidade de uma análise mais detida do instituto a partir de alguns princípios que se referem às normas fundamentais do processo, bem como dos incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da Constituição, em especial. A partir dos princípios e garantias constitucionais inerentes ao processo jurisdicional, a jurisdição arbitral deve observar os princípios do contraditório, da ampla defesa, o tratamento isonômico entre as partes e a imparcialidade do árbitro, alinhados ao art. 5º, LV, da CRFB, e ao art. 21, §2º, da Lei 9.307/1996,” SALOMÃO, Luis Felipe. LOSS, Juliana. O papel institucional do STJ no fortalecimento da arbitragem e do estado democrático de direito, in: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 327.

¹³ TALAMINI, Eduardo. Fundamentação da sentença arbitral e o devido processo. In: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 182

¹⁴ VERÇOSA, Fabiane. **Audiência remota de instrução na arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. RB-3.8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/299658791/v1/page/RB-3.8>. Acesso em: 30/01/2024.

¹⁵ Em crítica à flexibilidade e discricionariedade dos árbitros: “*Theoretically, flexibility of procedures is perfectly appealing, however, in practice, what flexibility means is essentially trusting and empowering arbitrators with almost unreviewable power to decide on vital issues of procedure*”. KIDANE, Won L. **The culture of International Arbitration**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 108

exercida de modo a vulnerar o devido processo legal¹⁶. Trata-se de garantia que é assegurada não apenas pela própria Constituição, mas também por tratados internacionais, pela LArb, por instrumentos de *soft law* e, ainda, por regulamentos de câmaras de arbitragem¹⁷. Exemplo disso é o art. 21, §2º, da LArb, que prevê que devem ser sempre respeitados “os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”¹⁸, princípios espelhados em praticamente todos os regulamentos de câmaras arbitrais¹⁹.

Há, portanto, necessidade de observância das garantias constitucionais do processo como questão de ordem pública e rejeitados os atos e efeitos que não forem compatíveis com os princípios do devido processo legal²⁰; o processo arbitral deve servir à concretização das garantias constitucionais do processo²¹⁻²², sob pena de nulidade²³⁻²⁴.

¹⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito?, in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, 2015. p. 67

¹⁷ “Os princípios relacionados à função jurisdicional da arbitragem apresentam-se nos principais documentos internacionais (Lei Modelo da UNCITRAL, Convenção de Nova Iorque, Acordo de Buenos Aires, Diretrizes da IBA sobre conflitos de interesse em arbitragem internacional), regulamentos de arbitragem (CCI) e nas leis nacionais (Brasil, França, Portugal, Espanha, Itália) a respeito da arbitragem”. COSTA, Patrícia Ayub da. **Táticas de guerrilha na arbitragem internacional**: mecanismos de prevenção, controle e sanção. Londrina: Thoth, 2023. pp. 76 e 77.

¹⁸ Lei 9.307/1996: “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

¹⁹ TEODORO, Viviane Rosolia. Princípios da arbitragem: o princípio kompetenz-kompetenz e suas consequências, in: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 51, 2016. pp. 221-248.

²⁰ ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de; PONZINI, Fernando Figueiredo. Breves reflexões sobre os princípios constitucionais na arbitragem: vedação à prova ilícita, in: ABBOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 165.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 25.

²² “Assim, no preenchimento das lacunas de regulamento do procedimento, é esperado que os árbitros apliquem princípios gerais de direito processual não previstos expressamente na Lei Brasileira de Arbitragem, especialmente aqueles que refletem garantias constitucionais e/ou que estejam inseridos na teoria geral do processo e sejam aplicáveis a todo e qualquer processo” MELO, Naiane Lopes Soares de. **Arbitragem e valor probatório da conduta da parte**, 1. ed. São Paulo: Almedina, 2023. p. 58

²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo e submissão de “terceiros” à arbitragem (a questão dos administradores de fundos de investimento). ABBOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 304

²⁴ José Carlos de Magalhães qualifica sua observância na arbitragem como questão de ordem pública: “A solução de controvérsias, seja por meio do Poder Judiciário, seja por meio privado da arbitragem,

Permite-se, com isso, atingir a conclusão de que “o modelo constitucional de processo também se aplica à arbitragem”^{25_26}.

Mas, como já visto, a arbitragem não se vincula às mesmas regras de direito processual que devem ser observadas pelo juiz togado. Conseqüentemente, qualquer tentativa de enquadramento da definição de devido processo legal no contexto da arbitragem, que não leve em conta suas peculiaridades intrínsecas e princípios próprios demonstraria desacerto²⁷. A definição de devido processo, na arbitragem, merece reconstrução a partir dos alicerces próprios do processo arbitral^{28_29} - e não do processo civil judiciário. Para tanto, cabe análise do regramento próprio da disciplina.

É bem verdade que a LArb, à semelhança da experiência internacional³⁰, não oferece detalhamento claro de regras que devem ser observadas para arbitragem para que seja atendido o devido processo legal. Assim, como método para aferir o que constitui o devido processo na arbitragem, é útil a identificação das hipóteses em que será verificada a nulidade do processo – isso é, qual é o limite para que se identifique razão de intervenção da jurisdição estatal sobre a jurisdição privada.

rege-se por princípios de ordem pública que, se não observados, viciam o processo dela objeto. Revestindo-se do caráter de ordem pública, não podem ser derogados pela vontade das partes, menos ainda por decisão do órgão julgador. Dentre eles destacam-se o contraditório e a ampla defesa, assegurados pelo art. 5º, LV, da Constituição”. MAGALHÃES, José Carlos. **Arbitragem com múltiplas partes**. In: MAGALHÃES, José Carlos. **Problemas de direito empresarial e arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 207

²⁵ FICHTNER, José Antônio. MANHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 146

²⁶ No mesmo sentido: “[...] é inarredável concluir que o modelo constitucional de processo também se aplica à arbitragem”, in: VERÇOSA, Fabiane. **Audiência remota de instrução na arbitragem...** RB-3.8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/299658791/v1/page/RB-3.8>. Acesso em: 30/01/2024.

²⁷ “É certo que no procedimento arbitral a compreensão do devido processo legal é diferente, diversa do modelo estatal típico. Não se podem comparar as duas situações ou adotar critérios idênticos aos dois sistemas”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória pelos árbitros...p. 69.

²⁸ ARAUJO, Yuri Maciel. **Arbitragem e devido processo legal...** p. 90.

²⁹ No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. **Fundamentação da sentença arbitral...** p. 182

³⁰ “*However, national arbitration laws generally do not provide a solid basis for defining procedural minimum standards. Most of the provisions in national arbitration laws are not mandatory. [...] Also, the national law is typically relatively open, at least compared to laws concerning ordinary civil procedure. The arbitrators have a lot of discretion on many specific questions*”. In: KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due process in international commercial arbitration**, 2. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 3

Note-se que a doutrina majoritária reconhece a taxatividade do rol constante no art. 32 da LArb para a declaração de nulidade³¹ da sentença arbitral. É como entende, por exemplo, Eduardo Talamini, que qualifica (exclusivamente) as hipóteses descritas no dispositivo como as de “‘ordem pública’, relevantes para o controle judicial da arbitragem”^{32- 33}.

É possível que surjam hipóteses excepcionais que justifiquem a declaração de nulidade da sentença arbitral em casos não previstos expressamente no art. 32 da LArb. Carlos Alberto Carmona aponta como exemplo para a flexibilização o caso de inexistência de convenção de arbitragem, que não consta no rol do dispositivo³⁴ - embora, seja possível extraí-la do art. 32, I, da LArb, em interpretação extensiva.

³¹ O presente trabalho emprega a nomenclatura utilizada na Lei 9.307/96, embora se concorde com a crítica doutrinária a respeito da escolha do termo “nulidade” e não “anulabilidade”: “Afirma o dispositivo sob exame que seria nula a sentença arbitral no caso de configurar-se uma das oito hipóteses ali relacionadas. A dicção da Lei é inexata, sendo de acolher a crítica formulada por Barbosa Moreira, ao mostrar que a maior parte dos casos apontados na Lei refere-se a anulabilidades do laudo, e não a nulidades. De fato, enquanto não manejada, com sucesso, a demanda de que trata o art. 33, permanece íntegra a decisão arbitral, sendo certo que, decorrido o estreito prazo decadencial de 90 dias para o ataque ao laudo defeituoso, não há mais como impugná-lo (exceção feita aos laudos condenatórios, eis que reservada ao executado a possibilidade de oposição da defesa de que trata o art. 475-L do Código de Processo Civil”. In: CAMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 398.

³² “É impossível no sistema jurídico brasileiro a revisão judicial da solução dada ao mérito do litígio pelo tribunal arbitral. A ‘ordem pública’ relevante para o controle judicial da arbitragem se exaure nas hipóteses de invalidade da sentença arbitral previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. O *error in iudicando* arbitral não é juridicamente controlável. Não existe a hipótese de anulação da sentença arbitral por manifesta violação ao direito, na solução do mérito – diferentemente do que se passa no *Common Law*. [...] Os limites de controle judicial da arbitragem são dados pelo art. 32 em rol exaustivo. O STF reputa constitucional essa limitação” In: TALAMINI, Eduardo. *Fundamentação da sentença arbitral e devido processo*. TALAMINI, Eduardo. *Fundamentação da sentença arbitral e o devido processo*. ...p. 191

³³ Ainda: “Preliminarmente, convém ressaltar que a doutrina costuma apontar que as causas de nulidade da sentença arbitral contidas no art. 32 da Lei de Arbitragem para o pedido de anulação, são consideradas *numerus clausus* (taxativas). Deveras, entendimento contrário seria admitir o Poder Judiciário, competente para analisar a nulidade, como instância revisora das decisões arbitrais, o que é contrário à *mens legis* contida na Lei 9.307/1996”. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação** [livro eletrônico], 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 222

³⁴ “Os casos de nulidade da sentença arbitral – para utilizar a expressão endossada pela Lei – são taxativos, de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo. Haverá, porém, casos verdadeiramente excepcionais, em que será necessário reconhecer a sobrevivência da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo. O exemplo mais evidente de tal situação repousaria na hipótese de não ser arbitrável um determinado litígio: proferido o laudo, não vem proposta a demanda de anulação, o que tornaria a sentença arbitral inatacável, gerando situação de perplexidade (pense-se em uma questão de estado dirimida pela via arbitral). A jurisprudência italiana, reafirmada em vários casos da Corte de Cassação, estabeleceu entendimento que poderá ser seguido no Brasil, considerando inexistente a convenção arbitral na hipótese formulada, de sorte a permitir a sobrevivência da via impugnativa. Esta conclusão, porém, não pode servir para sustentar que o juiz togado possa, oficiosamente, conhecer de eventual nulidade na sentença arbitral. O tratamento excepcional que preconizo para situações excepcionais é justificado, sem dúvida, para

Ainda nesse sentido, Ricardo Aprigliano informa que a observância da ordem pública na arbitragem se dá como requisito duplo³⁵. Incide, em primeiro lugar, na escolha da lei aplicável ao processo, que não pode violar os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, §1º, Lei 9.307/1996³⁶); em segundo lugar, exige a regularidade do processo arbitral, sob pena de anulação da sentença (art. 21, §2º, da Lei 9.307/1996³⁷)³⁸. A bem ver, ambas as hipóteses estão contempladas nos incisos do art. 36 da Lei 9.307/1996³⁹, que apresenta os casos em que se deve declarar a nulidade do processo arbitral. Assim, considerando que a revisão judicial da arbitragem deve se restringir às hipóteses constantes no art. 32 da Lei 9.307/1996, que sequer admite ampliação por vontade das partes⁴⁰, sua análise é escolha metodológica adequada à compreensão dos delineamentos do princípio do devido processo legal na arbitragem. O raciocínio é amparado por parte da doutrina internacional⁴¹.

A partir disso, pode-se concluir que todo o delineamento do que a doutrina entende como “processo arbitral constitucional” ou do “modelo constitucional de processo arbitral” se dá pela imediata contrariedade às hipóteses de nulidade da

manter a validade do sistema imaginado pela Lei de Arbitragem, não para quebrá-lo” In: CAMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...** p. 399.

³⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 46

³⁶ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

³⁷ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

³⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo...**pp. 46 e 47

³⁹ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.

⁴⁰ “O rol de hipóteses descritas no art. 32 é exaustivo e de natureza pública, significando dizer, em outros termos, que as partes, em comum acordo, não poderão ampliá-lo ou reduzi-lo, assim como não podem estabelecer em convenção arbitral novas formas de desconstituição da sentença. Diversamente, poderão estabelecer em convenção arbitral que a sentença poderá ser objeto de algum tipo de recurso dentro da própria jurisdição privada (meio de revisão do julgado), com indicação do colegiado ou entidade competente para esse fim específico; contudo, essa hipótese é pouco utilizada, por não se amoldar bem aos escopos da jurisdição privada”. In: FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem** [livro eletrônico], 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 409

⁴¹ “[...] *there are more or less indirect national and international minimum standards of procedural safeguards in arbitration [that] can be derived first of all from the norms concerning enforceability of the award*” In: KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due process...** p. 4.

sentença arbitral. Desse modo, permite-se concluir não apenas que o desrespeito às garantias constitucionais do processo representa violação ao “modelo constitucional de processo arbitral”, mas também à ordem pública nacional.

1.2 A AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO PARA A ARBITRAGEM.

A arbitragem representa uma das manifestações mais importantes da autonomia da vontade no âmbito processual⁴². É a consensualidade do acordo de arbitragem e a disponibilidade do direito material que garantem sua legitimidade constitucional⁴³⁻⁴⁴. Em que pese a arbitragem encontre fundamento em declaração negocial, o processo arbitral é “tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal”⁴⁵⁻⁴⁶. O reconhecimento a arbitragem como método de resolução de

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e litisconsórcio, in.: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 50, 2016. pp. 13-57.

⁴³ “A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a Constituição” In: STF – SE 5.209/AgR – Espanha – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 12/12/2001.

⁴⁴ “O fato de as partes constituírem convenção de arbitragem não significa ofensa ao princípio constitucional do direito de ação. Isto porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto de convenção de arbitragem, razão por que as partes, quando o celebram, estão abrindo mão da faculdade de fazerem uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhes sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional.” In: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 210

⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo e submissão de “terceiros” à arbitragem (a questão dos administradores de fundos de investimento). In: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 303

⁴⁶ No mesmo sentido: “A Lei nº 9.307/1996 introduziu as seguintes inovações no ordenamento jurídico pátrio, que conduzem a tal conclusão: (i) equiparou, em seus efeitos, a sentença arbitral e a sentença judicial (artigo 31); (ii) isentou de homologação a sentença arbitral doméstica, impondo tão somente à sentença arbitral estrangeira a necessidade de homologação; (iii) transformou a sentença arbitral em título executivo judicial, ao passo que o contrato consiste tão somente em título executivo extrajudicial; e (iv) o prazo decadencial de 90 (noventa) dias para ajuizamento da ação anulatória, disposto no artigo 33, § 1º, leva à percepção de que a sentença arbitral faz coisa julgada material. Neste cenário, parece-nos difícil não reconhecer a natureza jurídica jurisdicional da arbitragem em nosso País”. In: VERÇOSA, Fabiane. **Audiência remota de instrução na arbitragem...** RB-3.6. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/299658791/v1/page/RB-3.6>. Acesso em: 30/01/2024.

disputas e de pacificação social⁴⁷⁻⁴⁸ levou o legislador a reconhecer na arbitragem efetiva função jurisdicional⁴⁹. Acertada, portanto, a afirmação de João Bosco Lee, de que a arbitragem é instância jurisdicional de origem contratual: é privada em razão de sua origem convencional, mas jurisdicional porque exerce a função de resolução do litígio. Por isso, trata-se de instituto de natureza mista⁵⁰, que encontra como fontes a lei e a autonomia da vontade⁵¹.

A submissão dos conflitos decorrentes de determinada relação contratual à arbitragem depende da celebração da convenção de arbitragem, negócio jurídico autônomo ao contrato, no qual as partes elegem a jurisdição privada como meio de solução de litígios. Esse acordo, nomeado juridicamente como convenção de arbitragem, pode se dar mediante a celebração de cláusula compromissória – cláusula que integra o instrumento contratual e prevê a arbitragem para futuros e eventuais conflitos (art. 4º da LArb) – ou compromisso arbitral – instrumento apartado, que pode ser celebrado em juízo ou fora dele (art. 9º da LArb). Em qualquer caso, a nulidade da

⁴⁷ “Desse modo, tem-se que, atualmente, o entendimento majoritário é no sentido de tratar-se de atividade jurisdicional, compreendendo-se modernamente o conceito de jurisdição como o poder de dizer o direito (juris/dictio) e, com isso, dirimir o conflito, seja no âmbito estatal (Poder Judiciário) ou privado (Arbitragem)”. In: RODOVALHO, Thiago. A arbitragem na teoria geral do processo, in. YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Londrina: Thoth, 2024. p. 737

⁴⁸ VITA, Marcus Vinicius. A extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários: uma análise de sua viabilidade à luz da Constituição. In: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 353

⁴⁹ TEODORO, Viviane Rosolia. Princípios da arbitragem...pp. 221-248.

⁵⁰ “A arbitragem, como instância jurisdicional de origem contratual, possui uma natureza mista: privada e pública. A arbitragem é privada pela sua origem convencional, fundamentada no princípio da autonomia da vontade das partes e pública pela sua função jurisdicional de resolver o litígio. Nesta perspectiva, a cláusula arbitral apresenta dois efeitos principais: efeito positivo (submissão do litígio à arbitragem) e efeito negativo (renúncia à jurisdição estatal)” in: LEE, João Bosco. Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da lei de arbitragem no tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 11. p. 14.

⁵¹ “A arbitragem possui duas fontes jurídicas fundamentais (i) a lei, que num campo mais abstrato consagra o instituto em determinado ordenamento jurídico, e (ii) a autonomia privada, que, num campo mais concreto, fundamenta a existência e a validade da opção arbitral adotada pelas partes. Não existe arbitragem sem lei anterior que a consagre naquele determinado ordenamento jurídico. Igualmente, não existe arbitragem sem que as partes da disputa tenham exercido, livremente, suas autonomias provadas para eleger a arbitragem como método de resolução de disputas. A Autonomia privada também é, pois, fonte jurídica *in concreto* da arbitragem”. MONTEIRO, Andre Luis. Princípios que governam a arbitragem I, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 109

convenção de arbitragem acarretará a nulidade da sentença arbitral (art. 32, I, da LArb)⁵².

A diferença entre as duas espécies de convenção de arbitragem decorre do adequado delineamento objetivo da matéria que será submetida à arbitragem: o compromisso arbitral tende a objetivar melhor o objeto do litígio (por ser posterior), enquanto a cláusula compromissória tem conteúdo genérico⁵³, embora produzam os mesmos efeitos práticos (em se tratando de cláusula arbitral cheia⁵⁴). Por isso, afirma-se, que a convenção de arbitragem é gênero, da qual o compromisso arbitral e a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies⁵⁵⁻⁵⁶⁻⁵⁷.

Para que possibilite a instauração imediata da arbitragem, é necessário que a convenção de arbitragem, possua um elemento de organização que estabeleça as regras que serão utilizadas pelas partes na escolha dos árbitros, a legislação e/ou regramento aplicável⁵⁸.

⁵² Denota-se, com isso, a relevância da autonomia privada como requisito essencial da autonomia da vontade: “Por fim, o inciso I do art. 32 da Lei de Arbitragem estabelece que ‘é nula a sentença arbitral se (...) for nula a convenção de arbitragem’, o que engloba as hipóteses de inexistência, invalidade e ineficácia da convenção de arbitragem. Essas hipóteses, ainda que indiretamente, deixam clara a relevância da autonomia privada na arbitragem, pois se houver qualquer vício insanável no exercício da autonomia privada, a convenção de arbitragem (e também a sentença arbitral) será considerada viciada”. MONTEIRO, Andre Luis. Princípios que governam a arbitragem I, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**.... p. 110.

⁵³ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, 4. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 27

⁵⁴ “A interpretação sistemática das disposições da Lei n° 9.307/96 permite a conclusão de que há equivalência funcional entre a cláusula compromissória cheia ou completa e o compromisso arbitral”. KROETZ, Tarcísio de Araújo; CAVALI, Rodrigo Costenaro; BONFIM, Alexandre Bley Ribeiro. Notas sobre a Equivalência Funcional entre o Compromisso Arbitral e a Cláusula Compromissória Completa, in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 01, p..132

⁵⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas**, 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2022. RB-6.1. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77225019/v9/page/RB-6.1>. Acesso em: 30/01/2024

⁵⁶ Haveria, com isso, proximidade com o modelo adotado pela legislação francesa: “No sistema brasileiro, do mesmo modo que no sistema francês, a convenção é bipartite, isto é, tem duas espécies: o compromisso arbitral e a cláusula compromissória” In: GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem**... p. 26.

⁵⁷ Também se assemelha ao observado no direito inglês: “*It is clear from the definition set out above that the term ‘arbitration agreement’ covers both (i) an arbitration clause in contract (or matrix agreement) by which the parties agree that disputes between them in the future arising out of that contract will be referred to arbitration and (ii) a separate agreement not forming part of another contract to refer an existing dispute to arbitration. This separate agreement, sometimes known as a ‘submission agreement’ or an ad hoc agreement, deals only with the setting up of machinery to resolve the particular dispute which has arisen between the parties*”. In. SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. **Russel on arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. pp. 29 e 30.

⁵⁸ “Vê-se que a convenção de arbitragem deve conter um elemento de organização para que a arbitragem seja instituída de plano, no mínimo, com a previsão da utilização de regras de um

1.2.1 Os requisitos de validade da cláusula compromissória

No direito brasileiro, a cláusula compromissória não depende de forma especial⁵⁹. Basta que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito (art. 4º, §1º, da LArb⁶⁰), submetendo-se, no restante, às regras gerais que regem os demais negócios jurídicos, como a capacidade das partes e a disponibilidade do direito, nos termos do art. 1º, *caput*, da LArb⁶¹.

Trata-se de questão pacífica no direito brasileiro, tendo o Superior Tribunal de Justiça destacado que “a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória [...] é que esta se dê por escrito”⁶². Em razão disso, consideram-se válidas as cláusulas arbitrais celebradas, ainda que sem assinatura das partes, mediante troca de correspondência – física ou eletrônica – que demonstre a anuência da parte com a submissão de futura e eventual disputa à arbitragem.

Cabe destacar que excepcionam essa regra os contratos de adesão, nos quais a cláusula compromissória só vinculará o aderente caso concorde expressamente com a instituição de arbitragem ou concorde “por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula” (art. 4º, §2º, da LARB⁶³). Caso a cláusula compromissória não atenda a esse

determinado órgão arbitral, regras estabelecidas pelas partes ou pelo menos a forma de nomeação dos árbitros, sem a necessidade de recurso das partes ao Judiciário. Tal elemento é fundamental quando se trata de arbitragem ad hoc, na qual a inexistência de tal previsão torna necessária a celebração de acordo entre as partes para a definição das regras que serão aplicáveis não só à solução do litígio, mas também à estruturação da arbitragem. De outro lado, existindo esse elemento de organização, amplo no caso da arbitragem ad hoc e mais restrito no âmbito da arbitragem institucional, a arbitragem será instituída após o requerimento de uma das partes. Por isso, considera-se que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual que pode possuir eficácia plena ou limitada de acordo com a sua forma (“cheia” ou “vazia”), possuindo, na primeira hipótese, um contrato de organização [...]”. In: GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem...** p. 34

⁵⁹ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 106

⁶⁰ LArb: Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. §1º § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

⁶¹ LArb: Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁶² STJ – Resp 1.569.422/RJ, 4ª Turma, rel. Marco Aurélio Bellize, j. 26/04/2016

⁶³ LArb: “art. 4º. [...] §2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua

requisito, a parte somente se vinculará à arbitragem caso instaure o processo arbitral, dele participe sem se opor à jurisdição do tribunal ou apresente sua anuência expressa posteriormente⁶⁴.

Em todo caso, é o conteúdo da cláusula arbitral que serve à identificação da controvérsia que está submetida à jurisdição arbitral e que, conseqüentemente, é atingida pelos efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem. Apesar disso, nem toda cláusula compromissória permitirá que se verifique, imediatamente, todas as informações necessárias à instauração do tribunal arbitral – embora não se tenha dúvida de que as partes intentam submeter futuros conflitos à arbitragem. Tem-se, nesse caso, cláusula *vazia* ou *em branco*⁶⁵.

A cláusula arbitral vazia é aquela que, apesar de válida e vinculante, não elenca elementos como *quem, o que, de que modo, onde, e quando* deve ser proferida a sentença arbitral. Nesses casos, como a instauração do processo arbitral é impossibilitada pela ausência de indicação prévia dos elementos que seria, necessários, caso as partes não consigam definir os termos faltantes em consenso, poderá a parte buscar a execução específica da cláusula compromissória por meio do procedimento disposto no art. 7º, da LArb⁶⁶⁻⁶⁷.

instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

⁶⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A importância da cláusula compromissória nos contratos empresariais como fortalecimento das relações negociais, **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol 28, 2011. pp. 161-182.

⁶⁵ “Esta modalidade de Cláusula é pobre de informações sobre a arbitragem em si, estabelecendo apenas que determinados conflitos serão resolvidos pelo Tribunal Arbitral, sem, contudo, fixar os requisitos necessários para instauração da arbitragem, impondo-se a celebração de compromisso arbitral ou provocação da intervenção estatal por meio do Poder Judiciário que estabelecerá, por sentença, o referido compromisso”. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem comentada...** p. 228

⁶⁶ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

⁶⁷ A cláusula arbitral vazia (ou em branco) demonstra em vontade das partes para arbitrar disputas relacionadas a determinada relação jurídica. Portanto, ela é válida, vinculante e constitui renúncia efetiva à jurisdição estatal para resolver disputas relacionadas ao respectivo contrato. Todavia, essa cláusula não permite a instauração imediata do processo arbitral, pela ausência de elementos necessários para constituir o tribunal arbitral. A lei brasileira oportunamente oferece solução para remediar as dificuldades causadas por cláusula arbitral vazia, por meio da ação de execução específica da cláusula arbitral. O Poder Judiciário serve de instrumento de apoio à instauração do processo arbitral, em caso de resistência de uma das partes. Para propor a ação de execução específica da cláusula arbitral prevista no art. 7º da LArb, faz-se necessária a existência de cláusula arbitral e oposição de uma das partes à sua instituição SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. In. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de Arbitragem...**pp. 107 e 108.

De outro lado, existem as cláusulas arbitrais patológicas, que, apesar de permitirem a instauração da arbitragem, possuem redação dúbia, contraditória e/ou inoperável. Para esses casos, faz-se necessário que se verifique, em primeiro lugar, se é ou não possível extrair da cláusula a vontade de submeter o conflito à jurisdição arbitral; em caso positivo, as lacunas devem ser interpretadas de acordo com o princípio da boa-fé e da validade do compromisso⁶⁸.

Em observância aos efeitos da cláusula compromissória, essa análise deve ser realizada, ao menos em primeiro momento, pelo tribunal arbitral. Como a cláusula compromissória *patológica* não é necessariamente *vazia*, a passagem pela jurisdição estatal é qualificada como “desnecessária e indesejável” pela doutrina⁶⁹.

Em alguns casos, contudo, as omissões constantes na cláusula compromissória – ou a presença de cláusulas que podem ser vistas como incompatíveis⁷⁰ – podem ser tamanhas que nem mesmo é possível que dela se extraia a compreensão de que as partes realmente intentaram submeter litígios à arbitragem. Diante de situações como essa, deve o tribunal arbitral considerar a cláusula inválida e remeter a disputa à jurisdição estatal.

1.2.2 Os requisitos de validade do compromisso arbitral

O compromisso arbitral é o instrumento, judicial ou extrajudicial, por meio do qual as partes submetem um conflito já existente à jurisdição arbitral. Embora seja

⁶⁸ “*Pathological clauses need to be interpreted by the arbitrators and by the state courts reviewing the validity of the arbitration agreement. Arbitrators and the state courts most often salvage an arbitration clause by determining the true intention of the parties and by relying on the principle of interpretation in good faith and on the principle of interpretation in favorem validitatis. The interpretation of a defective clause may also lead to the conclusion that no valid arbitration agreement exists*”. In: GIRSBERGER, Daniel. VOSER, Nathalie. *The Arbitration Agreement and the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal*, in: **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**, 4. ed. p. 82.

⁶⁹ “A cláusula arbitral patológica é defeituosa, com redação incerta, inconsistente ou inoperável. A cláusula arbitral pode ser patológica (defeituosa) e permitir a instauração de arbitragem, como ocorre com frequência. Nesse caso, a parte interessada deve iniciar o processo arbitral, para que o tribunal arbitral decida sobre os defeitos na cláusula patológica. A passagem pelo Poder Judiciário é desnecessária e indesejável. Contudo, a cláusula arbitral pode ser patológica (defeituosa) e vazia (não conter os requisitos mínimos necessários para instaurar a arbitragem) simultaneamente. Nessa situação, é preciso buscar ajuda no Poder Judiciário. Não porque a cláusula arbitral é patológica, mas porque é vazia e não permite o início imediato da arbitragem”. In: SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de Arbitragem**...p. 109.

⁷⁰ Nesse sentido, quanto à cláusula de eleição de foro: “*a jurisdiction clause is an alternative to an arbitration agreement and they should not be combined in the same contract*”, In: SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. **Russel on arbitration**... p. 42

desejável (e esperado, tendo em vista que o conflito já está deflagrado), não se exige do compromisso arbitral delimitação completa da controvérsia e dos pleitos que serão apresentados em sede de arbitragem⁷¹.

Seu conteúdo deve seguir os critérios dos arts. 10 e 11, da LArb⁷². Obrigatoriamente, conterà: (i) nome, profissão, estado civil e domicílio das partes, (ii) bem como dos árbitros ou, no mínimo, indicar a entidade escolhida pelas partes para indicação dos árbitros; (iii) a matéria que será submetida à arbitragem; e (iv) o local em que será proferida a sentença. Pode, facultativamente, indicar: (i) o(s) local(is) em que se desenvolverá o processo; (ii) a possibilidade de julgamento por equidade; (iii) o prazo para proferir sentença arbitral; (iv) a lei ou regramento aplicável à arbitragem; (v) a declaração de responsabilidade pelo pagamento de honorários e despesas; e (vi) os honorários dos árbitros.

Sendo celebrado perante o Judiciário, o compromisso será levado a termo (art. 9º, §1º, da LArb⁷³) e o processo será extinto sem resolução de mérito⁷⁴. Os atos já realizados, inclusive instrutórios, poderão ser aproveitados a critério dos árbitros⁷⁵.

De outro lado, caso as partes celebrem compromisso de arbitragem extrajudicialmente, devem fazê-lo por instrumento particular assinado por duas

⁷¹ “O legislador brasileiro, ao modificar a anterior exigência – rígida – de que as partes, no compromisso, deveriam consignar o objeto do litígio com todas as suas especificações, incluindo o valor, para passar a exigir, pelo novo texto, fosse explicitada apenas a matéria que será objeto da arbitragem, mostrou claramente seu intuito de reduzir o nível anterior de exigência quanto ao detalhamento da controvérsia”. In: CARMONA, Carlos Alberto. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas 2024. p. 211

⁷² LArb: “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença”.

⁷³ LArb: “Art. 9º [...] § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á pôr termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda”.

⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas 2024. p. 200

⁷⁵ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem ...** p. 244

testemunhas ou por escritura pública (art. 9º, §2º, da LArb⁷⁶). A exigência legal, que encontrava respaldo no CPC/73 parece não mais se justificar, tendo em vista a desnecessidade de formalidade semelhante para a cláusula compromissória⁷⁷. A escolha do legislador não pode, contudo, deixar de ser observada, sob pena de invalidação do negócio, nos termos do art. 104, III, do CC/02⁷⁸.

1.2.3 Os efeitos da convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem, como negócio jurídico voltado à resolução de conflitos entre as partes por meio da jurisdição privada, necessariamente, produz efeitos. Esses efeitos, contudo, não afetam somente as partes celebrantes do negócio jurídico, mas também os árbitros e próprio Estado.

São três os tipos de efeitos que podem ser observados na convenção de arbitragem: (i) negativos (ii) positivos; e, em caso de cláusula escalonada, (iii) os efeitos suspensivos. Eles passam a ser analisados individualmente.

1.2.3.1 Os efeitos positivos e negativos do compromisso arbitral e o princípio da competência-competência

Os efeitos positivos e negativos do compromisso são entendidos como duas faces da mesma moeda. Em linhas gerais, os efeitos negativos da cláusula compromissória têm como característica a derrogação da jurisdição estatal para rever a cláusula ou decidir o conflito, limitando a atuação do próprio juízo estatal; os efeitos positivos, por sua vez, caracterizam-se pela vinculação das próprias partes às decisões de mérito dos árbitros, inclusive sua própria competência. Ambos os efeitos

⁷⁶ LArb: “Art. 9º [...] § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.

⁷⁷ “Não se justifica o apego à formula tradicional (a exigência formal repete dispositivo encontrado na legislação do início do século passado), especialmente quando se constata que para a cláusula compromissória – que como o compromisso, tem aptidão para instaurar o juízo arbitral – o mesmo legislador foi bem menos conservador, não fazendo imposições de feição medieval como esta, de reclamar a assinatura de testemunhas (método, convenhamos, rudimentar de realçar a importância das obrigações assumidas ou de solenizar a celebração de contrato, eis que, como se sabe, as testemunhas que assinam o instrumento por vezes não presencial o ato), limitando-se apenas a preconizar a fórmula escrita”. CARMONA, Carlos Alberto. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 4. ed. São Paulo: Atlas 2024. p. 201.

⁷⁸ CC/02: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...] III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

derivam do princípio da competência-competência. O princípio carrega o nome de instituto da doutrina processual alemã (“*Kompetenz-Kompetenz*”⁷⁹), que tem por objetivo assegurar a competência do tribunal para decidir sua própria competência⁸⁰. Assim, o princípio “*Kompetenz-Kompetenz*” possui significativa função prática na arbitragem, já que é pressuposto lógico à declaração de competência por parte do próprio tribunal arbitral⁸¹.

O princípio *Kompetenz-Kompetenz* é adotado pela maior parte dos estatutos de câmaras arbitrais e legislações nacionais⁸²⁻⁸³, ainda que sua observância se dê de maneira sensivelmente diversa em jurisdições estrangeiras⁸⁴⁻⁸⁵. Essa diversidade de interpretações acerca do princípio é causa para crítica em sua identificação como

⁷⁹ CEREZETTI, Sheila C. Neder. FERREIRA, Mariana Martins-Costa. in. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário IV**... p. 1172

⁸⁰ FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 9, 2006. pp. 277-303.

⁸¹ “Sob a perspectiva estritamente prática, por exemplo, a *kompetenz-kompetenz* se mostra como um pressuposto lógico fundamental para a declaração negativa de competência do tribunal arbitral. Essa era a lógica motriz em que John Locke se baseou ao redigir já em 1698 a primeira lei de arbitragem Britânica, numa jurisdição que muito pouco se valia de leis, mas sim das práticas e decisões reiteradas dos tribunais”. FINKLESTEIN, Cláudio; CASADO FILHO, Napoleão; BIOZA, Daniel Mendes. ‘*Quo vadis kompetenz-kompetenz*’: Dissecando a conduta do STJ no CC 151.130/SP. In: **Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 155

⁸² “Por assim ser, não é de se estranhar que a popularidade e adoção do princípio atinjam níveis verdadeiramente universais, podendo a *kompetenz-kompetenz* ser identificada em diversas leis de arbitragem, regulamentos institucionais e convenções internacionais ao redor do mundo. In. FINKLESTEIN, Cláudio; CASADO FILHO, Napoleão; BIOZA, Daniel Mendes. ‘*Quo vadis kompetenz-kompetenz*’. Dissecando a conduta do STJ no CC 151.130/SP. In: **Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 153

⁸³ No mesmo sentido: SOLIMERE, Fábio. *The doctrines of kompetenz-kompetenz and separability and their contribution to the development of International Commercial Arbitration*, in. **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, vol. 80, 2014. p. 250

⁸⁴ “O Direito Francês optou por consagrar de forma mais clara tanto o efeito positivo quanto o efeito negativo do princípio competência-competência, consoante os arts. 1448 e 1465 do Código de Processo Civil. Segundo o art. 1448, se um litígio objeto de convenção de arbitragem é levado ao juízo estatal, esse deve se declarar incompetente, a menos que o tribunal arbitral não esteja constituído e, cumulativamente, a convenção de arbitragem seja manifestamente nula ou inaplicável. Já o art. 1465, a sua vez, prevê que o juízo arbitral é o único competente para decidir questões relativas ao seu poder jurisdicional [...] O Direito Alemão, de forma diversa, empregou regime *sui generis* do princípio competência-competência. Apesar de o Código de Processo Civil alemão ter adotado, no §1040, o modelo do art. 16, da Lei Modelo de Arbitragem da UNICITRAL, há diversas hipóteses em que o juízo estatal terá competência para julgar impugnações jurisdicionais das partes”. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder. FERREIRA, Mariana Martins-Costa... p. 1172 e 1173

⁸⁵ “Na Suécia, por exemplo, se o Judiciário for instado a considerar alguma objeção jurisdicional, ele poderá proferir uma determinação sobre a questão a pedido de uma das partes. Ou seja, não fará apenas uma análise *prima facie* da questão, mas emitirá uma decisão a respeito da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem. [...] Em outros locais, como nos Estados Unidos, há algumas alegações, principalmente relacionadas à existência da cláusula compromissória, que simplesmente não podem ser decididas pelos árbitros e devem ser dirimidas pelo Judiciário”. In. LAMAS, Natália Mizrahi, in. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de Arbitragem**... pp. 50 e 51.

figura única no contexto internacional e que não é termo apropriado para definir o fenômeno de “competência jurisdicional” dos árbitros⁸⁶.

Aceita ou não a crítica, o sentido original da expressão não coincide com o significado do que se entende por “competência-competência” no direito brasileiro⁸⁷-⁸⁸. Em nosso direito, o princípio, diferentemente de seu correspondente germânico, tem a função de garantir prioridade (que pode ser relativizada) à análise do tribunal arbitral⁸⁹. Havendo demonstração *prima facie* de vício, é possível o controle do Poder Judiciário sobre a decisão do tribunal arbitral, ou mesmo antes dela, quanto à sua própria competência.

O princípio da competência-competência guarda relação (indireta) com o princípio da separabilidade (“*Doctrine of Separability*” ou “*Doctrine of Severability*”),

⁸⁶ “Given these divergent understandings of the various formulae associated with a tribunal’s power to decide on its own jurisdiction, it is important to use such phrases with care. It would likely be best, in these circumstances, not to use historic formulae, such as *Kompetenz-Kompetenz*, *competence-competence*, or *negative competence-competence*, which may inevitably create confusion. A neutral and more international term, such as “*jurisdictional competence*,” would likely be more transparent and less likely to cause confusion”. In: BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, 3. ed. Kluwer Law International, 2021. p. 1.143.

⁸⁷ VAUGHN, Gustavo Fávero; SANCHES, Matheus Soubhia. Em torno do conflito positivo de competência entre juiz e árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 56, 2018. pp. 217-240.

⁸⁸ “A utilização da expressão alemã para designar o princípio é criticada, pois o princípio *Kompetenz-Kompetenz* no sistema jurídico alemão designava as situações em que um determinado órgão jurisdicional teria competência exclusiva e definitiva para decidir sobre a sua própria competência, ou seja, não haveria a possibilidade de posterior revisão judicial. No entanto, o princípio competência-competência adotado em arbitragem significa designar a competência ao tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência, com a possibilidade de posterior revisão judicial no âmbito de ação anulatória de sentença arbitral”. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder. FERREIRA, Mariana Martins-Costa. in. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário IV...** p. 1170.

⁸⁹ “Não há prioridade absoluta do juízo arbitral em relação ao juízo estatal para decisão sobre sua própria competência. Tampouco há clareza na lei quanto aos poderes do juízo estatal para determinar liminarmente a suspensão ou extinção da arbitragem ou mesmo decidir de forma definitiva a questão no âmbito da objeção apresentada pelo réu em ação judicial, antes da decisão do juízo arbitral sobre sua própria competência. Ademais, não se pode inferir do sistema jurídico brasileiro que haja prevalência da decisão judicial em relação à arbitral, como ocorre na Alemanha. Na verdade, a os arts. 18 e 31, Lei nº 9.307/96, levam-nos justamente à conclusão contrária. Muito embora a existência de decisão arbitral sobre sua própria competência impeça a continuidade da ação judicial sobre o mesmo litígio (art. 485, VII, Código de Processo Civil), nos casos em que ainda não há decisão arbitral sobre a questão não há qualquer norma legal que impeça o juízo estatal de decidir a questão” in. CEREZETTI, Sheila C. Neder. FERREIRA, Mariana Martins-Costa... p. 1179.

orientação adotada no Brasil⁹⁰⁻⁹¹ e em outras jurisdições⁹²⁻⁹³. A orientação do princípio da separabilidade estabelece que o contrato e o compromisso arbitral são instrumentos separados, de modo que a invalidade do contrato não atinge o próprio acordo de arbitragem⁹⁴. Assim, ainda que a convenção de arbitragem geralmente esteja inserida dentro de um contrato, na forma de cláusula compromissória, é a noção de separabilidade que garante a possibilidade de o próprio tribunal analisar a existência de vícios no negócio. Trata-se de orientação adotada na maior parte das jurisdições⁹⁵.

Apesar de sua relação, como aponta Gary B. Born é conceitualmente inadequado tratar os princípios da competência-competência e da separabilidade

⁹⁰ Thiago Marinho Nunes relata que, antes da vigência da Lei de Arbitragem, era controversa a adoção do princípio da separabilidade no direito brasileiro: “Sob a égide do Código de Processo Civil brasileiro, a questão da autonomia da cláusula compromissória era contestada, já que mesmo a sua validade não era reconhecida” in: NUNES, Thiago Marinho. A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro, in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 5, 2005. p. 27. Atualmente, a independência da cláusula compromissória em relação ao contrato é expressamente declarada pelo art. 8º, da Lei 9.307/1996: “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

⁹¹ “O princípio da separabilidade da convenção de arbitragem sugere que a convenção seja distinta – separável – do contrato em que está inserida, de maneira que a nulidade do contrato não necessariamente implicará a nulidade da convenção”. In: LAMAS, Natália Mizrahi, in: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de Arbitragem**. ... pp. 47 e 48.

⁹² “[...] *virtually all national systems recognize the competence-competence doctrine. Despite this broad international acceptance of the competence-competence doctrine, there is almost equally broad disagreement and uncertainty concerning the doctrine’s application and precise consequences*”. In: BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, 3. ed. Kluwer Law International, 2021. p. 1.141

⁹³ Ainda: SCHWEBEL, Stephen M.; MANTON, Ryan; SOBOTA, Luke. **International Arbitration: three salient problems**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 64

⁹⁴ “[...] *the most widely held understanding of the doctrine of separability is that the validity of an arbitration clause in a contract must be assessed separately from that of a main contract or legal relationship. Essentially, the doctrine of separability is utilized as a method of protecting the Kompetenz of arbitral tribunals, giving effect to the pro-arbitration trend seen all over the world.*” In: HAINING, Kristy. ZELLER, Bruno. *Can Separability Save Kompetenz-Kompetenz When There is a Challenge to the Existence of a contract?* in: **The international Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, vol. 76, 2010. p. 495.

⁹⁵ “ *Even though the arbitration clause is most often contained within the contract between the parties, under most laws and rules it is nonetheless considered a separate agreement. It thus may continue to be valid, even if the main agreement – that is, the contract where the arbitration agreement is found – may be potentially invalid. In most jurisdictions, this doctrine of separability permits the arbitrators to hear and decide the dispute even if one side claims, for example, that the contract is terminated, or never existed in the first place, or is invalid because it was fraudulently induced. Such claims would not deprive the arbitrators of jurisdiction because they pertain to the main contract and not specifically to the arbitration clause. Because the arbitration clause is considered a separate and distinct agreement, it is not impacted by claims of invalidity of the main contract, and still confers jurisdiction on the arbitrators to decide the dispute. The separability doctrine is embodied in numerous arbitration laws and rules*”. In: MOSES, Margaret L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 18

como elementos interligados. Seus escopos, fundamentos, origens e motivações são diversos, ainda que, em algumas situações, interceptem-se⁹⁶. A relação entre os princípios se dá, portanto, em casos específicos, nos quais se discute a validade do negócio jurídico objeto do acordo de arbitragem: “[a] separabilidade e [a] competência-competência, quando lidas em conjunto, permitem que um árbitro anule o contrato principal, sem ter necessariamente sua competência afetada”⁹⁷⁻⁹⁸. Não fosse o princípio da separabilidade, também seria inválida a cláusula arbitral e, conseqüentemente, o tribunal não teria jurisdição sobre a disputa.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar especificamente os efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem.

a) Os efeitos positivos da convenção de arbitragem

Os efeitos positivos da convenção de arbitragem consistem na obrigatoriedade de que as partes se submetam à jurisdição arbitral⁹⁹ e na habilitação

⁹⁶ “Despite these authorities, and as discussed above, it is conceptually wrong to explain the competence-competence doctrine by reference to the separability presumption. The separability presumption concerns the substantive existence and validity of the arbitration agreement, while the competence-competence doctrine concerns a tribunal’s power to consider and decide jurisdictional issues when the existence, validity, or scope of the arbitration agreement is challenged. 150 There are circumstances (discussed below) where the two principles intersect, 151 but it is essential to appreciate that they are analytically distinct concepts. [...] There are instances in which the separability presumption has consequences for the arbitrators’ competence-competence. In many cases, purported challenges to the arbitrators’ jurisdiction will in fact be nothing more than challenges to the existence, validity, or legality of the parties’ underlying contract, not to the associated arbitration agreement. In these circumstances, the separability presumption provides an explanation for the conclusion that the arbitral tribunal has the authority to consider and decide such challenges.”. In: BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, 3. ed. Kluwer Law International, 2021. p. 1.165

⁹⁷ LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 48. p. 24.

⁹⁸ No mesmo sentido: “Em virtude deste princípio da autonomia – princípio dominante no comércio internacional -, a convenção de arbitragem é separável do contrato principal ao qual ela está vinculada, mesmo se, como acontece frequentemente, ela esteja contida formalmente nesse contrato. Conseqüentemente, a partir do momento em que a validade do contrato principal é colocada em questão, a convenção de arbitragem que dele é independente não é atingida pela crítica, e o árbitro, cuja qualidade não é colocada em dúvida, não é paralisado por essa crítica; logo, ele pode conhecer da questão de validade do contrato principal”. ANCEL, Bertrand. O controle de validade da Convenção de arbitragem: o efeito negativo da ‘competência-competência’, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 6, p. 53.

⁹⁹ João Bosco Lee aponta que, antes da vigência da Lei de Arbitragem, a participação no processo arbitral não era obrigatória: “Antes da entrada em vigor da nova Lei de Arbitragem, como já ressaltado *supra*, o estabelecimento do compromisso arbitral era obrigatório para a instauração da arbitragem mesmo em presença de cláusula compromissória. Ou seja, a cláusula arbitral não era auto-suficiente para instaurar a arbitragem”. In. LEE, João Bosco. Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da ...pp. 14 e 15

dos árbitros a “se pronunciar sobre suas competências a partir do momento em que esta é contestada por uma das partes que invoca a inexistência ou invalidade do acordo de arbitragem”¹⁰⁰. Assim, na perspectiva das partes, são os efeitos positivos da convenção de arbitragem que as vinculam e tornam obrigatório submeter seus pleitos à jurisdição arbitral¹⁰¹.

Na perspectiva dos árbitros, os efeitos positivos têm a função de tornar possível a prestação da tutela jurisdicional. Não fosse o efeito positivo da cláusula compromissória, havendo discordância de uma das partes a respeito da jurisdição arbitral, os árbitros não poderiam decidir sobre sua própria competência e, conseqüentemente, não seria possível dar continuidade ao processo na jurisdição privada¹⁰². Ao reconhecer sua capacidade de decidir sobre sua própria competência, os efeitos positivos da cláusula compromissória viabilizam a arbitragem.

b) Os efeitos negativos da convenção de arbitragem

O efeito negativo da convenção de arbitragem consiste no direcionamento do efeito derogatório, observável na convenção de arbitragem, ao juízo estatal¹⁰³. Esse efeito, no direito brasileiro, garante a prioridade temporal do juízo arbitral em analisar sua própria competência sobre o juízo estatal¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

Assim, caso seja proposta ação perante a jurisdição estatal que tenha por objeto relação jurídica encoberta por convenção de arbitragem, cabe ao réu alegar,

¹⁰⁰ ANCEL, Bertrand. O controle de validade da Convenção de arbitragem...p. 52.

¹⁰¹ “Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter, como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-se reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)”. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3. ed. São Paulo: Atlas 2009. p. 79

¹⁰² SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. O papel do juiz no fortalecimento da arbitragem: efeito negativo da competência-competência v. *anti-suit injunctions*. in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 60, 2018. p. 50

¹⁰³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem ...** p. 208.

¹⁰⁴ SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. O papel do juiz no fortalecimento da arbitragem... p. 51

¹⁰⁵ No mesmo sentido: “A solução da Lei 9.307/96 é a adoção de uma precedência temporal. Quem primeiro decidirá a questão será o árbitro. [...] Reconhecida a incompetência pelo próprio árbitro, as partes são remetidas para o Judiciário, pois lá deverão resolver o litígio, por ele próprio, prosseguirá a arbitragem, sem prejuízo de que a questão venha a ser revisitada posteriormente perante o Judiciário em ação de nulidade”. In: FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os árbitros II, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024. p. 395.

em contestação, a competência do juízo arbitral (art. 337, X, do CPC/15¹⁰⁶), sob pena de renúncia à convenção de arbitragem¹⁰⁷. Acolhida a preliminar, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

O Poder Judiciário, no entanto, tem o poder de conhecer a inexistência ou invalidade da cláusula compromissória, caso os vícios possam ser aferidos em análise *prima facie*. Trata-se de exame realizado em “cognição sumaríssima, que funciona como um ‘filtro’ para a instauração de arbitragens manifestamente inviáveis por falta de convenção válida”¹¹⁰.

O STJ tem reafirmado a possibilidade de, excepcionalmente, reconhecer a “invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, em princípio, clarividente”¹¹¹. Exemplo de vício que pode ser verificado

¹⁰⁶ CPC/15: “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - convenção de arbitragem; [...]”.

¹⁰⁷ “Sempre que o autor ignora convenção de arbitragem e traz para o Poder Judiciário litígio que as partes reservaram para um juízo arbitral, cabe ao réu, sob pena de renúncia a este, invocar tal convenção em sede de contestação (art. 337, § 6º, do CPC). Se o réu silenciar na sua resposta diante da demanda do autor, a jurisdição estatal fica aceita por todos os participantes do processo, que então segue normalmente adiante, até porque o juiz togado não pode conhecer de ofício da convenção de arbitragem (art. 337, §§ 5º e 6º)”. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**, vol. 02. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.

¹⁰⁸ SANTOS, Maurício Gomm F. dos; SANTORO, Ana Carolina Martins. Convenção arbitral II: efeitos. in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024. p. 282

¹⁰⁹ Daí a afirmação de que não deveria existir conflito de competência entre o Poder Judiciário e Tribunal Arbitral: “O conflito de competência pressupõe a disputa entre dois órgãos que, ao menos em tese, podem ser, de fato, competentes para a causa. Mas entre tribunal arbitral e Judiciário isso não se põe. O ordenamento estabelece que cabe, em primeiro lugar, ao tribunal arbitral decidir sobre sua própria competência - devendo a causa submeter-se a seu processamento e julgamento, se ele se reputar competente (Lei 9.307/96, art. 8.º, par. ún.). O juiz estatal terá a última palavra sobre o tema, pois detém a competência para o controle da validade da sentença arbitral, incluindo-se entre os aspectos controláveis a validade e a eficácia da convenção arbitral (Lei 9.307/96, arts. 32, I e IV, e 33). Mas há uma ordem clara, definida: primeiro, prevalece a decisão do árbitro; depois de acabado o processo arbitral, pronuncia-se o Judiciário. O juiz estatal tem a última palavra sobre a existência, eficácia e validade da convenção arbitral, mas não tem a primeira. Logo, e a rigor, não cabe falar em conflito de competência na hipótese”. In: TALAMINI, Eduardo. **O fim do “conflito de competência” entre tribunal arbitral e juiz estatal**, 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/236663/o-fim-do--conflito-de-competencia--entre-tribunal-arbitral-e-juiz-estatal>. Acesso em 28/02/2024. No mesmo sentido: “[...] se o princípio da competência-competência fosse sempre observado, não haveria que se falar em conflito positivo”. In: VAUGHN, Gustavo Fávero; SANCHES, Matheus Soubhia. Em torno do conflito positivo...pp. 217-240.

¹¹⁰ “Caso a Corte entenda pela inexistência de convenção de arbitragem válida, notificará as partes de que a arbitragem não pode prosseguir. O exame *prima facie* é um exame preliminar feito com cognição sumaríssima, que funciona como um ‘filtro’ para a instauração de arbitragens manifestamente inviáveis por falta de convenção válida”. In: VALLE, Martim Della. Considerações sobre os pressupostos processuais em arbitragens, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 12. p. 18.

¹¹¹ REsp n. 1.699.855/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 8/6/2021

imediatamente pelo Poder Judiciário é o não atendimento à forma prescrita para cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão¹¹².

1.2.3.2 Os efeitos suspensivos da cláusula arbitral escalonada.

As cláusulas escalonadas são aquelas “estipulações contratuais que preveem fases sucessivas que contemplam os mecanismos mediação e arbitragem para a solução de controvérsias”^{113,114}.

Assim, é considerada cláusula escalonada aquela na, por exemplo, qual as partes concordam que “previamente à instituição da arbitragem para solucionar conflito surgido ou relativo ao contrato, submeter-se-ão ao processo autocompositivo de mediação ou conciliação”¹¹⁵. Nesses casos, há o peculiar efeito suspensivo da cláusula compromissória.

Isso porque, caso as partes tenham concordado com a prévia submissão de conflitos à mediação, o árbitro ou juiz deve suspender o curso do processo, arbitral ou judicial. A exceção, prevista nos termos do art. 16¹¹⁶ e art. 23¹¹⁷ da Lei 13.140/2015,

¹¹² “[...] 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, com esteio nos elementos fáticos reunidos nos autos, concluiu que o contrato de adesão entabulado entre as partes não contou, especificamente em relação à cláusula compromissória arbitral, com a expressa aceitação da parte aderente, conforme determina o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996, a autorizar, nos termos da jurisprudência do STJ, o reconhecimento, de plano, pelo Poder Judiciário, de sua invalidade. 3. Agravo interno improvido. [...]”. In: AgInt no REsp n. 1.761.923/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 19/8/2021.

¹¹³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73

¹¹⁴ Essas cláusulas adotar diferentes formas (são exemplos: “med-arb”; “arb-med”; “med-arb-med”; “arb-med-med”; “med-arb-opt-out”¹¹⁴), mas, em comum, preveem a adoção de diferentes meios adequados de solução de conflitos para uma mesma disputa. V.g.: MAIA, Marina Leal Galvão. As cláusulas escalonadas no ordenamento jurídico brasileiro: breves considerações sobre as cláusulas med-arb e seus efeitos, in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 72. *Kluwer Law International*, 2021. p. 65

¹¹⁵ PICELI, Rui Guimarães; FRANCO, Wagner. Adequada busca de resolução de conflitos societários mediante cláusula de escalonamento. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, vol. 78, 2017. pp. 153-164.

¹¹⁶ “Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. § 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro”.

¹¹⁷ “Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito”.

são casos em que se requeira tutela de urgência – mas só no que concerne à medida de urgência. Assim, em caso de escalonamento, o processo heterocompositivo só poderá ser iniciado após a tentativa de resolução autocompositiva pelo meio estabelecido contratualmente, sem o que ficará suspenso¹¹⁸.

A decisão pela suspensão do feito não é discricionária; não pode o juiz ou árbitro deixar de suspender o feito em caso de pedido regular¹¹⁹. A avaliação da viabilidade ou não da negociação, mediação ou conciliação cabe aos responsáveis pela sua condução, e não aos árbitros, que devem empregar as técnicas disponíveis para que se supere eventual resistência da parte em celebrar um acordo¹²⁰.

Eduardo Talamini esclarece que a especialidade do disposto no art. 16 da Lei 13.140/2015 permite a sobreposição da regra de suspensão do processo arbitral, mesmo que a instituição de arbitral preveja, genericamente, limites temporais à suspensão convencional do processo. De outro lado, havendo disposição específica, sua observação é obrigatória:

“Não há, no direito brasileiro, normas legais gerais sobre suspensão do processo arbitral. A regulação do tema está destinada à convenção arbitral, ao regramento da instituição arbitral e ao termo de arbitragem. Evidentemente, há maior carga de disponibilidade quanto à suspensão do processo, dado seu caráter não estatal. Mas cabe sempre ressaltar a possível existência de regras de observância obrigatória ditadas por instituição arbitral que as partes tenham eleito para administrar a arbitragem. Entre tais regras, pode haver as que estabeleçam limites cogentes à suspensão convencional do processo. De qualquer modo, se as partes tiverem optado pela incidência da legislação brasileira para regular o processo arbitral, a limitação de prazo à pura e simples suspensão convencional da arbitragem, eventualmente estabelecida no regramento

¹¹⁸ “O art. 23 da Lei de Mediação, por exemplo, regula as hipóteses de mediações oriundas de contratos e indica que, em caso de escalonamento de métodos de solução de conflitos, o processo adjudicatório (judicial ou arbitral) posterior à mediação só poderá ocorrer se ela tiver sido intentada e for infrutífera. Do contrário, tal processo adjudicatório ficará suspenso até que se tente a mediação. Mediadas de urgência, eventualmente necessárias, não estão sujeitas a esta limitação (art. 23, parágrafo único da Lei de Mediação)”. In: GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem ...**p. 167

¹¹⁹ TALAMINI, Eduardo. Suspensão do processo judicial para realização de mediação, in: **Revista de Processo**, vol. 277, 2018. pp. 565-584.

¹²⁰ “Alguns ainda põem em dúvida a extensão do dispositivo referido acima (que trata da suspensão da arbitragem ou do processo judicial), na medida em que os julgadores, diante do alto grau de litigiosidade das partes, podem entender inútil a instauração do procedimento autocompositivo. Não é, porém, adequado delegar aos árbitros (ou aos juízes togados, quando for o caso) a avaliação da possibilidade de êxito do procedimento de mediação/conciliação/negociação. Espera-se do mediador ou do conciliador que, com sua expertise, ciência e arte – mercê das técnicas múltiplas que pode empregar – vença eventual resistência ou renitência de alguns dos participantes, estabelecendo ambiente propício para transigirem”. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 34

institucional, em princípio, não se aplicará à hipótese prevista no art. 16 da Lei 13.140/2015 [...]”¹²¹.

O autor pondera que não se pode esperar que o árbitro permaneça indefinidamente vinculado a um processo arbitral, de modo que a suspensão do processo por “três, quatro, cinco anos [...] exorbita de qualquer expectativa razoável de arbitragem e de vinculação do árbitro ao seu múnus”, o que configura justa causa para desligar-se da função e a aplicação de regras de substituição do árbitro¹²².

A eficácia suspensiva da cláusula escalonada atinge, também, o prazo prescricional, que fica suspenso durante o transcorrer do procedimento (art. 17, parágrafo único, da Lei 13.140/2015¹²³)¹²⁴. Apesar da ausência de previsão legal específica, em aplicação analógica do art. 240, §1º, do CPC/2015¹²⁵, a doutrina sustenta que a suspensão do prazo prescricional se dá “na data da primeira sessão, retroagindo seus efeitos à data do convite”¹²⁶.

Caso a parte faça uso da cláusula escalonada para obstar a continuidade do processo arbitral, empregado verdadeira tática de guerrilha, é possível que os árbitros recorram à distribuição desigual das custas ou mesmo apliquem penalidades pecuniárias¹²⁷.

¹²¹ TALAMINI, Eduardo. Suspensão do processo judicial para realização de mediação, in: **Revista de Processo**, vol. 277, 2018. pp. 565-584.

¹²² TALAMINI, Eduardo. Suspensão do processo judicial para realização de mediação, in: **Revista de Processo**, vol. 277, 2018. pp. 565-584.

¹²³ “Art. 17. [...] Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional”.

¹²⁴ Nesse sentido: “Finalmente, importante observar que a preocupação anteriormente existente relativa à ocorrência da prescrição, em que as partes manifestavam temor ao decurso de prazo, enquanto se processava a mediação também restou resolvida pela Lei 13.140/2015, quando, em seu art. 17, estabeleceu a suspensão do prazo prescricional no curso do procedimento de mediação” In: PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. Cláusula Escalonada, in: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 292.

¹²⁵ “Art. 240. [...] § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação”.

¹²⁶ “Tendo em vista a imposição da lei de que as partes devem comparecer à primeira sessão de conciliação - mas que a mediação pode não acontecer, devido à recusa da parte no seu prosseguimento - e à intenção do legislador de estimular a mediação para evitar a judicialização do conflito apenas para se interromper a prescrição, aplica-se por analogia o disposto no art. 219, § 1.º, do CPC/1973 (e art. 240, § 1.º, do Novo CPC) entende-se que a suspensão ocorre na data da realização da primeira sessão, retroagindo seus efeitos à data do convite.” CINTRA, Najla Lopes. Mediação privada: aspectos relevantes da Lei 13.140/2015, in: **Revista dos Tribunais**, vol. 967, 2016, pp. 68-85.

¹²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 35.

1.3 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Tendo em vista o vínculo indissociável entre a arbitragem e a autonomia das partes, a sua extensão objetiva e subjetiva da convenção de arbitragem é definida pela manifestação de vontade sobre *quem* e *o que* se submete à jurisdição arbitral. A análise desses limites é pormenorizada abaixo.

1.3.1 Os limites objetivos da convenção de arbitragem

O art. 4º da Lei 9.307/1996 esclarece que a cláusula arbitral é a convenção pela qual as partes de um negócio jurídico concordam em submeter os litígios que “possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”¹²⁸. Há, com isso, a imposição de “um grau mínimo de certeza”¹²⁹ sobre o objeto que se submete à jurisdição arbitral: deve dizer respeito ao conjunto de direitos e interesses relacionados a uma relação jurídica. Não é lícita a estipulação acordo arbitral que tenha por objeto toda e qualquer relação entre as partes¹³⁰, mas é desnecessária pormenorização de todas as situações em que incidirá a competência arbitral¹³¹.

Prevalece, atualmente, o entendimento de que “qualquer dúvida deve ser resolvida ‘no sentido de favorecer a arbitragem’”, tendo em vista que, ao se celebrar

¹²⁸ “LArb: Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

¹²⁹ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. In. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de Arbitragem...** p. 95

¹³⁰ Nesse sentido, foi o aditamento ao voto do Min. Nelson Jobim no julgamento da SE 5.209/AgR pelo pleno do STF: “Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma, para a qual o argumento de Sepúlveda se aplica de forma correta. Ou seja, não é possível que alguém venha pactuar em que todos os conflitos que tenham um com o outro sejam submetidos à arbitragem. O que pode haver é um contrato entre as partes e submeter o litígio daquele contrato. Não pode haver uma renúncia absoluta e abstrata em relação ao Poder Judiciário”, in: STF – SE 5.209/AgR – Espanha – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 12/12/2001.

¹³¹ “ Em decorrência, se as partes incluírem num contrato social cláusula compromissória que submete ao árbitro ‘as desavenças decorrentes do contrato’, sustento que tal cláusula deve abranger os litígios entre os sócios, a exclusão de qualquer deles e a própria liquidação da sociedade, não sendo de se esperar cláusula longuíssima, que relacione todo o tipo de conflito que a imaginação possa engendrar. Da mesma forma, se a cláusula disser que ficam submetidas à arbitragem ‘as dúvidas surgidas na interpretação do contrato’, não parece razoável imaginar que os árbitros terão competência apenas para demandas declaratórias, cabendo qualquer pretensão condenatória ou constitutiva à apreciação do Poder Judiciário”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3. ed. São Paulo: Atlas 2024. p. 109

uma cláusula compromissória, não se cogita sua interpretação restritiva¹³². Quem celebra convenção de arbitragem, a princípio, deseja que toda e qualquer demanda oriunda do contrato seja submetida à arbitragem. Assim, “na falta de uma exclusão clara, a interpretação da convenção deve envolver toda a relação jurídica”¹³³.

É possível, entretanto, que a convenção de arbitragem atinja mais do que a relação jurídica descrita em um instrumento contratual, emanando efeitos sobre outros contratos¹³⁴. Nesses casos, a incidência da cláusula compromissória não é tão evidente, já que diz respeito a um instrumento dentre vários outros. O que importa a esses casos é identificar se “há entre esses contratos vínculo de dependência recíproca que justifica que sejam examinados e julgados conjuntamente”¹³⁵.

A primeira hipótese que se pode imaginar de coligação contratual são contratos diversos que têm por objeto a persecução de um mesmo objetivo ou operação econômica¹³⁶, da qual se pode compreender a existência de dependência recíproca¹³⁷. Nesses casos, apesar da diversidade de instrumentos, o objetivo e interdependência justificam o entendimento de que há uma intenção única de submeter os conflitos à arbitragem. É o que entendeu o STJ no julgamento do REsp 1.639.035/SP, ao identificar que havia um único objetivo econômico na celebração de contratos distintos voltados ao financiamento da atividade¹³⁸.

Outra situação em que se pode verificar a existência de coligação capaz de fazer incidir a eficácia da cláusula compromissória são os contratos sucessivos, cuja

¹³² FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem ...** p. 217

¹³³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. São Paulo: Atlas 2009. p. 85

¹³⁴ GAGO, Robert; FERNANDES, Wanderley. Extensão objetiva da cláusula arbitral, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 43, 2014. pp. 43 e 44

¹³⁵ GARCIA NETO, Paulo Macedo. Convenção arbitral III, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABEL, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024. p. 313

¹³⁶ GAGO, Robert. FERNANDES, Wanderley. Extensão objetiva da cláusula arbitral, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 43, 2014. p. 37

¹³⁷ GARCIA NETO, Paulo Macedo. Convenção Arbitral III, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABEL, Caio. **Tratado de Arbitragem...** p. 312

¹³⁸ “[...] 2.1. Nos contratos coligados, as partes celebram uma pluralidade de negócios jurídicos tendo por desiderato um conjunto econômico, criando entre eles efetiva dependência. 2.2. Reconhecida a coligação contratual, mostra-se possível a extensão da cláusula compromissória prevista no contrato principal aos contratos de “swap”, pois integrantes de uma operação econômica única. 2.3. No sistema de coligação contratual, o contrato reputado como sendo o principal determina as regras que deverão ser seguidas pelos demais instrumentos negociais que a este se ajustam, não sendo razoável que uma cláusula compromissória inserta naquele não tivesse seus efeitos estendidos aos demais [...]”. in: (STJ - REsp: 1639035 SP 2015/0257748-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 18/09/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2018)

prestação é renovada periodicamente. É o exemplo oferecido por Ana Gerdau de Borja Mercereau: “se um dado contrato de compra e venda contiver uma cláusula arbitral e, posteriormente à sua celebração, forem feitos novos pedidos adicionais de compra do bem comercializado, presume-se que esses pedidos estejam também abarcados pela cláusula arbitral”¹³⁹.

De outro lado, se inexistirem elementos fáticos bastantes à demonstração de que as partes intentaram encobrir todos os contratos por meio de uma cláusula compromissória, não haverá jurisdição arbitral para apreciar o caso. Foi esse o entendimento exarado no julgamento do *ICC Case no. 6829/1992*, relatado por Bernard Honatiau¹⁴⁰: apesar de os contratos terem sido celebrados e rescindidos em cadeia, bem como oferecerem referências cruzadas a dispositivos neles constantes, o tribunal não entendeu haver demonstração bastante da eficácia da cláusula arbitral para ambos.

Em qualquer situação, é importante que se verifique se há ou não escolha por outro meio de resolução de disputas ou, até mesmo, cláusula de eleição de foro¹⁴¹. Nesses casos, será possível que se compreenda que as partes optaram por retirar aquela relação do escopo da cláusula compromissória anterior. Não se trata, contudo, de situação que automaticamente afastará a eficácia da convenção de arbitragem. É possível, por exemplo, que de uma relação contratual surja a necessidade de celebração de novo contrato, com força de título executivo extrajudicial, no qual consta cláusula de eleição de foro. Nesse caso, pode-se cogitar que a cláusula de eleição de foro tem por finalidade exclusiva indicar o foro competente para eventual demanda executiva, sem que se atinja a eficácia da cláusula arbitral.

¹³⁹ MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. Arbitragem e Contrato, In: **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 666

¹⁴⁰ “*In ICC Case no. 6829 of 1992, the arbitral tribunal pointed out that if various parties conclude a series of contracts that are interrelated or interlocked, the fact that the contracts are interrelated is not sufficient to permit the arbitral tribunal to extend its jurisdiction based on one contract to another contract to which only one of the parties to the arbitration is a party. The fact that the termination of disputed agreements has been triggered by the termination of another agreement in the contractual chain is not a sufficient element. In the case under reference, the arbitral tribunal also pointed out that the fact that certain provisions of the disputed agreement referred to provisions of another agreement did not afford the tribunal jurisdiction on any issue relating to the interpretation or application of this second agreement*”, in: HONATIAU, Bernard. **Complex Arbitrations**: multi-party, multi-contract, multi-issue – a comparative study, 2. ed. Kluwer Law International, 2020. p. 247

¹⁴¹ MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. Arbitragem e Contrato, In: **Curso de arbitragem**... p. 666

1.3.2 Os limites subjetivos da convenção de arbitragem

Os limites subjetivos da convenção da arbitragem – ou a definição de quem ela vincula – são delineados pela manifestação vontade de submeter os conflitos oriundos de uma relação jurídica à arbitragem. Trata-se de requisito essencial, que deve se dar de forma clara e inequívoca: “a convenção arbitral que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar clara, cabal e inequívoca vontade dos contratantes de entregar a solução de litígios (atual ou futuro, não importa) à solução dos árbitros”¹⁴².

Assim, em primeira análise, serão atingidos pela eficácia da cláusula compromissória aqueles que com ela expressamente concordaram, mediante aceitação expressa da cláusula compromissória. Isso não significa que se vinculam somente aqueles que *assinam* a cláusula arbitral, mas que, por qualquer meio, oferecem sua concordância – seja por e-mail, carta, ou qualquer outro meio que demonstre sua concordância expressa¹⁴³.

Exemplo disso é o entendimento hoje prevalecente em relação a disputas societárias, de que cláusula compromissória vincula todos os sócios e acionistas¹⁴⁴, com fundamento na natureza plurilateral do contrato, contando com a presunção de aceitação das normas societárias e do princípio majoritário¹⁴⁵.

¹⁴² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. São Paulo: Atlas 2009. p. 83

¹⁴³ Nesse sentido é a jurisprudência do STJ: “O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consintam. [...] Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem”. (STJ - REsp: 1569422 RJ 2015/0177694-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 26/04/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2016).

¹⁴⁴ “[...] quando um acionista decide adquirir ações de uma companhia que possui uma cláusula compromissória em seu estatuto social, esse acionista está exercendo sua autonomia privada de optar pela arbitragem para solução de seus conflitos societários. Ele não é obrigado a adquirir ações. Ele não é obrigado a adquirir ações daquela específica companhia. Mas uma vez que ele tenha voluntariamente decidido adquirir aquelas ações, ele está também livremente optando por celebrar aquela cláusula compromissória estatutária – que sempre esteve presente naquele estatuto social, disponível para qualquer interessado examinar”. MONTEIRO, Andre Luis. Princípios que governam a arbitragem I, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**...p. 112

¹⁴⁵ TONIN, Mayara Gasparoto. ISFER, Mayara Roth. Apontamentos sobre a efetividade do sistema de aplicação da lei (*enforcement*) no mercado de valores mobiliários brasileiro, in. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 9, 2015. pp. 263-295. n.p.

De qualquer modo, o terceiro incluído indevidamente no processo arbitral poderá, sempre, oferecer impugnação ao cumprimento de sentença arbitral ou requerer a declaração de sua nulidade¹⁴⁶. Nessa hipótese, contudo, a parte não estará vinculada ao prazo decadencial de 90 dias previsto no art. 32 da LArb, tendo em vista que se trata de nulidade absoluta do processo arbitral, arguível em qualquer momento e cognoscível de ofício¹⁴⁷.

1.3.2.1 A extensão dos efeitos da cláusula compromissória

A manifestação *clara e inequívoca* de concordância com a submissão dos conflitos à arbitragem, requisito essencial para eficácia da cláusula arbitral, não precisa ser, necessariamente, *expressa*.

É possível que a parte, ainda que não tenha sinalizado expressamente sua intenção de submeter conflitos à arbitragem, consinta implicitamente com o acordo. Trata-se de hipótese da chamada “extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória”. A nomenclatura do termo é imprecisa¹⁴⁸, já que não há uma extensão dos efeitos da cláusula compromissória, mas o reconhecimento de que a cláusula compromissória atinge pessoa que não signatária. Em outras palavras, não há efetivamente extensão de seus efeitos; esses efeitos sempre atingiram a parte.

Cabe destacar que não ocorre, nesses casos, vulneração da consensualidade, marca essencial da arbitragem. Trata-se do reconhecimento de que esse exercício

¹⁴⁶ “Afirmar-se, de logo, que, sendo condenatória a sentença arbitral, o terceiro que for atingido pela respectiva eficácia, poderá oferecer impugnação (arts. 33, §3º, da Lei 9.307/96, c.c. art. 475-L do CPC) no momento processual em que estiver sofrendo, *in concreto*, tais efeitos”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias Constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral, in.: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 92

¹⁴⁷ “De uma forma ou de outra, parece possível o ajuizamento da Ação Anulatória com fundamento no inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem, justamente para discutir se era cabível a extensão subjetiva da convenção de arbitragem. Contudo, não nos parece possível aplicar, neste caso, o prazo decadencial de 90 dias, pois, podendo o não signatário se valer da Ação Rescisória, da *Querela Nullitatis* ou mesmo da Impugnação ao Cumprimento de Sentença Arbitral para ver reconhecida a nulidade ou ineficácia da sentença”. in: GASPARETTI, Marco Vanin. Convenção de arbitragem e litisconsórcio necessário: desvinculação de signatários. **Revista de Processo**, vol 341, 2023. pp. 369-380.

¹⁴⁸ “A ressalva terminológica é que a expressão ‘extensão subjetiva’, que se empregará aqui, não é perfeitamente técnica. A ideia, aqui, não é tratar da ampliação *stricto sensu* do perímetro de incidência da convenção de arbitragem a terceiros, mas identificar quem são as ‘partes-menos-que-óbvias’ que com ela concordaram por via da conduta”, In: PEDROSO, Luiza Romanó. O consentimento tácito à cláusula arbitral: um canal de distância entre França e Inglaterra, e um oceano de distância entre a ambos e o Brasil, in.: YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **Arbitragem no Brasil e no direito comparado: reflexões sobre direito empresarial, societário, consumidor, internacional e novas tecnologias**. São Paulo: Almedina, 2023 p. 269

pode se dar de modo diverso da simples assinatura da cláusula compromissória¹⁴⁹. A primeira causa para a chamada extensão dos efeitos da cláusula compromissória é a existência de grupo econômico entre a empresa signatária e outra pessoa que tenha participado da relação contratual – embora não seja parte do contrato. Trata-se da teoria do grupo de companhias, reconhecida internacionalmente como “*Group of Companies Doctrine*”, que permite entender que uma ou mais companhias de um grupo econômico, desde que integrantes do contrato, participam do acordo de arbitragem¹⁵⁰.

A teoria do grupo de companhias, em contexto de arbitragem internacional, tem como decisão paradigmática o julgamento da ICC no caso *Dow Chemical France v. Isover Saint Gobain*¹⁵¹⁻¹⁵². No caso, a existência de grupo econômico foi relevante para determinar a extensão dos efeitos da cláusula compromissória tendo em vista que o contrato era realizado com o envolvimento das diversas empresas que o integravam¹⁵³.

No cenário nacional, a discussão ganhou relevância com o caso *Trelleborg*¹⁵⁴⁻¹⁵⁵, julgado paradigmático proferido pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de

¹⁴⁹ De outro lado, Marcus Vinícius Vita aponta que não há vedação constitucional à extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória: “A uma, porque a possibilidade ou não de extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatário, em razão da necessidade de cláusula compromissória escrita, é um problema tipicamente infraconstitucional, que não inquina a validade jurídico-constitucional da questão”. VITA, Marcus Vinicius. A extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários: uma análise de sua viabilidade à luz da Constituição. In: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 363

¹⁵⁰ FERRARI, Pietro. *The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: is there any reason for this doctrine to exist?* In. **Journal of International Arbitration**, vol. 26, 2009. p. 662

¹⁵¹ HONATIAU, Bernard. OHLROGGE, Leonardo. *40th Year Anniversary of the Dow Chemical Award*, in. **40 ASA Bulletin**, 2/2022. p. 301.

¹⁵² Como exemplo da relevância do caso, embora verifique a existência de decisões anteriores em sentido semelhante: “*The leading case on the “Group of Companies” doctrine is the ICC case Dow Chemical France v. Isover Saint Gobain (“Dow Chemical”) [...] Arbitral “case law” developed the notion of “group of companies” and its consequences towards its members prior to the Dow Chemical decision*”. In: PONGRACZ, Irina A. *The ‘group of companies’ doctrine – between myth and reality*, in. **Revista Română de Arbitraj**, vol. 5, 2011. pp. 1-4.

¹⁵³ HONATIAU, Bernard. **Complex Arbitrations: Multi-party, multi-contract, multi-issue – a comparative study**. Kluwer Law International, 2020. p. 191

¹⁵⁴ Em comentário da decisão: “O precedente em questão seguiu o entendimento mais flexível da doutrina internacional, destacando que o comportamento da parte não signatária, aliado à vantagem econômica que se lhe aproveitou o negócio jurídico, autorizariam a sua sujeição à cláusula compromissória e o processamento da arbitragem em litisconsórcio passivo”. In: BENETI, Ana Carolina. BARALDI, Eliana. CUNHA, Elina. Extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias. VERÇOSA, Fabiane. **Arbitragem e mediação**...p. 6.

¹⁵⁵ Ressalta-se que o posicionamento adotado no caso *Trelleborg* não é bastante para que se conclua por posição consolidada no direito brasileiro: “Muito embora o caso-parâmetro explicado acima seja

Justiça do Estado de São Paulo¹⁵⁶. No caso, em resumo, decidiu-se “pela inclusão de parte não-signatária do instrumento contendo a cláusula compromissória em virtude da relação jurídica existente entre as partes e da conduta da parte não-signatária ao longo da relação”¹⁵⁷. A mesma razão de decidir se encontra em julgados mais recentes do mesmo tribunal¹⁵⁸.

Deve-se ressaltar que existência de grupo econômico não é, por si só, suficiente à demonstração de que os efeitos da cláusula compromissória atingem as demais empresas pertencentes ao grupo. Isso porque “Não basta [...] a mera existência de um grupo de empresas para que se deduza a existência de consentimento que abranja os outros componentes do conglomerado”¹⁵⁹; é necessário que a parte que se espera ver vinculada à arbitragem tenha demonstrado comportamento efetivo e contundente para que, dele, extraia-se consentimento com a convenção de arbitragem.

Há também quem defenda a possibilidade de extensão subjetiva da cláusula compromissória por meio da desconsideração da personalidade jurídica. A questão tomou especial relevância no direito brasileiro após o julgamento do REsp 1.698.730/SP, pelo STJ, no qual se reconheceu a jurisdição do tribunal arbitral para decidir sobre a desconsideração da personalidade jurídica:

indicativo de tendência liberal, não parece possível extrair dele uma posição consolidada do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da regulação da jurisdição arbitral em razão da manifestação tácita de consentimento”. In: PEDROSO, Luiza Romanó. O consentimento tácito à cláusula arbitral: um canal de distância entre França e Inglaterra, e um oceano de distância entre a ambos e o Brasil, in.: YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **Arbitragem no Brasil e no direito comparado: reflexões sobre direito empresarial, societário, consumidor, internacional e novas tecnologias**. São Paulo: Almedina, 2023. p. 288

¹⁵⁶ “Sentença que instituiu tribunal arbitral para dirimir conflito entre as partes Ilegitimidade de parte passiva afastada Argumento reiteradamente desenvolvido que cai por terra, face às provas dos autos que demonstram à toda evidência o envolvimento nas negociações de que decorreu o litígio instaurado Inexigibilidade de haver prévio contrato Art. 1º da Lei 9.307/96 que tem como exigência a capacidade das partes para contratar o que deve ser entendido como capacidade civil para manter relação jurídica que envolva direitos patrimoniais disponíveis. Aplicação de multa por oposição de embargos de natureza infringente. Decisão que se reveste de certo rigorismo, cumprindo ser afastada a penalidade imposta Recurso parcialmente provido.” (TJSP – Apel. nº 267.450-4/6, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Constança Gonzaga, j. 24/05/2006).

¹⁵⁷ GARCIA NETO, Paulo Macedo. Convenção arbitral III, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABEL, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 310

¹⁵⁸ Nesse sentido: TJ-SP – 1009300-25.2017.8.26.0114 – 16ª C. de Direito Privado – Rel.: Daniela Menegatti Milano – j. 13/03/2018; e TJSP – Apelação n 0035404-55.2013.8.26.0100 – 1ª C. Reservada de Direito Empresarial – Rel. Manoel Pereira Calças – j. 26/08/2015).

¹⁵⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 106.

“No contexto de abuso da personalidade jurídica, fraude e má-fé da parte formalmente contratante, afigura-se possível ao Juízo arbitral — desde que provocado para tanto, após cuidadosa análise da pertinência das correlatas alegações, observado o contraditório, com exauriente instrução probatória (tal como se daria perante a jurisdição estatal) —, deliberar pela existência de consentimento implícito ao compromisso arbitral por parte desse terceiro, que, aí sim, sofreria os efeitos subjetivos de futura sentença arbitral. Afinal, o consentimento formal exigido na arbitragem, que tem por propósito justamente preservar a autonomia dos contratantes (essência do instituto), não pode ser utilizado para camuflar a real vontade da parte, por ela própria dissimulada deliberadamente”¹⁶⁰.

A decisão sofreu com relevantes críticas da doutrina quanto à confusão existente entre a extensão da cláusula compromissória e desconconsideração da personalidade jurídica, que é regra para responsabilização patrimonial¹⁶¹. Para Carlos Alberto Carmona, por exemplo, a desconconsideração da personalidade jurídica encontra-se fora da jurisdição arbitral¹⁶²⁻¹⁶³.

Apesar das críticas, parece acertada a decisão do STJ. A desconconsideração da personalidade jurídica não possui caráter meramente patrimonial, tendo em vista a possibilidade de se pretender a desconconsideração da personalidade jurídica como forma de fazer com que a coisa julgada atinja terceiro que, inicialmente, não integra o processo. É o que se extrai do art. 134, do CPC, que estabelece o cabimento do incidente “em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de

¹⁶⁰ (STJ - REsp: 1698730 SP 2016/0146726-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 08/05/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2018 RSTJ vol. 251 p. 567)

¹⁶¹ “7. Não se confunde a adesão tácita (“extensão” da eficácia da cláusula compromissória) com a desconconsideração da personalidade jurídica. A primeira envolve a verificação do consentimento, ainda que não envolva assinatura no documento escrito que enforma o contrato, já a segunda diz respeito à regra de atribuição de responsabilidade patrimonial. O art. 50 do Código Civil não é fundamento hábil a vincular terceiro à arbitragem; 8. A desconconsideração de não signatário da convenção arbitral somente se verificará se primeiro o tribunal arbitral verificar ter havido consentimento com a convenção arbitral (ainda que tácito). A desconconsideração será um *posterius* em relação ao consentimento, que é *prius*; [...]” in: XAVIER, Rafael Branco. Desconconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu, in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 66. p. 66.

¹⁶² “A desconconsideração da personalidade jurídica – caracterizada em caso de abuso da personalidade jurídica, por conta de desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50 do Código Civil) – vem sendo incorretamente invocada por alguns para permitir a expansão da convenção arbitral. A desconstituição da personalidade jurídica não pode ser manejada pelo árbitro. E o motivo é intuitivo: a jurisdição do árbitro está naturalmente limitada pela convenção arbitral (objetiva e subjetivamente), de forma que seria inadmissível (e ineficaz) a decisão do árbitro que envolvesse na arbitragem terceiro que não lhe outorgou jurisdição. Dito de outro modo, a alegação de impecuniosidade da empresa contratante não é motivo suficiente para que outra sociedade do grupo (coligada ou controladora) seja arrastada à arbitragem”. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 107

¹⁶³ No mesmo sentido: BENEDUZI, Renato Resende. Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, in: **Revista de Processo**, vol. 290, 2019. pp. 473-492.

sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”¹⁶⁴. É também como entende Eduardo Talamini: “se ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica de terceiros, de modo a eles serem considerados vinculados, eles estarão sujeitos a todo o contrato, inclusive à cláusula arbitral”¹⁶⁵⁻¹⁶⁶.

1.3.2.2 A intervenção de terceiros

A decisão sobre o ingresso de terceiro na relação processual caberá ao tribunal arbitral, se já instaurado, ou à instituição arbitral, em exame precário, se pendente a instauração do tribunal¹⁶⁷. No entanto, tratando-se de pessoa que não participou da convenção de arbitragem, será necessário o consentimento das partes:

“[...] discute-se na doutrina arbitral se seria possível obrigar as partes signatárias da convenção de arbitragem a aceitar a intervenção coativa de um terceiro, não signatário, mesmo que contra a sua vontade. Sobre essa questão, Carreira Alvim aponta que a posição mais consistente é a que admite a intervenção desde que haja consenso entre as partes, tendo em vista a ideia fundamental da arbitragem centrada em acordo de vontades. A admissão da intervenção contra a vontade das partes iria contra uma das principais vantagens da arbitragem, consistente na possibilidade de resolução de litígios de forma convencional”¹⁶⁸.

A conclusão decorre do reconhecimento da autonomia da vontade como fonte da arbitragem; autonomia que se manifesta não somente em relação ao *que* ou a *como* o conflito será resolvido, mas também contra *quem*. Assim, a intervenção de terceiro sem a anuência de ambas as partes não pode ser admitida “sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio do juiz natural e por deixar de observar a liberdade de opção das partes pela jurisdição privada”¹⁶⁹. Também é possível que ocorra a exclusão do terceiro signatário antes da consolidação do objeto litigioso, pelo

¹⁶⁴ “Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

¹⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. Desconsideração de personalidade jurídica, execução e convenção arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 78, 2023. pp. 49-78.

¹⁶⁶ No mesmo sentido: “[...] o consensualismo que se exige na arbitragem não pode ser um meio de fraudar a vontade real e efetiva das partes.”, in: WALD, Arnoldo. A desconsideração na arbitragem societária, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 44, 2015. pp. 49-64.

¹⁶⁷ GARCIA NETO, Paulo Macedo. Convenção arbitral III, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 306

¹⁶⁸ FRAZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 193

¹⁶⁹ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem** ... p. 197

termo de arbitragem, ou, após sua estabilização, quando verificada sua ilegitimidade durante o processo¹⁷⁰.

1.3.2.3 Cessão do contrato e sucessão da parte

É possível, para além das hipóteses apresentadas anteriormente, que terceiros se apresentem no processo arbitral em razão da cessão do contrato ou sucessão da parte¹⁷¹. Nesse caso, os cessionários estarão vinculados, obrigatoriamente, à cláusula compromissória¹⁷²⁻¹⁷³. A conclusão é a mesma para os casos de sub-rogação¹⁷⁴.

O sucessor da parte também se vincula à cláusula compromissória. É como entende Inaê Siqueira de Oliveira: “o estado de sujeição à jurisdição arbitral está no complexo de relações jurídicas com valor econômico (patrimônio) do sucedido e vincula o sucessor, salvo excepcional natureza personalíssima”¹⁷⁵.

¹⁷⁰ GARCIA NETO, Paulo Macedo. Convenção arbitral III, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABEL, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 308

¹⁷¹ No direito brasileiro, conforme mencionado acima, a cessão da posição contratual constitui negócio jurídico atípico. No entanto, com base no princípio da liberdade e autonomia da vontade, não se pode obrigar a parte a contratar com pessoal que não deseja e, portanto, a cessão da posição contratual precisa contar com a anuência da parte contrária. Diante da consensualidade exigida, não se verifica qualquer óbice à cessão da cláusula compromissória, ainda que esta não possua conteúdo material propriamente dito”. FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de terceiros na arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 61

¹⁷² VITA, Marcus Vinicius. A extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários: uma análise de sua viabilidade à luz da Constituição. In: ABBOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 358

¹⁷³ Na doutrina internacional: “*La cession de créance a les mêmes vertus translatives que la cession de contrat proprement dite. La cession opère non seulement la transmission des droits résultant de la créance cédée, mais aussi de ses accessoires. C'est pourquoi la société d'affacturage qui recueille les créances que lui a cédées son client peut se voir opposer la clause compromissoire que l'un des débiteurs cédés aurait pu opposer au cédant.*” In: DELEBECQUE, Philippe. *La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. Vic. 1re, 6 novembre 1990)*, **Revue de 'Arbitrage**, vol. 1, 1991. p. 26.

¹⁷⁴ “As partes de um contrato que prevê arbitragem têm o dever, o direito e a legítima expectativa de arbitrar as disputas dele derivadas. O contrato, por sua vez, deve ser interpretado em conformidade com os princípios legais do ato jurídico perfeito, da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos. Em casos de transmissão de direitos de natureza contratual, a sub-rogação sempre ocorrerá depois da celebração do contrato – e um ato posterior não deve resultar na ruptura dos termos contratuais previamente estabelecidos”. SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Transmissão de Cláusula compromissória à seguradora por força de sub-rogação elgal. Arbitragem, direito securitário e consentimento, no direito brasileiro. 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. p. 818

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Inaê Siqueira de. **Trasmissão da cláusula compromissória**, Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 121.

O STJ tem posicionamento relevante sobre o tema. A Corte já decidiu que a cláusula compromissória se estende aos sucessores do signatário: “estabelecida no contrato social a cláusula compromissória arbitral, seus efeitos são, necessariamente, estendidos à sociedade, aos sócios – atuais ou futuros – bem como aos sucessores da quota social do falecido”¹⁷⁶.

No mesmo sentido, posicionou-se quanto à transmissibilidade da cláusula compromissória como decorrência da cessão contratual¹⁷⁷⁻¹⁷⁸.

1.3.3 O litisconsórcio no processo arbitral

Em caso de pluralidade de partes na relação contratual, definir a natureza do litisconsórcio, se facultativo ou necessário, é fundamental para que se verifique a validade da sentença a ser proferida na arbitragem, bem como ao exame de sua possibilidade de ingresso no processo¹⁷⁹. Havendo litisconsórcio necessário, deve o árbitro, inclusive de ofício, determinar sua inclusão no processo arbitral, caso seja signatário da cláusula compromissória. Caso o litisconsorte não seja signatário da

¹⁷⁶ “Se, quando do compromisso original, as partes consentirem em solucionar a controvérsia pela via arbitral e se, posteriormente, a própria posição contratual de ordem substantiva, que está sendo cedida e/ou substituída para outro, parecer intuitiva, esse terceiro deve assumir a posição de parte e deve aderir aos termos do compromisso arbitral, como se a ele tivesse aderido desde o início”. REsp n. 1.727.979/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 19/6/2018

¹⁷⁷ “2. A empresa requerida, ao incorporar a original contratante, assumiu todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula arbitral em questão, inserida no Acordo de Consórcio que por ela restou inadimplido”. In: STJ – SEC 894/UY – Corte Especial – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 20.08.2008.

¹⁷⁸ Trata-se de entendimento semelhante ao que, de acordo com Paulo Mota Pinto, é adotado pela doutrina portuguesa: “Mais recentemente, a doutrina arbitralista nacional tem também discutido o tema, continuando a defender a vinculação do cessionário e do cedido à convenção arbitral, operando, portanto, em princípio a transmissão desta mesmo sem consentimento do cedido: ‘a exclusão da sujeição à arbitragem dependerá de acordo em contrário ou de ser diferente o resultado interpretativo dos contratos relevantes, por efeito designadamente de intuitus personae que se deduza da convenção de arbitragem’. E a natureza da convenção de arbitragem enquanto acessório do crédito tem sido também afirmada a propósito do sentido da chamada ‘autonomia da cláusula compromissória’”, in: PINTO, Paulo Mota. Transmissão da Convenção de Arbitragem, in: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 78, 2023. pp. 273-305.

¹⁷⁹ “[...] há que se examinar a natureza do litisconsórcio à luz da legislação brasileira – se necessário ou facultativo – para, só numa segunda etapa, examinar se o litígio será discutido perante a via judicial ou perante a via arbitral”. In: BENETI, Ana Carolina. BARALDI, Eliana. CUNHA, Elina. Extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias. VERÇOSA, Fabiane. **Arbitragem e mediação**... p. 10.

cláusula compromissória, deve ser provocado pelo tribunal a integrar o processo, mas não está obrigado a fazê-lo¹⁸⁰.

A não formação do litisconsórcio necessário na arbitragem pode se dar em duas situações: (i) o litisconsorte necessário que integra a convenção de arbitragem (terceiro imperfeito); e (ii) o litisconsorte necessário estranho à convenção de arbitragem (terceiro perfeito)¹⁸¹⁻¹⁸². No primeiro caso não há dúvidas quanto ao seu vínculo com a cláusula compromissória, não podendo evitar a jurisdição dos árbitros e sua escolha por não integrar o processo não o afasta da sentença arbitral. Sua intervenção, seja voluntária, seja provocada, não pode ser afastada pelas partes que já integram o processo arbitral¹⁸³.

No segundo cenário, não tendo o litisconsorte necessário consentido com a convenção de arbitragem, não poderá ser obrigado a participar do processo e, em razão da indispensabilidade da formação do litisconsórcio necessário, sem ele, a arbitragem não poderá prosseguir¹⁸⁴. É como entende Ada Pellegrini Grinover: “havendo litisconsórcio necessário e não sendo possível compelir os litisconsortes ao processo arbitral, este está irremediavelmente fadado à extinção, sob pena de nulidade e ineficácia da sentença arbitral”¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. Por isso, a doutrina sustenta que seu ingresso voluntário não pode ser oposto pelas partes¹⁸⁷:

¹⁸⁰ “Na hipótese de litisconsórcio necessário, o árbitro, de ofício ou a requerimento da parte, deve convidar o terceiro a integrar o processo arbitral, mas se o terceiro não é signatário da convenção arbitral, a sua recusa em participar do processo não teria as mesmas consequências da revelia em sede judicial. Ao contrário, as partes ficariam livres para ingressar com a mesma demanda perante o Judiciário, onde o terceiro não poderia recusar-se a participar sem sofrer nenhum ônus”, In: FRAZONI, Diego. **Arbitragem societária**... p. 192

¹⁸¹ COSTA, Guilherme Recena. **Partes e terceiros na arbitragem**. 2015. 293. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Unidade de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 192.

¹⁸² GARCIA NETO, Paulo Macedo. Convenção Arbitral III, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 304

¹⁸³ COSTA, Guilherme Recena. **Partes e terceiros na arbitragem**...p. 192.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 192 e 193.

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e litisconsórcio...pp. 13-57.

¹⁸⁶ No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM, Teresa Arruda. Não sujeição do terceiro anuente à cláusula de compromisso arbitral prevista em contrato, in. **Pareceres**, vol. 1, 2012. pp. 123 e 144.

¹⁸⁷ Na mesma direção são previsões de conhecidas câmaras de arbitragem: “Assim, em relação à adição de terceiros à arbitragem, o Regulamento de Arbitragem de 2016 da SIAC estabelece, no art. 7.1, que o requerimento de integração de partes adicionais (*request for joinder*) poderá ser concedido (i) se a parte a ser adicionada estiver sujeita à convenção de arbitragem e (ii) se todas as partes, inclusive a parte a ser adicionada, concordarem com a integração dessa parte adicional à arbitragem. Como se observa, na forma do Regulamento de Arbitragem da SIAC, não existe a possibilidade de um terceiro ser adicionado à arbitragem sem que todas as partes estejam de acordo, de modo que basta que uma das partes envolvidas manifeste oposição para que o requerimento seja rejeitado”. MONTEIRO, Andre Luis. Princípios que governam a arbitragem I, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 113.

“A intervenção do litisconsorte necessário preterido tutela, no fundo, o próprio interesse contratual das partes, tal como concretizado na convenção de arbitragem. Por essa razão, é vedado aos contraentes manifestar recusa ao ingresso do terceiro quando já iniciado o processo. Semelhante postura impediria o atingimento do fim negocial, configuraria ato contraditório (e desleal) e violaria o princípio da boa-fé objetiva – que atua, aqui, para integrar o termos da própria convenção de arbitragem. O mesmo raciocínio vale para os árbitros que, tendo aceito o encargo de resolver a disputa, tem de admitir o ingresso do litisconsorte necessário, sob pena de tornar-se inútil a sua atividade”¹⁸⁸.

De outro lado, a existência de litisconsórcio necessário impele o litisconsorte signatário da cláusula arbitral a litigar judicialmente, em caso de não aceitação do(s) outro(s) litisconsorte(s). Nesse caso, a indivisibilidade do litisconsórcio necessário faz com que não se possa demandar perante somente um deles – seja na esfera arbitral ou judicial. Consequentemente, em razão da impossibilidade de se proferir sentença válida e eficaz, faz-se necessário afastar a cláusula compromissória e submeter o litígio ao Poder Judiciário¹⁸⁹.

1.4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DOS ÁRBITROS

Diante da ausência de regulação específica a respeito da produção de provas no processo arbitral, é comum o emprego de instrumentos de *soft law* para oferecer melhor delineamento do que corresponderia à adequada condução do processo. Em matéria probatória, destaca-se a relevância internacional da *IBA Rules on Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* como referência para a condução do processo, ainda que não se opte pela sua adoção como regras cogentes¹⁹⁰. Diante

¹⁸⁸ COSTA, Guilherme Recena. **Partes e terceiros na arbitragem**. 2015. 293. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Unidade de São Paulo, São Paulo, 2021. pp. 194 e 195.

¹⁸⁹ GASPARETTI, Marco Vanin. Convenção de arbitragem e litisconsórcio necessário: desvinculação de signatários, in: **Revista de Processo**, vol. 341, 2023. pp. 369-380.

¹⁹⁰ “Because of the different approach to evidence in the common law and civil law systems, the IBA in 1999 adopted Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (‘IBA Rules of Evidence’). The IBA Rules of Evidence themselves promote flexibility, stating in the Preamble that parties and tribunals may adopt them in whole or in part, or may vary them or simply use the Rules as guidelines. The IBA Rules of Evidence have contributed to harmonizing the approach used in many international arbitrations for the taking of evidence. Most parties and arbitration prefer that the IBA Rules of Evidence remain in the category of guidelines, rather than the IBA Rules of Evidence remain in the category of guidelines, rather than being imposed on the arbitrators by party agreement. This permits flexibility as needed to make the arbitral process responsive to the needs of the particular case”. In.: MOSES, Margaret L. **The principles ...** p. 165

disso, e especialmente considerando sua ampla aceitação na comunidade jurídica¹⁹¹, o presente estudo se amparará nas regras da IBA como fundamento para análise do direito probatório na arbitragem.

Inexistindo regra em contrário, os árbitros, à semelhança do que ocorre perante a jurisdição estatal (art. 370 do CPC/15¹⁹²⁻¹⁹³), tem ampla discricionariedade para realizar a instrução da forma que considerarem adequada à melhor condução do processo. Apesar disso, há na doutrina sugestão de que a atuação dos árbitros deve se dar de forma comedida e subsidiária, tendo em vista a natureza convencional da arbitragem e a pressuposição de igualdade das partes¹⁹⁴.

Em qualquer caso, é lícito às partes limitar os poderes dos árbitros na convenção ou termo de arbitragem¹⁹⁵, desde que não esbarrem em questões de ordem pública, como a admissibilidade de prova ilícita, vedada constitucionalmente¹⁹⁶. Cabe aos árbitros decidir, por meio de contraditório participativo, *como, quais e quando* serão produzidas as provas¹⁹⁷. Inexistindo estrutura rígida a ser seguida, “os

¹⁹¹ “Among them, the IBA Rules on Evidence are the most popular. The Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration showed that more than 60% of respondents apply the IBA Rules on Evidence regularly and more than 12% do so always”. In: SAMPAIO, Amanda N. *Soft-law, rules and party autonomy*, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024. p. 242

¹⁹² CPC/15: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

¹⁹³ A respeito da necessária temperança da atuação do julgador ao determinar a produção de provas de ofício: “É importante, no entanto, que a postura ativa do juiz seja exercida de forma equilibrada. Se o juiz assumir um protagonismo exagerado na fase instrutória, ele provavelmente estará substituindo as partes nesse papel e perdendo, com isso, um pouco de sua imparcialidade. Não se pode perder de vista que foram as partes que traçaram os contornos do litígio na inicial, no caso do autor, e na contestação, no caso do réu, e que compete a elas, portanto, a prova dos ‘fatos que alegaram’”. In: BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 41.

¹⁹⁴ “[...] Aliás, também bem da experiência a constatação de que as arbitragens, no mais das vezes, contam com advogados preparados e que, portanto, a atuação probatória oficial pode e deve mesmo se dar apenas de forma subsidiária”. YARSHELL, Flávio Luiz. A produção de prova no processo arbitral brasileiro: estamos no rumo certo? In.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. **Processo Societário**, vol. 3. Quartier Latin, 2018. p. 183.

¹⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto, **Processo e Arbitragem: um comentário à Lei 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 318

¹⁹⁶ MONTEIRO, Andre Luis. Princípios que governam a arbitragem I, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem...** p. 1169. No mesmo sentido: ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de; PONZINI, Fernando Figueiredo. Breves reflexões sobre os princípios constitucionais na arbitragem: vedação à prova ilícita, in: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição...** p. 168 e 169.

¹⁹⁷ “Veja-se que, na fase instrutória desenvolvida no procedimento arbitral, de toda descolada do formalismo próprio do processo judicial, cabe ao árbitro, exclusivamente, definir, em um contraditório participativo, não apenas a pertinência de determinada prova para o deslinde da controvérsia, mas, em especial, o momento em que dará a sua produção”. In: STJ - REsp: 1903359 RJ 2018/0320599-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 11/05/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2021.

árbitros poderão inovar, mas deverão garantir, sempre, que as partes poderão opinar, sugerir, justificar seus posicionamentos favoráveis ou contrários a determinadas escolhas e acompanhar o efeito prático”¹⁹⁸.

Ainda, os árbitros podem determinar, por meio de carta arbitral, o cumprimento forçado de ordens de exibição de provas para que o juiz togado imponha “toda sorte de medidas coercitivas necessárias, como multa diária [...] Pode também, quando preciso, deprecar até mesmo a condução coercitiva de testemunha”¹⁹⁹.

Importa destacar que os poderes instrutórios dos árbitros podem, eventualmente, ser limitados pelas partes na elaboração da convenção de arbitragem ou do termo de arbitragem.

1.4.1 *Due process paranoia* e necessário indeferimento de expedientes inúteis ou meramente protelatórios

A amplitude dos poderes instrutórios dos árbitros e a flexibilidade do procedimento, no entanto, não podem servir à sua ineficácia, razão pela qual é compromisso dos árbitros definir quais provas devem ser produzidas e quais são inúteis ou meramente protelatórias²⁰⁰. Diante disso, impõe-se um dever de controle sobre a produção de provas, pois “mesmo diante de um teórico amplo direito às provas, em termos concretos, a eficiência e economia processual impõe a racionalização desta atividade”²⁰¹⁻²⁰². Trata-se, inclusive, de orientação da *International Chambers of Commerce* para arbitragens conduzidas sobre suas

¹⁹⁸ BUENO, Júlio César. Princípios que governam a arbitragem II, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 150.

¹⁹⁹ MURIEL, Marcelo A. Produção de provas na arbitragem, In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista, **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrrônio R. Muniz, 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 314.

²⁰⁰ BERNINI, Marcela Tarré. NASCIMENTO, Vitor Szpiz do. A prova inútil e meramente protelatória e a cultura arbitra, in: LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem**: teoria, cultura, dogmática e prática. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p.407

²⁰¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; MARQUES, Lilian Patrus. O procedimento arbitral II, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024. p. 487

²⁰² “Da mesma forma como o juiz togado, ao determinar a produção de provas, a pedido das partes ou de ofício, o árbitro deve analisar se determinada prova é apta e necessária a demonstrar algo que seja relevante para o deslinde da controvérsia. Deve analisar, ainda, qual a melhor forma de produzir certa prova. Assim, na condução da instrução probatória, o árbitro deve levar em conta a economia e a celeridade, evitando custos e atraso evitáveis, de modo a que o procedimento arbitral seja o mais eficiente possível”. FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os árbitros II, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024. p. 401.

regras²⁰³. Esse controle, no entanto, não deixa de ser objeto de contestação pelas partes – inclusive com ameaça de futura tentativa de anulação da sentença arbitral:

“Por um lado, é irrestrita a liberdade do árbitro de requerer a produção da prova que lhe parece necessária para o deslinde do caso, com o fito de buscar a verdade real. Por outro lado, caso a parte queira produzir uma prova, e o árbitro venha a não considerá-la necessária para a solução daquela disputa, não raro a referida parte alega ter havido violação ao princípio do contraditório no curso do processo arbitral. E, em algumas hipóteses, tal parte chega até mesmo a ameaçar o árbitro, afirmando que, ao final da arbitragem, irá propor ação anulatória da sentença arbitral em vista do indeferimento da prova requerida, o que, com frequência, realmente acontece ao término da arbitragem”²⁰⁴.

Diante disso, como revelou pesquisa realizada pela *Queen Mary University of London*, há uma preocupação crescente na arbitragem internacional quanto à relutância dos tribunais em agir por receio de ajuizamento de eventual ação anulatória²⁰⁵. O fenômeno, nomeado como “*due process paranoia*”, é definido como o comportamento de tribunais que, temendo a submissão da sentença arbitral ao juízo de nulidade na jurisdição estatal, acaba acatar expedientes desnecessários^{206,207}.

²⁰³ “Consider whether requests for production of documents are genuinely necessary. If they are, the parties and the arbitral tribunal should consider establishing a clear and efficient procedure for the submission and exchange of documents. In at regard, they could consider referring to Article 3 of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration for guidance. In addition, the parties and the arbitral tribunal should consider establishing an appropriate time frame for the production of documents. In most situations, this is likely to be after the parties have set out their cases in full for the first time”. ICC Report on Controlling Time and Costs in Arbitration. Disponível em: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/861-2-ENG-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration.pdf>

²⁰⁴ VERÇOSA, Fabiane. **Audiência remota de instrução na arbitragem**...RB-3.17. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/299658791/v1/page/RB-3.17>. Acesso em: 30/01/2024.

²⁰⁵ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. Disponível em: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf. p. 6

²⁰⁶ “It is defined as the reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the award being challenged because the party did not have de chance to present its case fully. It includes situations where the tribunal admitter new evidence or circumstances late in the arbitration due to perceived concerns that the award would otherwise be vulnerable to challenge”. GENTELE, Oskar. *Combating Due Process Paranoia in Swedish Arbitration*, in. **Stockholm Arbitration Yearbook**, Kluwer Law International, 2019. p. 155

²⁰⁷ “Diante da frequente insistência – e, muitas vezes, verdadeiras ameaças da parte que pleiteia determinada prova – os árbitros ficam em dúvida se o requerimento de tal prova consiste em legítima manifestação visando ao regular exercício do direito de defesa da parte ou, simplesmente, a prática de genuínas “táticas de guerrilha”, que visam tão somente a obstruir o procedimento arbitral e/ou procrastiná-lo. Nesse cenário, queda-se o árbitro diante de uma verdadeira “escolha de Sofia”: entre atender ao eterno anseio das partes de que a arbitragem seja mais eficiente em termos de custos e tempo ou agir como verdadeiro guardião do devido processo legal, garantindo a legitimidade do procedimento e da futura sentença arbitral, tentando evitar, a todo custo, o ajuizamento de futura

Nesse estado de paranoia, o árbitro, “por receio, concede tempo adicional, aceita a introdução tardia de novos documentos ou argumentos, realiza audiências desnecessariamente longas”²⁰⁸⁻²⁰⁹. A situação se agrava em razão da falta de critérios claros para a inadmissão de provas que, ao fim, podem realmente justificar pleitos de nulidade da sentença arbitral²¹⁰. A consequência disso é o prolongamento dos processos arbitrais e aumento em seus custos, o que atenta contra a busca por maior eficiência da arbitragem²¹¹⁻²¹². Não se trata de questão observável somente na produção de provas²¹³, mas que com ela guarda relação mais íntima, em razão da facilidade de se requerer a produção de novas provas.

ação anulatória”. VERÇOSA, Fabiane. A produção de provas, in: LEVY; Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 223.

²⁰⁸ COSTA, Patrícia Ayub da. **Táticas de guerrilha ...** p. 137

²⁰⁹ No mesmo sentido: “Como dito anteriormente, a flexibilidade do procedimento arbitral acaba, muitas vezes, possibilitando que as partes, valendo-se desta característica, apresentem pedidos de provas inúteis para a análise da controvérsia, puramente procrastinatórias e em momento inoportuno, com o simples intuito de causar prejuízo ao prosseguimento da arbitragem”. In: BERNINI, Marcela Tarré. NASCIMENTO, Vitor Szpiz do. A prova inútil e meramente protelatória e a cultura arbitral, in: LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem...** p.413

²¹⁰ “*Though relevance is named as the first criterion for admission in practice it is not easy to separate the wheat from the chaff. Arbitrators are reluctant to limit the evidence that can be submitted and normally err toward permitting parties to present evidence, including the introduction of materials of questionable relevance. Arbitrators are mindful of the fact that their award can be set aside if a party was “unable to present the case”. It should be emphasised that parties must only be afforded a fair opportunity for presenting their cases; this does not mean that arbitrators are required to wait until a party actually avails itself of the right to be heard. Thus, a party cannot insist on the admission of evidence that the tribunal considers irrelevant. However, it would be unrealistic to rely fully on that way of thinking. As national arbitration laws usually do not counterbalance that basic principle of arbitral proceedings which protects the party’s right to be heard and do not help arbitrators with any special rules concerning relevance, we may conclude that any irrelevancy-based refusal to admit evidence submitted by a party is associated with significant risk, unless the evidence is manifestly irrelevant*”. In: PILKOV, Konstantin. Evidence in international arbitration: criteria for admission and evaluation, in: **Arbitration...** p. 149

²¹¹ JENSEN, J. Ole. BERGER, Klaus Peter. *Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, in: PARK, William W. **Arbitration International**, vol. 3, Oxford University Press, 2016. pp. 415-435. p. 416

²¹² No direito inglês, o *Arbitration Act 1996* estabelece que é dever do tribunal se esquivar de procedimentos protelatórios ou custosos: “33. *General duty of the tribunal. (1) The tribunal shall [...] adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined*”. Nesse sentido, a doutrina: “*Section 33 (1) has two limbs. The first, subs. 33(1)(a), effectively requires the tribunal to act in accordance with natural justice and broadly reflects Art. 18 of the Model Law. [...] Secondly, subs.33(1)(b) imposes a positive duty on the tribunal to adopt suitable procedures for the fair resolution of the dispute and avoid unnecessary delay and expense. Sectio 33(2) confirms the overriding nature of the duty imposed by s.33(1)*”. In: SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. **Russel ...**p. 195.

²¹³ “Surgem, assim, comportamentos ‘guerrilheiros’, com a implementação de táticas condenáveis, entre elas a impugnação de árbitros (e de peritos), por motivos fúteis, produção de quantidades pantagruélicas de documentos irrelevantes (‘cortinas de fumaça’), formulação de quesitos desnecessários durante a perícia, requerimentos de produção de provas inúteis (sempre acompanhados da ameaça de que o indeferimento ferirá o devido processo legal) ou ainda a

Reforça-se, com isso, a necessidade de que os árbitros observem seu dever de controlar a produção de provas. A forma, amplitude e justificativa para esse controle é analisado no capítulo a seguir.

2 O DIREITO À PROVA

O direito à prova pode ser entendido de diversas formas. Considerando a prova produzida dentro do processo, pode ser visto: (i) como direito de provar algo, como a possibilidade de produzir provas sobre algo; (ii) como direito à correta valoração da prova; e (iii) como direito ao contraditório sobre determinada prova²¹⁴. Há, nessas hipóteses, definição do direito à prova como um direito processual, exercido dentro de um processo.

Ao se entender o direito à prova como o direito a *provar* algo, para a parte que alega uma pretensão material, o direito à prova significa apresentar todas as provas positivas com que conte, enquanto à parte contrária seu significado é a oportunidade de apresentar todas as provas negativas de que disponha em relação à pretensão²¹⁵. Essa forma de entender o direito à prova tem vínculo com o contraditório e se manifesta dentro de uma relação processual.

Do mesmo modo, é estritamente processual o direito à prova como direito à sua correta valoração ou direito a participar da produção de provas.

Mas a atividade probatória não está restrita à atuação dentro de um processo: não só é possível a pré-constituição da prova fora do processo, mas também seu uso fora dele, como instrumento à análise estratégica da parte sobre suas pretensões²¹⁶ -

nomeação (por viua de substabelecimento, normalmente com reserva de iguais poderes) de advogado que crie impedimento ou suspeição em relação a algum dos árbitros". In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 391

²¹⁴ “[...] i) ao ‘direito à produção probatória’, compreendida como a disponibilidade dos meios no escopo de demonstração da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato, também com fulcro no inc. XXXV, do art. 5º da CF; ii) ao ‘tratamento em contraditório, assegurando-se a ciência acerca de determinada prova, a oportunidade de manifestação e contraprova e consideração judicial de forma fundamentada; iii) à correta valoração da prova, o que importa na adequada análise e consideração pelo juiz, de forma fundamentada. [...]” FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 57

²¹⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 57.

²¹⁶ “[...] a atividade probatória não está restrita à atuação estatal. Relevantes providências nessa seara estão (cada vez mais) confiadas à atuação dos sujeitos da relação de direito material, responsáveis em ngrande medida pela pré-constituição do que se pode qualificar tecnicamente como prova”. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44

mais claramente, as partes têm direito à investigação de fatos que são de seu interesse²¹⁷. Há, portanto, um direito à prova que preexiste à relação processual e que não se confunde com a relação de direito material existente entre as partes ou com o exercício do contraditório dentro do processo²¹⁸.

Com o reconhecimento de um direito à prova autônomo do processo e em relação à pretensão de direito material, impõe-se também sua diferenciação em relação às hipóteses tratadas anteriormente. É isso que se chamará, adiante, de direito à prova em sentido estrito.

A existência de um direito autônomo e material à prova tomou forma no CPC/2015, com a desvinculação da ação de produção antecipada de provas de sua função cautelar²¹⁹. Há, ainda que indiretamente, o reconhecimento de que o direito à prova prescinde do exercício de direito de ação sobre alguma demanda futura e eventual.

²¹⁷ “A partir desse prisma, entende-se que o direito à prova abrange o direito à investigação, cujo exercício ‘não se destina exatamente à obtenção e à preservação das fontes materiais da prova’. Diferentemente disso, ‘[q]uando se investiga e se registra o resultado da investigação, não se está apenas obtendo ou conservando uma fonte de prova’, na verdade ‘chegar à fonte é também empregar um meio de prova’, o que significa dizer que ‘buscar a fonte é também produzir a prova, ainda que não se esteja, aí, pensando diretamente na formação do convencimento do juiz que aplicará o direito no caso concreto, mas, sim, nos sujeitos parciais (ainda que potencialmente)’”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; VAUGHN, Gustavo Favero; FERNANDEZ, Michael. A produção antecipada de prova sem o requisito de urgência, *discovery* e processo: algumas reflexões em prol da possível maximização do art. 381, II e III, do CPC. In: YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Londrina, Thoth, 2024. p. 308.

²¹⁸ “Ou seja, a ação de produção antecipada de provas 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 objetivo precípua é a obtenção autônoma da prova. O que as partes pretendem com o ajuizamento dessa ação não é a declaração de direito material, mas apenas e tão somente: i) a declaração de que existe o direito à obtenção daquela determinada prova; ii) a obtenção da prova”. In: ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 183

²¹⁹ O CPC português não admite a produção antecipada de provas sem natureza cautelar. A solução encontrada pela doutrina para a medida é recorrer ao dever de cooperação existente entre as partes, ainda que com restrições: “Parte dessas respostas poderia ser encontrada no que se afirma ser o compromisso das partes em cooperar para obter a solução arbitral. A relação com esse compromisso poderia ser feita na medida em que se reconheça que ‘se as partes preferiram a arbitragem ao tribunal judicial, tendo conhecimento prévio que o árbitro não dispõe dos meios cominatórios ou sancionatórios do juiz, contraria as regras de boa-fé se não cooperarem com o árbitro naquele sentido. A isso estão elas obrigadas quer pela convenção de arbitragem, quer pelo contrato de árbitro e, ainda, pela lei que impõe às partes uma atuação consentânea com a boa fé’. [...] Não se encontra na lei de arbitragem voluntária fundamento para um dever jurídico e cooperação geral e abstrato. A única referência à colaboração [...] tem referência com a ausência de poderes coercitivos do tribunal arbitral, e não com a existência de uma sujeição das partes a qualquer providência instrutória [...]”. In: RODRIGUES, Viviane Siqueira. A produção antecipada de provas na legislação portuguesa, no âmbito de cooperação europeia e na lei de arbitragem voluntária: o convite à arbitragem internacional com sede em Portugal. In: YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **Arbitragem no Brasil....** p. 443

2.1 O CONCEITO DE PROVA

A palavra “prova” é conceito polissêmico, que não é encontrado somente no direito²²⁰⁻²²¹. O conceito pode ser interpretado como: procedimento, produto, atividade, meio, resultado, enunciação, enunciado, proposição, norma, fato, metafato, signo, indício, pista, vestígio, marca, sinal, mensagem, relação, elemento constitutivo do fato jurídico em sentido estrito, meio de convencimento, presunção, sobreprova, metaprova, reforço de prova, contraprova, demonstração, experiência, competição, providência preliminar, certificação e meios de prova²²².

Tradicionalmente, a doutrina compreende o conceito a partir de três perspectivas: (i) atividade, (ii) meio e (iii) resultado²²³⁻²²⁴. Soma-se a isso a contribuição de Andrea Proto Pisani, que verificou a possibilidade de se atribuir à prova o significado de “*instrumento de conhecimento do fato*”²²⁵. Em qualquer um desses casos, as definições de prova se voltam à pretensão de descoberta da

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 65

²²¹ A polissemia do termo também se identifica, por exemplo, na língua italiana: “*Infatti, la terminologia sul diritto probatorio si presenta, a volte, come incerta e confusa, in quanto: mentre la prova è di per sé un giudizio, il termine prova viene utilizzato anche per riferirsi ai mezzi di questo giudizio o ancora per indicare il risultato di questo giudizio.*”

Il termine prova è polisemico, in quanto indica il risultato dimostrativo di un procedimento o di un mezzo probatorio esperito e capace di rappresentare al giudice l'esistenza o inesistenza dei fatti giuridicamente rilevante. In: BONATO, Giovanni. *Il sistema probatorio nel processo civile italiano*, in. **Revista da Faculdade e Direito UFMG**, n. 71. Belo Horizonte, 2017. pp. 165-188. p. 169.

²²² TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. pp. 92-114

²²³ AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis**. Londrina: Thoth, 2023. p. 27

²²⁴ Disso o português difere-se da língua inglesa, na qual se adotam palavras diversas para designar prova como instrumento (“*evidence*”) da prova enquanto resultado (“*proof*”): “Os sistemas de língua inglesa adotam vocábulos diversos para expressar esses conceitos: “*evidence*” para indicar o elemento que serve à demonstração das alegações de fato e “*proof*” para referir o resultado ou conclusão acerca da demonstração (o “*está provado*”). Entre os sistemas de língua latina, contudo, o mesmo vocábulo “prova” é usado para significar ideias distintas: (i) ora aquilo que serve para instruir (fonte); (ii) ora o procedimento da instrução (meio), (iii) ora o seu resultado (demonstração)”, In: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Fatos e provas novos no processo civil** [livro eletrônico]: momento da alegação e da prova. Ação rescisória. Ação Revisional. Renovação da Ação Coletiva. Thomson Reuters: São Paulo, 2023. p. RB-8.7

²²⁵ “[...] a) *gli strumenti di conoscenza dei fatti; vedremo come tali strumenti sono tre: l'ispezione, il documento e la dichiarazione di scienza; gli strumenti di conoscenza si chiamano anche fonti material di prova e, se consistenti in documenti o dichiarazioni di scienza, fatti rappresentativi o fonti di rappresentazione; b) il procedimento tramite il quale gli strumenti di conoscenza (le fonti material di prova) si formano e sono acquisiti al giudizio (modalità dell'ispezione, della formazione e della produzione del documento, della acquisizione delle dichiarazioni di scienza; c) l'attività logica di conoscenza dei fatti, attività che si vedrà essere soprattutto attività di percezione e di deduzione; d) il risultato della attività logica di conoscenza. [...]*”. In: PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**, 6. ed. Napoli: Jovene, 2014. p. 406.

verdade, como objeto que pode ser atingido por meio da instrução processual: empregando-se a prova-meio, é possível se atingir a prova-resultado

Essas definições são, todas, consideradas insuficientes, por partirem da premissa de que a prova se destina à reconstrução de um fato pretérito. Considerando que “a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida”²²⁶, não é precisa a definição que atribua à prova a função de demonstrar esse passado.

Ademais, o processo não tem preocupação exclusivamente com a verdade: limites às diligências que podem ser adotadas e prazos preclusivos dificilmente se justificariam epistemologicamente, porque restringem a possibilidade de conhecimento. Apesar disso, trata-se de medidas indispensáveis à condução do processo e resolução do conflito. Assim, a contemporânea tendência de identificar a impossibilidade de descoberta da verdade por meio do processo, bem como o reconhecimento de que a função jurisdicional supera sua busca, torna necessária a reconstrução do significado de prova.

Para ser coerente com as limitações do processo e seus objetivos institucionais, a prova deve ter seu significado construído a partir do que exerce: impacto argumentativo sobre um processo lógico e retórico; a prova deve ser vista como “instrumento apto a demonstrar algo dentro de um procedimento cognitivo”²²⁷. Mas não é possível recorrer somente ao processo de cognição para que se possa definir o conceito de prova no direito. O processo atende a outros interesses que não só a descoberta da verdade e, portanto, condiciona a admissão de provas. Assim, para que seja possível transpor a definição à esfera jurídica, é necessário que a aptidão da prova se dê, também, pelo atendimento à sua pretensão de validade perante a ordem jurídica.

Ainda que um documento se apresente como relevante para reforçar a pretensão de ver uma afirmação ser declarada como verdade, pode lhe faltar aptidão jurídica para tanto. É o caso da prova ilícita, que comunica “uma linguagem correspondente à realidade”, mas não uma linguagem válida²²⁸. Marinoni e Arenhart

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 67

²²⁷ OLIVEIRA, Blecaute Silva. A prova e o fato. In: OSNA... [et. al.] **Direito Probatório**. Londrina: Thoth, 2023. p. 42

²²⁸ “ Até mesmo a representação dos fatos jurídicos deve ser válida. É o que prescreve o inciso LVI, ao vedar a utilização, em processo, de provas ilícitas. Ou seja, ainda que uma prova contundente

definem prova como “todo meio retórico, regulado pela 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”²²⁹⁻²³⁰. O mérito do seu conceito é vincular o significado de prova, como meio retórico, à sua adequação ao ordenamento jurídico (pretensão de validade) e ao seu objeto, que são as proposições objeto de impugnação (pretensão de relevância).

Ocorre que a definição parte de pressuposto de vinculação da prova com um processo judicial, deixando de lado as provas que existem fora do processo ou que foram produzidas antes dele – bem como ao seu uso como instrumento para convencimento das próprias partes²³¹⁻²³². Ao assim definir o termo de prova, afasta-se a premissa, reconhecida no presente trabalho, de que podem existir provas fora do processo e, especialmente, fora do processo principal. Não se trata da definição que melhor se amolda ao objeto do presente trabalho: (i) a produção antecipada de provas dispensa a existência, quando não pressupõe a inexistência, de um processo ou de

evidencie a ocorrência de um determinado evento, se foi ilicitamente obtida, não estará apta a garantir a aplicação da respectiva sanção. Sem a condição de validade das provas, as representações jurídicas refletiriam uma linguagem correspondente à realidade, ou uma linguagem verdadeira, na concepção da verdade por correspondência, corolário do princípio de identidade, essencial na lógica ocidental”. ARAUJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica e investigação do direito*. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo Lógico-Semântico**, vol. 1, 2. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 141

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...** p. 68

²³⁰ Em sentido semelhante, dos mesmos autores: “Mais especificamente, pode-se compreendê-lo com meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 497

²³¹ E isso se dá por escolha metodológica dos autores para elaboração do termo, não por imprecisão conceitual: “Escolhido, arbitrariamente, o ponto de vista da decisão judicial – eleito por ser, afinal, o escopo do processo de conhecimento, e o principal aspecto de preocupação do processualista neste campo -, tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...** pp. 67 e 68

²³² Quanto à instrumentalidade da prova e sua desvinculação com a cognição do julgador: “[...] o direito à prova passa a ter autonomia, ganhando função instrumental – e isso liga o direito à prova a outra premissa ‘de maior abrangência e rigor metodológico’ inerente à teoria geral do processo: a ‘instrumentalidade de todo o sistema processual a certos objetivos que devem comandá-lo. A autonomia do direito à prova rompe ‘a tradicional e exclusiva ligação que se faz entre prova e julgamento estatal, com a valorização do nexa entre a obtenção da prova e a avaliação das partes quanto as suas chances em juízo’”. in: YARSHELL, Flávio Luiz; VAUGHN, Gustavo Favero; FERNANDEZ, Michael. A produção antecipada de prova sem o requisito de urgência, *Discovery e processo: algumas reflexões em prol da possível maximização do art. 381, II e III, do CPC...* p. 307

impugnações; e (ii) a produção autônoma de provas não tem a finalidade imediata de convencer o julgador, mas de oferecer subsídios às partes²³³.

Entende-se como prova: todo instrumento retórico apto, regulado pela lei, e dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a demonstrar algo dentro de um processo cognitivo. Explicitar esse conceito é relevante para que se compreendam os limites objetivos da produção autônoma de provas. Reconhecer que a prova produzida de forma autônoma não se dirige ao convencimento do julgador nem à resolução de questões controvertidas é o que autoriza o seu reexame em futura demanda é dizer que, por definição, a prova produzida antecipadamente não vincula o julgador de processo futuro quanto à sua admissibilidade no processo.

2.2 CRITÉRIOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE E LIMITES EXTERNOS AO DIREITO À PROVA

O direito à prova não é absoluto ou ilimitado^{234,235}, pois surge de outros interesses jurídicos relevantes, como prestação de tutela jurisdicional adequada ou a descoberta da verdade²³⁶. Sem essas bases, não haverá, direito à prova. Como qualquer outro direito, deve ser lido de acordo com o princípio da proporcionalidade e ser sacrificado em confronto com direitos e garantias consideradas, no caso, mais relevantes. Nesse último caso, contudo, a limitação à prova não pode resultar na

²³³ “É visão, portanto, que vai ao ponto de condicionar o conceito de produção da prova não apenas à realização dessa última em processo, mas no processo em que presente o respectivo destinatário, entendido como o juiz que a valorará (e que, assim, declarará o direito no caso concreto). [...] Portanto, este trabalho aceita e parte da premissa de que, embora a prova seja instituto de natureza processual, é perfeitamente possível sua formação fora do processo; e com maior razão – fora do processo principal, isso é, do processo cujo objeto é a declaração (ou a atuação prática) do direito”. In: YARSHELL. Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 25 e 26

²³⁴ “O direito à prova, portanto, é a base forte de qualquer processo, seja ele judicial ou arbitral e, por essas razões, é a expressão dos princípios do contraditório e da ampla defesa, todos garantidos constitucionalmente. Contudo, assim como as demais garantias constitucionais, o direito à prova não se reveste de caráter absoluto, sendo restringido em certos casos, a fim de manter o equilíbrio do sistema e evitar a colisão com outras garantias previstas na Carta Magna”. In: ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de; PONZINI, Fernando Figueiredo. Breves reflexões sobre os princípios constitucionais na arbitragem: vedação à prova ilícita, in: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição...** p. 162.

²³⁵ No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 174

²³⁶ *Idem*, p. 174 e 175

completa inviabilização da prestação de tutela jurisdicional, sob pena de inconstitucionalidade²³⁷.

A pretensão à produção da prova encontra limites quando em conflito com outros direitos fundamentais, bem como na regulação intraprocessual²³⁸, tendo em vista que o processo não busca a construção do melhor conjunto probatório possível a qualquer custo. Tais limitações pode sem classificadas como internas ou externas no âmbito do direito à prova, visto que afetam seu exercício e admissibilidade no processo. Por limitação interna se entende aquela relacionada ao impacto esperado da prova no processo para a solução da lide, o que faz com que só sejam admissíveis aquelas provas que são *capazes de produzir um resultado positivo na resolução do caso*. Já o limite externo é aquele que não tem relação com o direito à prova de uma das partes, oriundo de direito material que afeta a própria prova. A limitação interna dá-se em relação às provas que não são capazes de auxiliar na solução que deve ser oferecida pelo órgão jurisdicional. O indeferimento de provas que não são capazes de produzir resultados relevantes à solução da causa se justifica em razão da necessidade de atender aos interesses temporais, financeiros e sociais que permeiam o processo civil²³⁹.

São dois os elementos necessários à caracterização das provas como *capazes de produzir um resultado positivo na resolução do caso*: a relevância e a pertinência. Para que uma prova supere a limitação interna à produção de provas, portanto, é necessária que a prova seja relevante e pertinente.

De outro lado, a produção de provas deve observar direitos e garantias que podem ser atingidos ou violados. Esse é o limite externo à produção probatória:

“O procedimento probatório constitui, no entanto, apenas uma parte da engrenagem que visa a dar tutela aos direitos. Embora extremamente importante, a obtenção da verdade pode ser conciliada com outras exigências práticas que também conduzem ao referido resultado como, por exemplo, os

²³⁷ *Idem*, p. 175

²³⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 31. ed., 2015. pp. 427 e 428.

²³⁹ “Atos de instrução desnecessários, dispensáveis, inaptos a alterar a solução da causa ou influenciar o convencimento vão de encontro às relações menores custos (temporais, financeiros, sociais) – melhores resultados (temporais, financeiros, sociais) inerentes à ideia de eficiência. ‘Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível’. Da mesma forma, o ato de instrução será inefetivo, pois dele não decorre qualquer elemento de fato novo ao processo. Simplesmente a sua produção terá sido inútil”. In: AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 181.

já mencionados fatores de tempestividade e de custo. O processo não constitui, com efeito, instrumento exclusivamente epistêmico: é formado por normas fundadas em outros valores que, não raro, justificam limites à admissibilidade das provas”²⁴⁰.

Em outras palavras, não são todas as provas requeridas que merecem ser admitidas. O exame de sua admissibilidade se dá em dois intervalos lógicos: (i) primeiro se verifica se (a) a prova que se pretende produzir tem por objeto fatos relacionados à lide e (b) se essa prova é capaz de causar impacto significativo na resolução do caso; e (ii) em segundo momento, verifica-se se há algum impeditivo externo à produção da prova²⁴¹.

2.2.1 Limites internos ao direito à prova: a pertinência e relevância

É princípio básico do direito probatório que devem ser admitidas as provas que puderem auxiliar no julgamento do caso²⁴². Embora usualmente se refira somente à *relevância* da prova como seu critério de utilidade, o estudo de sua admissibilidade pode ser mais bem explorado quando se considera também, em apartado, o critério da *pertinência*²⁴³.

²⁴⁰ CARPES, Artur. **O que provar?** Admissibilidade e eficiência da justiça civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. n.p. RB-3.8. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/314557206/v1/page/RB-3.8>. Acesso em: 30/01/2024.

²⁴¹ O exame dos limites externos à produção de provas estão vinculados aos critérios legais aplicáveis ao caso, razão pela qual se fala em admissibilidade *stricto sensu*: “*In contrast to relevance and materiality, admissibility sensu stricto is a purely legal criterion. Arbitral tribunals possess broad discretion in determining admissibility sensu stricto under the IBA Rules and the majority of arbitration rules. However, this discretion faces a number of limitations in practice, even in those cases when arbitration rules specifically state that evidence need not be admissible in law to be admitted by the tribunal.*” PILKOV, Konstantin. Evidence in international arbitration: criteria for admission and evaluation, in. **Arbitration**... p. 150

²⁴² Em relação aos princípios da UNIDROIT no processo civil transnacional: “*The basic principle is that any factual information that is rationally useful in reaching judgment on the relevant facts of the case should be admissible as evidence. The court may refuse to accept evidence that is redundant.*”. In: **ALL/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure: as adopted and promulgated**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 138

²⁴³ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco aponta a desnecessidade de tratamento autônomo do requisito da pertinência: “A pertinência, às vezes indicada como predicado indispensável aos fatos cuja alegação deva ser objeto de prova, é aspecto da própria prova e não merece tratamento autônomo”. No entanto, no mesmo parágrafo, o autor reconhece a possibilidade de que as provas sejam irrelevantes sem que sejam impertinentes – o que, justifica seu exame apartado: “Mas há fatos concretamente irrelevantes, sem que sejam impertinentes – como no exemplo da autoria atribuída a um sujeito que não figura como parte no processo, estando já comprovado que o réu não foi o autor do fato danoso”. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**, v. III, 9. ed. São Paulo: Editopra Juspodivm, 2024. p. 75

Adota-se como conceito de relevância a aptidão de uma prova impactar positivamente a demonstração ou a negativa de um fato, observando-se o conjunto probatório constante nos autos. De outro lado, o conceito de pertinência é a relação de pertencimento do fato ao qual a prova se dirige e o objeto litigioso. Esses dois elementos constam no *caput* do art. 369 do CPC/15²⁴⁴-²⁴⁵, que estabelece que as partes têm direito a produzir prova sobre os fatos “em que se funda o pedido ou a defesa” desde que possam “influir eficazmente na convicção do juiz”.

Relevância e pertinência são, portanto, círculos concêntricos, estando a relevância – círculo de raio menor – totalmente inserida na área da pertinência – círculo de raio maior. Por isso, toda prova relevante será pertinente, mas nem toda prova pertinente será considerada relevante; de outro lado, toda prova relevante será pertinente²⁴⁶. Essa relação de continência não inutiliza, ao contrário do que se pode imaginar, o exame do conceito de pertinência no presente trabalho: (i) tratar a pertinência como figura apartada permite compreender melhor os requisitos de admissibilidade da prova, especialmente no campo de restrição cognitiva da produção autônoma da prova; e (ii) permite o exame comparativo com instrumentos de *soft law* geralmente adotados em arbitragem.

Exemplo disso são as *IBA Rules on the Taking of Evidence*, que tratam dos conceitos de “*relevance*” e “*materiality*” separadamente, em seu art. 9(2)(a), como critérios para admissibilidade de provas²⁴⁷. A regra dispõe que poderá o tribunal arbitral, a requerimento das partes ou de ofício, excluir evidência ou negar a produção de qualquer prova que não possua “*sufficient relevance to the case*” ou “*materiality to its outcome*”.

²⁴⁴ CPC/15: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

²⁴⁵ Em comentário ao dispositivo, William Santos Ferreira aponta que a produção da prova deve ser a regra e seu indeferimento a exceção: “Diferentemente do CPC/1973, as regras referentes a deferimento e indeferimento não estão mais reunidas na ‘cabeça’ do artigo, mas sim simbolicamente e didaticamente separadas, portanto, nesta mudança normativa de cento e oitenta graus o dispositivo aponta que a regra é a produção de provas (art. 370, *caput*) e a restrição é a medida de exceção, que depende de específica e profunda fundamentação (parágrafo único do art. 370) [...]”. FERREIRA, William Santos. **Breves comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.118

²⁴⁶ WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012. p. 54

²⁴⁷ *IBA Rules on Evidence*: “Article 9 Admissibility and Assessment of Evidence [...] 2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons: (a) lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome; [...]”

Os significados outorgados aos termos são inspirados em tradições jurídicas diversas²⁴⁸: *relevance* é conceito inspirado na tradição do *Common Law* e corresponde a um conceito mais amplo do que aquele utilizado nos países de *Civil Law*²⁴⁹. Para atender o que os países de *Civil Law* compreendem como prova relevante, as *IBA Rules* reservariam o conceito de *materiality*²⁵⁰⁻²⁵¹.

De outro lado, a explicação justifica a diferença de significado entre o que as *IBA Rules* entendem como “*relevant*” e “*material*” em comparação com a tradição de *Common Law*. Nos países de tradição anglo-saxônica, o termo “prova relevante”, em geral, significa ter a tendência de impor um fato importante à resolução do caso mais ou menos provável – o que significa que, em algum grau, os conceitos “*relevant*” e “*material*” se confundem²⁵². Ao transpor esses termos à arbitragem internacional,

²⁴⁸ KHODYKIN, Roman Mikhailovich. *Chapter 7: Documentary Evidence*, in. FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich Jakob. **Handbook of evidence in international arbitration: key concepts and issues**. Kluwer Law International, 2022. p. 155; MARGHITOLA, Reto. **Document production in international arbitration**. Kluwer Law International, 2015. p. 48

²⁴⁹ Nesse sentido, como ilustração, pode-se observar que as *FRE's* definem como prova relevante aquela que “*has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and the fact is of consequence in determining the action*” (*Rule 401*), devendo ser admitidas todas as provas relevantes que não contrariem previsões legais (*Rule 402*). A esse respeito: CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *The presentation of evidence in international commercial arbitration: binding gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence*, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 21, 2009. pp. 190-234.

²⁵⁰ “*The concepts of ‘relevance’ and ‘materiality’ find their origins in different legal traditions. Relevance to the case is a requirement for document disclosure that is typically used in common law jurisdictions, where there is a broad understanding of what this description means. In these jurisdictions, provided a document is ‘relevant’, there is generally no enquiry as to whether the document is ultimately necessary in order to enable the court to decide the case. In contrast, civil law concepts strongly influence the requirement under the IBA Rules that a document requested must be material to the outcome of the case. In civil law jurisdictions, the judge will examine and enquire the disputed allegations and may order production of any document necessary to establish those allegations.* In: KHODYKIN, Roman Mikhailovich. *Chapter 7: Documentary Evidence*, in. FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich Jakob. **Handbook of evidence** p. 155

²⁵¹ Ambas as expressões, no entanto, podem ser identificadas na doutrina de países de *Common Law*: “*The judge may exclude evidence of facts which though relevant to the issue, appear to him too remote to be material under all the circumstances of the case*”, in. STEPHEN, James Fitzjames. **A digest of the law of evidence**. London: Macmillan and Co. 1876. p. 4.

²⁵² “*The term ‘relevant evidence’ in common law generally means evidence having a tendency to make the existence of any fact that is of consequence in the case more probable or less probable than it would be without the evidence. This definition is used in the common law of evidence in which the concept of materiality is merged with relevance. However, in international commercial arbitration these criteria are separated, as the majority of arbitration rules empower arbitrators to decide on relevance and materiality. [...] Having that in mind we would tend to define the relevance of evidence in international arbitration as having a logical connection with what the evidence purports to prove in the case. [...] In common law systems the concept of materiality is merged into the concept of relevance and retains no independent viability. However, in international arbitration practice the materiality criterion is considered mostly in relation to its connection to the outcome of the case, whereas relevance concerns the general relationship between evidence and the case*” PILKOV, Konstantin. *Evidence in international arbitration: criteria for admission and evaluation*, in. **Arbitration**... pp. 148 e 149

percebe-se que “*relevance*” se define como a qualidade da prova de guardar conexão lógica com os fatos de interesse na demanda; “*material*”, por sua vez, passa a significar a capacidade de causar impacto sobre o resultado do caso²⁵³.

Dessas afirmações, conclui-se que é desnecessária a análise profunda da compreensão dos significados no direito comum de “*relevance*” e “*materiality*”. A análise no presente estudo é pautada no significado desses termos atribuídos de acordo com as *IBA Rules of Evidence*, de acordo com a construção doutrinária e jurisprudencial a respeito, não com base no que a tradição de *Common Law*.

“*Relevant to the case*” é a prova que tem valor probatório sobre determinado fato cuja demonstração é de ônus da parte²⁵⁴. O critério de *relevance*, portanto, é verificável pela relação entre a prova que se pretende produzir e a possibilidade de demonstrar a ocorrência de um fato que lhe seria benéfico ou inoportunidade de um fato que lhe seria contrário²⁵⁵: “*Relevance can relate to the claims the party is putting and also to the challenges it knows it must meet from its opponent*”²⁵⁶.

“*Material to its outcome*” é aquela prova que potencialmente pode influir qualitativamente na resolução do caso de acordo, fazendo-se necessária para a resolução do conflito²⁵⁷. Além do impacto qualitativo da prova, a *materiality* possui relação com o impacto quantitativo de uma prova em face do conjunto probatório²⁵⁸.

²⁵³ Com isso, inclusive, superou-se questionamento existente sobre a redação das regras de 1999: “*The 2010 Rules introduce a change in wording to what has been historically a vague standard. One well-know arbitrator offered the view that in international arbitration ‘relevant’ and ‘material’ documents should be understood as those ‘essential’ to the resolution of the case. Under the 1999 Rules the standard was formulated as ‘relevant and material to the outcome of the case’, which gave the impression that ‘relevance’ and ‘materiality’ were a statement of the same principle thus implying some redundancy. With the adoption of the new formula, ‘relevant to the case, and material to its outcome’, both prongs of this standard now clearly stand independently and requires separate analysis*”. In: O’MALLEY, Nathan D. ***Rules of evidence in international arbitration: na annotated guide***. London: InformaLaw, 2012. p. 54

²⁵⁴ O’MALLEY, Nathan D. ***Rules of evidence in international arbitration: na annotated guide***. London: InformaLaw, 2012. p. 269

²⁵⁵ KHODYKIN, Roman Milkhailovich; MULCAHY, Carol. FLETCHER, Nicholas. ***A guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration***. Oxford University Press, 2019. p.136

²⁵⁶ WAINCYMER, Jeffrey Maurice. ***Procedure and evidence in international arbitration***. Kluwer Law International, 2012. p. 858

²⁵⁷ CROFT, Clyde; KEE, Christopher; WAINCYMER, Jeff. ***A guide to the UNCITRAL arbitration rules***. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 316

²⁵⁸ “*Materiality is thus ultimately connected with the sufficiency of evidence: after the tribunal is provided with sufficient evidence any other relevant evidence of the same fact is no more material to the outcome of the case. (For example, once the date of the appointment of a company’s officer is confirmed by an extract from a public register there might be no need for the tribunal to receive a board resolution on the appointment.) Tribunals can exclude evidence that is duplicated. Such*

²⁵⁹. É como entende Jeffrey Waincymer, para quem “*materiality*” é uma qualificação de “*relevance*”²⁶⁰.

Diante de todas essas considerações, é possível estabelecer, em alguma medida, que há correlação entre os conceitos de “pertinência” e “*relevance*” e entre “relevância” e “*materiality*”. Essa relação se dá em razão do exercício de um mesmo controle epistemológico: no primeiro caso entre a prova e o objeto litigioso; no segundo entre a prova e seu impacto sobre o processo²⁶¹. A semelhança entre os conceitos demonstra-se também pela qualificação da relação conceitual, já que há continência entre “*relevant*” e “*material*”

Não se pode afirmar que há equivalência entre a construção doutrinária do significado de “pertinência” com o que se entende por *relevance* ou entre os conceitos “relevância” e *materiality*. Por isso, a correlação empregada no presente trabalho é meramente instrumental, embora útil em razão da semelhança epistemológica das funções desempenhadas pelos critérios. Ademais, a ausência de vínculo dos árbitros com qualquer legislação processual justifica a escolha pelo seu tratamento conjunto como ferramentas epistêmicas. Feitas essas considerações, passa-se a analisar pormenorizadamente cada um dos requisitos internos à produção de provas.

2.2.1.1 Pertinência (ou *Relevance*)

A pertinência da prova é o primeiro filtro à sua produção. Para que seja admissível no processo, é necessário que a prova diga respeito a fatos que *pertencem* ao processo²⁶², isso é, sobre fatos que constituem ou comprovam o que se entende

evidence is excluded as lacking sufficient materiality, but not as lacking relevance.” PILKOV, Konstantin. Evidence in international arbitration: criteria for admission and evaluation, in. **Arbitration**.... p. 149

²⁵⁹ No mesmo sentido: MARGHITOLA, Reto. **Document production ...** p. 53.

²⁶⁰ “*Importantly, materiality is added as a further qualification to relevance, to avoid wasteful duplication and the provision of unnecessary material. One articulation is that materiality infers ‘that the arbitral tribunal must deem it necessary that the document is needed as an element to allow a complete consideration as to whether a factual allegation is true or not. To be ‘necessary’ to the case being made does not mean that the case cannot be won without it, but that the case cannot be presented optimally without it.*”. In: WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and evidence in international arbitration**. Kluwer Law International, 2012. p. 859.

²⁶¹ Apesar de guardarem semelhanças etimológicas, o conceito de *relevance* é distante do que se entende por relevância no processo civil brasileiro, aproximando-se do conceito de pertinência.

²⁶² “Pertinência significa pertença ou pertencimento. Significa ser parte de algo, ser concernente a algo; formar ou ser parte de algo, aquilo que concerne a um assunto. A pertinência como critério de admissibilidade da prova determina que somente poderá ser admitida a prova que tenha por

por fato constitutivo, impeditivo, suspensivo ou modificativo do direito do Autor como prevê o art. 369 do CPC/15²⁶³. Prova impertinente, portanto, é aquela cujo “fato não diga respeito à causa”, ou “que não lhe diga respeito”²⁶⁴.

O exame da pertinência de determinada prova não é pautado no potencial que o fato alegado tem a trazer sobre o julgamento do feito – ao que se reserva o critério da relevância, mas na existência de liame lógico entre o objeto da prova e o objeto litigioso, ainda que indireto. Podem ser tidas como pertinentes provas que se dirijam à demonstração de fatos diretos, indiretos ou mesmo indiciários.

O ônus de demonstrar que a prova é pertinente, por isso, não é de difícil satisfação e é possível se argumentar que, se o interesse do sistema processual fosse unicamente a descoberta da verdade, o requisito da pertinência deveria ser o único critério para admissibilidade de provas. Trata-se, provavelmente, do único requisito que pode ser justificado epistemologicamente sem oposição.

2.2.1.2 Relevância (ou *Materiality*)

A relevância da prova, como visto, é tradicionalmente aferida por meio de sua capacidade de impactar o julgamento quanto à existência de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito²⁶⁵. Daí a afirmação de Cândido Rangel Dinamarco de que: “o fato é irrelevante quando, com ele ou sem ele, a decisão será a mesma”²⁶⁶. O filtro da relevância propriamente dita acaba por aumentar o déficit epistêmico, porque é pautado em um ideal de suficiência e qualidade da prova, reduzindo o número de evidências disponíveis ao julgador – o que não quer dizer que o prejuízo não seja justificável, por exemplo, para reduzir o risco de sobrecarga de informações. Ao analisar a relevância de uma prova, pressupõe-se que o julgador já tenha realizado, em alguma medida, análise sobre o material constante nos autos, o que também faz com que se distinga do exame da pertinência da prova, no qual basta

finalidade corroborar enunciado fático pertencente ao objeto da questão a ser resolvida”. CARPES, Artur. Por uma justiça civil mais eficiente: critérios objetivos de admissibilidade da prova, in: OSNA, Gustavo... [et. al.]. **Direito Probatório**. Londrina: Thoth, 2023. p. 142

²⁶³ CPC/15: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

²⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**, v. III, 9. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024. p. 75

²⁶⁵ Ibid. p. 75

²⁶⁶ Ibid. p. 74.

o exame das alegações formuladas²⁶⁷. Esse exame pode se dar de duas formas: (i) em face da prova que se pretende produzir e sua aptidão em face das alegações formuladas (impacto qualitativo da prova); e (ii) em face do fato que se pretende provar e a suficiência do conjunto probatório constante nos autos (impacto quantitativo).

a) Impacto qualitativo da prova:

O impacto qualitativo da prova se mede pela sua possibilidade de influenciar o julgamento do processo. Essa avaliação ocorre de duas formas: (i) em primeiro lugar, sobre o fato que a prova pretende demonstrar; e (ii) em segundo lugar, sobre a adequação (ou potencial epistemológico) do meio de prova à demonstração desse fato.

A avaliação do fato que será objeto de prova recai sobre a relevância potencial do *próprio fato*, e não da prova em si. Será irrelevante o fato que, embora alegado, não seja capaz de atrair o efeito desejado²⁶⁸. O segundo critério se vincula a ideia de idoneidade epistemológica²⁶⁹. Em ambos os casos, não é possível que o julgador antecipe perfeitamente o impacto que determinada prova terá em seu convencimento. Por isso, a doutrina sugere que se adote um padrão de exigência mínima: “caso o meio de prova tenha alguma propensão, ainda que mínima, de contribuir na

²⁶⁷ “Unlike relevance, objections to the admissibility of evidence upon a lack of materiality [...] invoke the tribunal’s view of the case and not the party’s burden of proof. The issue under consideration here is whether the tribunal considers that the proffered evidence will affect its deliberations in reaching a final award. It is axiomatic that for a tribunal to rule that evidence is immaterial to the outcome of the case, it must in most instances have formed a view on the arguments before it. This will often occur after the case has substantially progressed and the parties have for the most part laid out their arguments for the tribunal. If evidence is offered at such a point in the procedure, it may be that a tribunal would in the words of the Swiss Federal Tribunal, ‘come to the conclusion that it is already convinced [of a legal result] and the result of the requested probative measure would not modify its decision” O’MALLEY, Nathan D. **Rules of evidence in international arbitration**: an annotated guide. London: InformaLaw, 2013. pp. 271 e 272.

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**, v. III, 9. ed. São Paulo: Editopra Juspodivm, 2024. p. 75

²⁶⁹ “Só haverá relevância, por essa ótica, se a informação fornecida pela prova que é, em tese, idônea para tornar a hipótese fática mais ou menos provável do que era antes da sua produção. Se o meio de prova não é idôneo para fornecer as informações necessárias para corroborar o enunciado fático em particular, não há falar na sua relevância e, portanto, na sua admissibilidade. O exame da relevância, nessa segunda dimensão, tem por objeto não mais os enunciados fáticos, mas os meios de prova”. CARPES, Artur. Por uma justiça civil mais eficiente: critérios objetivos de admissibilidade da prova, in: OSNA, Gustavo... [et. al.]. **Direito Probatório** ... pp. 143 e 144.

corroboração do enunciado fático, a prova deve ser considerada relevante e, portanto, ser admitida”²⁷⁰.

b) Impacto quantitativo da prova

O impacto quantitativo de uma prova se mede pela possibilidade de a prova produzir o resultado desejado – auxiliar na comprovação de (in)existência de um fato – em face das demais provas produzidas nos autos. Assim, diferentemente de seu impacto qualitativo, em que se analisa a qualidade da informação a ser obtida com a prova, o impacto quantitativo tem por métrica as provas já produzidas nos autos²⁷¹.

É possível, por isso, que uma prova seja relevante se considerada isoladamente, mas, em face do conjunto de provas constantes nos autos, torne-se desnecessária²⁷². Trata-se da hipótese da prova redundante que, apesar de útil à corroboração de uma prova já apresentada, não é pertinente, considerando um juízo de suficiência do conjunto probatório existente²⁷³.

Essa redundância pode se dar de dois modos. O primeiro cenário é a prova cujo fato que pretende demonstrar já está suficientemente demonstrado nos autos – a prova não produzirá impacto sobre o julgamento porque já existem provas bastantes à comprovação do fato. O segundo é a prova de um fato que já foi objeto do mesmo

²⁷⁰ CARPES, Artur. Por uma justiça civil mais eficiente: critérios objetivos de admissibilidade da prova, in: OSNA, Gustavo... [et. al.]. **Direito Probatório**. ... p. 144.

²⁷¹ “Furthermore, materiality to the outcome of the case implies that document production requests can be denied if the arbitral tribunal considers that there is sufficient evidence to decide the matter and that further documents would be immaterial. For example, a request for the production of a tenth document may be denied if nine other documents have already been submitted on a certain issue”. MARGHITOLA, Reto. **Document production** p. 53

²⁷² “ Por outro lado, pode ocorrer de uma prova ser relevante se analisada de forma isolada, mas ser redundante diante de outras provas já incorporadas ao conjunto de elementos de juízo (aos autos, se se preferir). Poder-se-ia falar, nesses casos, de irrelevância por superfluidade, o que levaria à exclusão da prova em questão. [...] Se a corroboração de uma hipótese nunca é absoluta, então novas provas confirmatórias (e refutadoras, claro) podem ser sempre relevantes. Entretanto, a partir de um determinado ponto de equilíbrio, a incorporação de novas provas confirmatórias pressupõe um grau adicional muito pequeno, ao passo que cresce o perigo de transborde no manejo da informação por parte do julgador. Nesse ponto, justificar-se-á epistemologicamente a exclusão da prova”. FERRER, Jordi. **Valoração racional da prova**, 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 110.

²⁷³ “Para evitar esse perigo é aconselhável, também, epistemologicamente excluir provas supérfluas. Pois bem, são supérfluas todas as provas redundantes? A resposta claramente é negativa. Quando uma segunda testemunha declara ter visto o mesmo que uma testemunha anterior, sua declaração aumenta a confiabilidade do que foi dito pela primeira. [...] Entretanto, vale destacar que se produz uma curva no grau de corroboração aportado, de maneira que é possível falar de um rendimento decrescente de provas: a partir da primeira prova, cada prova nova aporta um grau de corroboração menor”. FERRER, Jordi. **Valoração**... pp. 111.

meio de prova – a prova será redundante porque o fato já foi explorado pelo meio de prova em questão²⁷⁴.

O controle da prova redundante é justificado epistemologicamente em razão das limitações cognitivas do julgador (e não do processo), servindo para evitar o transborde (ou “*overload*”) de informações disponíveis²⁷⁵: pessoa alguma pode processar quantia indefinida de informações e provas, o que, além de prejudicar a duração razoável do processo, afeta a qualidade do provimento jurisdicional. Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que se trata de caso de evidente paternalismo epistemológico.

Além disso, a segunda hipótese de indeferimento da prova em razão de sua redundância – isso é, a repetição de meio de prova – é menos epistemologicamente justificada: a suficiência do conjunto probatório torna desnecessário o acesso à evidência porque a tese já está comprovada, o que não ocorre, necessariamente, quando se pede a repetição de meio de prova²⁷⁶. Por exemplo: embora econômica e temporalmente indesejável, a condução de duas perícias sobre o mesmo objeto poderia levar à melhor consideração sobre os fatos em disputa.

O que se demonstra com isso é que há, aqui também, preocupação com interesses que não só a descoberta da verdade: mesmo os critérios internos à produção de provas, invariavelmente, esbarram na proteção de outras matérias relevantes ao processo. Assim, a análise do impacto quantitativo da prova deve ser realizado caso a caso, diante da ausência de *standards* de suficiência probatória no direito brasileiro²⁷⁷.

²⁷⁴ FERRER, Jordi. **Valoração...** p. 110.

²⁷⁵ “A produção da prova impertinente, para além de ser inútil na perspectiva da prestação da tutela jurisdicional gera *overload* de informação, o que faz aumentar o risco de equívocos na valoração da prova regularmente admitida. Não é só: conduz ao perigo de que o fato não regularmente alegado, porém, corroborado, implique prejuízo na aplicação do direito, especialmente porque pode acarretar violação da regra da congruência”. In: CARPES, Artur. **O que provar?...n.p.** RB-3.5. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/314557206/v1/page/RB-3.5>. Acesso em: 30/01/2024.

²⁷⁶ Em sentido contrário: “A resposta, na minha opinião, é conceitualmente a mesma que na situação anterior (na qual as provas eram do mesmo tipo). Produz-se um rendimento decrescente das novas provas. A diferença, segundo entendo, é que a curva que representa esse rendimento alcança mais tarde seu nível máximo, a partir do qual decresce”. In: FERRER, Jordi. **Valoração...**pp. 112 e 113.

²⁷⁷ PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 238.

2.2.2 Limites externos ao direito à prova: regras de exclusão e privilégio.

Os limites externos ao direito da prova são exceções à premissa de que toda prova relevante e pertinente deve ser admitida^{278,279}. Tais limites são impostos “tendo em vista a multiplicidade de valores que o processo deve tutelar, paralelamente ao escopo principal da busca da verdade”²⁸⁰, de forma que nem todas as provas relevantes e pertinentes serão juridicamente admissíveis. Diante disso, é necessária ponderação entre esses diferentes valores e o direito à prova:

“Si el criterio de admisión de las pruebas fuera únicamente el de relevancia no surgiría problema alguno con el derecho al debido proceso. Por el contrario, como hemos visto (véase supra apartado 2), existen varias reglas de exclusión, así como privilegio, que impiden a las partes presentar un amplio abanico de medios de prueba. Desde un punto de vista general, esas reglas están en conflicto con un desarrollo integral del derecho a la prueba, por la sencilla razón de que su función es impedir la presentación de algunos medios de prueba relevantes. Ésta es la cuestión compleja, dado que las reglas de exclusión y las que establecen privilegios tienen, em ocasiones, como razón de ser la protección de valores e intereses judiciales o extrajudiciales”^{281,282}.

Esses limites são impostos por regras de exclusão e de privilégios, que podem ser subdivididas em duas categorias: (i) as limitações que buscam exercer função epistêmica, para controle da qualidade do acervo probatório; e (ii) normas que não

²⁷⁸ “En muchos otros casos, como hemos visto (véase supra §36), se sacrifica el derecho a presentar pruebas relevantes em favor de la protección de valores o intereses extraprocesales, como ocurre em el caso de los privilegios profesionales o comerciales. Este tipo de conflicto es más complejo porque um derecho procesal fundamental, como lo es el derecho a la prueba, tiene que ser ponderado com derechos o intereses pertenecientes a otras áreas del sistema jurídico. Además, a veces estos derechos también son considerados fundamentales porque se dirigen a la protección de intereses individuales básicos o de valores públicos importantes”. TARUFFO, Michele. **La prueba**.... p. 58

²⁷⁹ Nesse sentido, é o disposto no princípio 25.1, dos *Principles and Rules of Transational Civil Procedures*, da UNIDROIT: “25.1. All relevant evidence generally is admissible. Forum law may determine that illegally obtained evidence is inadmissible and impose exclusions”.

²⁸⁰ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie... [et. al.]. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3**: provas. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 55-82. p. 61

²⁸¹ TARUFFO, Michele. **La prueba**... p. 58

²⁸² Em referência específica ao direito estadunidense: “The prejudicial effects that the Federal Rule were designed to regulate can be analyzed using a spectrum that has two ends. At one end are limitations based upon efficiency concerns such as those described above. At the other end are kinds of evidence that can be characterized as having improper prejudicial effects only because the admission and use of such evidence would conflict with policies deemed more important than the probative value such evidence might have in establishing truth.”. In: ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. **Analysis of Evidence**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 301

tem finalidade epistêmica, mas são destinadas à salvaguarda de outros interesses²⁸³-²⁸⁴. Exemplo da primeira situação é a vedação à emprego exclusivo de prova testemunhal para comprovação de tempo de serviço para concessão de benefício previdenciário (art. 55, §3º, da Lei 9.307/1996²⁸⁵); exemplo da segunda são regras de privilégio que, em razão do estado ou profissão, impõem dever de sigilo (art. 448, II, do CPC/2015²⁸⁶-²⁸⁷).

²⁸³ “Em linhas gerais, as regras de exclusão das provas podem ser divididas em duas grandes categorias, de acordo com a função a que se destinam: a primeira categoria inclui normas que visam a desempenhar, de maneira exclusiva ou não, uma função epistêmica. Essas parecem ter o fim de prevenir ou evitar erros ou incompreensões na determinação do valor de determinada prova por parte do sujeito ou do órgão que deve formular a decisão final sobre os fatos. É claro que a prevenção de erros de valoração é um aspecto importante de qualquer procedimento orientado à descoberta da verdade. A segunda categoria inclui normas de exclusão que não tem qualquer finalidade epistêmica, visto que não visam a favorecer a descoberta da verdade/ são destinadas a que se alcancem os fins de outra natureza (mais ou menos relevantes, de acordo com o caso) mas nada tem a ver com a correta apuração dos fatos. Essas normas, todavia, condicionam diretamente a apuração dos fatos, já que limitam ou impedem de vários modos a produção de provas relevantes; portanto, têm uma clara incidência negativa na perspectiva da função epistêmica do processo”. In: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 171.

²⁸⁴ No mesmo sentido: “Na perspectiva da finalidade que visam a atingir, as regras de exclusão podem ser classificadas em duas categorias. Algumas visam a desempenhar *função epistêmica* e, nessa medida, têm o intuito de contribuir para a apuração da verdade: a finalidade pela qual tais regras foram criadas é a de *prevenir erros ou incompreensões na etapa de valoração das provas*. Outras, no entanto, não visam a exercer qualquer função epistêmica e, por isso, são denominadas de *contraepistêmicas*: sua aplicação restringe a abrangência do contexto probatório com a finalidade de atingir finalidades distintas, que não se relacionam à apuração dos fatos”. In: CARPES, Artur. **O que provar?...** n.p. RB-3.8. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/314557206/v1/page/RB-3.8>. Acesso em: 30/01/2024.

²⁸⁵ Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: [...] § 3º A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108 desta Lei, só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento.

²⁸⁶ Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos: [...] II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

²⁸⁷ Dispositivos semelhantes são encontrados no direito comparado: “Todos os ordenamentos processuais incluem normas que não perseguem qualquer finalidade epistêmica, comportando, porém, a possibilidade de que sejam excluídas provas relevantes ou até mesmo a impossibilidade de que se provem em juízo fatos que seriam relevantes para a decisão. Entre essas normas têm particular importância aquelas que dizem respeito aos sigilos, ou seja, os *privileges* e as *immunities* do direito americano, cada vez mais numerosas e previstas em uma pluralidade de normas ordinárias e especiais. [...] Normas análogas estão presentes em todos os ordenamentos, que mostram nesse aspecto considerável flexibilidade”. In: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 178.

Cabe aqui a ressalva: a imposição de regras de exclusão sempre exerce impacto epistemológico negativo, seja qual for a finalidade a que se destina²⁸⁸. Como essas regras têm o objetivo de controlar a cognição do julgador para provas que atendam os requisitos de admissibilidade, sacrifica-se a cognição de fatos que poderiam ser relevantes mas que só poderiam ser descobertos por provas que, de acordo com os critérios estabelecidos pelo ordenamento, são inadmissíveis²⁸⁹. Por isso, em ambos os casos se pode verificar a existência, em algum grau, de paternalismo epistêmico – isso é, a ideia de que regras de admissibilidade de provas servem ao propósito de proteger julgadores da contaminação que certas evidências podem causar à resolução da lide²⁹⁰.

Com efeito, apesar dos impactos negativos que podem causar sobre a pretensão de reconstrução da verdade, as regras de exclusão se justificam por uma escolha política do legislador de oferecer maior proteção a alguns direitos e garantias do que ao direito à prova²⁹¹. Não se trata de questão de racionalidade: salvaguardam-

²⁸⁸ GODINHO, Robson Renault. A admissibilidade e a racionalidade da prova: algumas notas a partir de um contexto subjetivista do direito probatório brasileiro, in: **Processo Ciência e Tecnologia: Interseções entre direito e inovação na era digital**. Londrina: Thoth, 2024. p. 185 e 186

²⁸⁹ “Para o bem da verdade, no entanto, toda regra que conduz à exclusão de prova relevante deve ser considerada suspeita em perspectiva epistêmica. Isso porque tais regras operam no sentido de impedir que o juiz encarregado de decidir sobre os fatos conheça determinadas informações relevantes fornecidas por provas que, caso admitidas, poderiam contribuir para a obtenção da verdade sobre os enunciados fáticos. [...] Vale dizer: embora pareçam predestinadas a patrocinar finalidades epistêmicas, tais regras, em realidade, produzem déficits epistêmicos, pois impedem que informações relevantes sejam consideradas para justificar a decisão sobre os fatos”. In: CARPES, Artur. **O que provar?...**n.p. RB-3.8. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/314557206/v1/page/RB-3.8>. Acesso em: 30/01/2024.

²⁹⁰ A definição de paternalismo epistêmico surge no direito comum, tendo em vista o maior controle que se exerce sobre a prova nos países de tradição do *common law*: “*In any event, I shall construe epistemic paternalism in a broad sense. I shall think of communication controllers as exercising epistemic paternalism whenever they impose their own judgment rather than allow the audience to exercise theirs (all with an eye to the audience’s epistemic prospects). Thus, the exclusion of doubtful veracity (e.g. hearsay evidence) also qualifies as epistemic paternalism [...] Similarly, when judges exclude evidence as irrelevant, they must use their assessment of whether the evidence affects the probabilities of the propositions in question (que juror’s assessments might have been different). When these categories of exclusion are added, it is clear that courts engage in a substantial amount of epistemic paternalism*”. GOLDMAN, Alvin I. *Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society*, in **The Journal of Philosophy**, vol. 88, 1991. p. 118.

²⁹¹ A respeito dessa escolha no direito brasileiro: “Houve uma opção na Constituição pelos direitos materiais mencionados em detrimento do esclarecimento de questões fáticas. Há na escolha uma clara advertência: não viole direitos, especialmente os assegurados na Constituição, para o fim de obter prova, porque essa será imprestável”. In: FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 97.

se interesses diversos em detrimento da qualidade do conjunto probatório²⁹²⁻²⁹³. Assim, é necessário ter em mente que tais limitações também não são absolutas e podem ser flexibilizadas em ponderação com os direitos em disputa no processo²⁹⁴.

Sem qualquer pretensão de exaurir a matéria, no direito brasileiro, pode-se identificar quatro elementos externos ao direito à prova que justificam a adoção de regras de exclusão e privilégio: (i) a violação a direitos fundamentais; (ii) a excessiva onerosidade da produção de provas; (iii) a existência de deveres de sigilo; e (iv) a violação à boa-fé objetiva²⁹⁵⁻²⁹⁶. É o que se passa a analisar

2.2.2.1 Violação a direitos fundamentais

A violação de direitos fundamentais²⁹⁷ ou sua obtenção por modos contrários ao direito é causa para ilicitude da prova²⁹⁸ e, conseqüentemente, razão para que não

²⁹² “[...] é evidente que qualquer regra de exclusão desse tipo pressupõe o rechaço de uma prova que superou o filtro da relevância e que, portanto, possui o princípio geral de inclusão de todas as provas relevantes a seu favor. É dizer, essas regras de exclusão pressupõem a existência de um conflito entre diferentes fins considerados valiosos pelo direito. Assim, por exemplo, ocorre com a apuração da verdade versus a inviolabilidade da correspondência. A justificação da regra de exclusão não é, nesses casos, somente uma questão de racionalidade teleológica. Tem também um aspecto valorativo de grande importância. Trata-se da ordenação dos valores que permita decidir um por outro em caso de conflito. E essa não é uma questão de racionalidade, mas sim uma questão valorativa”. FERRER, Jordi. **Valoração...** pp. 117 e 118

²⁹³ No mesmo sentido: “Em um procedimento epistêmico ideal, o princípio da relevância seria muito provavelmente suficiente para determinar quais informações seriam excluídas e quais seriam obtidas com o escopo de maximizar a eficácia de tal procedimento na obtenção de conclusões verdadeiras. Parece claro, de fato, que nenhuma regra ulterior seria necessária em um sistema *truth-driven*, no qual aliás, ‘every rule that leads to the exclusion of relevant evidence is epistemically suspect’”. In: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. pp. 169 e 170.

²⁹⁴ Na doutrina nacional: “A defesa de um cego garantismo absoluto em relação a certos direitos pode ter como consequência a inviabilização de outros direitos fundamentais, mercedores de igual ou maior proteção, como a dignidade da pessoa humana e mesmo o direito à tutela jurisdicional do Estado (instrumento para concretização de um direito material”. In: FERREIRA, William Santos. **Princípios ...** p. 99.

²⁹⁵ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção...**p. 157.

²⁹⁶ Em enumeração similar: “A colheita dessas provas pode ser limitada por meio da apresentação de exceções, quais sejam: completa irrelevância da prova em relação a demanda excessiva onerosidade da prova, cuja informação pode ser obtida por outro meio menos custoso, e informação protegida por algum privilégio”, in: ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente. **Revista Jurídica ESMP-SP**, vol. 3, 2013. p. 146.

²⁹⁷ ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de; PONZINI, Fernando Figueiredo. Breves reflexões sobre os princípios constitucionais na arbitragem: vedação à prova ilícita, in: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição...**p. 163.

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**, v. III, 9. ed. São Paulo: Editopra Juspodivm, 2024. p. 56

possa ser admitida validamente no processo²⁹⁹. Sua vedação no processo civil brasileiro encontra respaldo constitucional, no art. 5º, LVI, da CF/1988³⁰⁰, que veda expressamente a violação ao sigilo da correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF/88)³⁰¹. São ilícitas, também, as provas produzidas a mando do julgador ou com sua participação nos casos em que não estão presentes os requisitos necessários à quebra do sigilo das comunicações³⁰².

Trata-se, como visto, de limitação externa ao direito à prova pois atende a critérios não epistêmicos, relacionados a outros interesses salvaguardados no ordenamento jurídico. Por isso, as situações em que se flexibiliza a proibição dessas provas também se relaciona a direitos que não a descoberta da verdade ou resolução do conflito: “o foco não está ‘no processo’ ou diretamente na ‘comprovação dos fatos nos autos’ [...] mas sim na imprescindibilidade de obtenção da prova para preservação de direitos superiores”³⁰³ ³⁰⁴.

À caracterização da prova como ilícita não importa a forma de sua obtenção pela parte que a apresenta ou requer: uma prova ilícita pode ter sido obtida por meios lícitos. É o que esclarecem Eduardo Baptista Vieira de Almeida Filho e Gustavo Favero Vaughn, ao registrar que a ilicitude pode ocorrer, também, por derivação³⁰⁵. Diante

²⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 304

³⁰⁰ “Art. 5º [...] LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”.

³⁰¹ “Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

³⁰² “É possível ocorrerem ilicitudes dessa ordem por ato do próprio juiz ou com sua participação, como quando ele conceder autorizações ilegais, requisitar documentos que por lei sejam inaccessíveis, autorizar interceptações ilegais ou atuar fora dos limites de sua competência absoluta”. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**, v. III, 9. ed. São Paulo: Editopra Juspodivm, 2024. p. 56

³⁰³ FERREIRA, William Santos. **Princípios ...**p. 102

³⁰⁴ Em exemplo relacionado ao processo penal: “A ilicitude do meio de obtenção da prova seria afastada quando, por exemplo, houvesse justificativa para ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. É o caso do acusado que, para provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa da exclusão da antijuricidade, de modo que essa prova, antes de ser ilícita, é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade, previsto na CF 5º, X, que, como já se disse, não é absoluto”. in. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

³⁰⁵ “[...] imagina-se o caso em que um hacker obtém, de forma ilícita, documentos sigilosos como e-mails e contratos e, visando a algum benefício, entrega a prova ilícita a um terceiro para que esse a utilize em um processo. No final, a prova será inicialmente lícita, uma vez que o terceiro não cometeu ilícito para sua obtenção, mas, por ser fruto de um ilícito (hackeamento), esta é considerada uma

disso, parece adequada a qualificação entre ilicitude formal e ilicitude material. A primeira se caracterizaria pela origem da prova, isso é, pela ilicitude da forma com a qual foi acessada ou obtida a fonte de prova; a segunda se dá quando, apesar de lícita a obtenção do meio de prova, tenha sido introduzida ilicitamente no processo³⁰⁶. Exemplo de prova que viola os deveres de privacidade das partes é aquela que, sem ordem judicial, determina a quebra de sigilo das comunicações mantidas na *internet*. Nesses casos, nos termos do art. 22, da Lei 12.965/2014³⁰⁷, é necessária a indicação de (i) fundados indícios da ocorrência de ilícito; (ii) justificativa que demonstre a utilidade dos registros; e (iii) o período ao qual se referem – que devem ser observados mesmo na produção antecipada de provas³⁰⁸.

A principal consequência da ilicitude da prova é sua inadmissibilidade no processo, o que redundará na “absoluta ineficácia da prova”³⁰⁹. Caso seja indevidamente admitida

prova ilícita. Essa é a chamada pela doutrina de prova ilícita por derivação: toda prova produzida em consequência de uma descoberta obtida por meio ilícito, como uma busca ilegal, estará inteiramente contaminada pela ilicitude” In: ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de; PONZINI, Fernando Figueiredo. Op. Cit. pp. 163 e 164.

³⁰⁶ “[...] A ilicitude material ocorre quando a prova deriva: ‘de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc.)’. Há ilicitude formal quando a prova ‘decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, ao seu momento introdutório. Em suma, razões pela legalidade e de moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do Poder Público”. In: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 306

³⁰⁷ Lei 12.925/2014: “Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros”.

³⁰⁸ “O instituto, pela análise da pesquisadora, está mal regulado. O *periculum in mora* é dispensável nas hipóteses do art. 381, II e III, mas a lei deveria ter sido mais calra quanto à necessidade de *fumus boni iuris*. Essa necessidade deve existir e deve ser proporcional ao grau de ‘invasividade’ da prova pretendida. [...] Este artigo tem especial relevância quando se trata de provas ligadas, de algum modo, à *internet*. Não se pode, de modo algum, servir de porta aberta à *fishing expedition*. Aliás, este é um receio que têm as jurisdições de *commom law*, quanto ao abuso da *discovery/disclosure*”. In: ALVIM, Teresa Arruda. Direito Probatório – Prova e Tecnologia, in **Processo, Ciência e Tecnologia**: intersecções entre direito e inovação na era digital. Londrina: Thoth, 2024. p. 159

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**, v. III, 9. ed. São Paulo: Editopra Juspodivm, 2024. p. 57

a prova ilícita pode acarretar a nulidade dos atos processuais que dela derivam³¹⁰. Não parece suficiente, contudo, afirmar que toda prova que a transgressão de algum direito fundamental deve ser inadmitida. O processo também serve à tutela de direitos fundamentais e, especialmente, à garantia do devido processo legal e do acesso à justiça, de modo que a inadmissão irrestrita de provas ilícitas significaria “sacrifício de direitos de extrema relevância constitucional”³¹¹. Faz-se necessário um juízo de ponderação no caso concreto, para que não se inviabilize a concretização de direitos igualmente relevantes³¹², antes de se inadmitir a produção de prova que atinja os direitos e garantias, é necessário ponderar os interesses em disputa

Embora haja proposta de delineamento de quais interesses são mais protegidos³¹³, mas, inevitavelmente, será necessária a análise do caso concreto para que se possa aferir qual interesse prepondera.

³¹⁰ “Efetivamente, afirmar que uma prova ilícita é considerada inadmissível é, primeiramente, dizer que a prova não poderia sequer ter sido produzida nos autos, estabelecendo-se, aqui, uma proibição a todos os sujeitos do processo que impede o desenvolvimento de atividade de instrução nos casos em que violada norma definidora de direito fundamental. De outro lado, a questão ganha ares de maior complexidade quando se considera a prova ilícita já produzida nos autos, caso no qual a inadmissibilidade da prova ilícita acaba por se revelar de outra forma, significando que a prova não pode exercer qualquer influência na formação do convencimento judicial. Em ambos os casos, tem-se comandos conformadores da dinâmica dialética processual, estabelecendo proibições ao juiz e direitos em favor das partes”. In: REICHELDT, Luis Alberto. A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo, in.: **Revista de Processo**, vol. 228, 2014. pp. 99–122.

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**, v. III, 9. ed. São Paulo: Editopra Juspodivm, 2024. p. 58.

³¹² “Na Constituição Federal, a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade de comunicações são consideradas direitos superiores; por tal motivo, a prova obtida com a transgressão destes é inadmissível (art. 5º, LVI, da CF), contudo, se demonstrada pela parte ao juiz a impossibilidade ou excessiva onerosidade, no plano probatório, da demonstração acerca dos fatos por outros meios, as inviolabilidades, a privacidade e a intimidade asseguradas constitucionalmente (direitos prima facie) não podem em todos os casos, indiscriminadamente, sobrepor-se à inafastabilidade do controle jurisdicional (também um direito!), já que a lei não pode ‘afastar do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, da CF) e as garantias de todos os litigantes em procedimento administrativo ou judicial ao contraditório e à ampla defesa ‘com os meios e recursos a ela inerentes’”. In: FERREIRA, William Santos. **Princípios ...** p. 107

³¹³ “Tentando estabelecer critérios para a ponderação entre a proteção da privacidade e algum outro interesse a ela contraposto, a jurisprudência constitucional alemã engendrou a chamada teoria dos três graus de proteção da privacidade. O primeiro grau, intangível, indisponível, insuscetível de ponderação, porque sem ele não há respeito à dignidade humana; o segundo grau correspondente a relações e vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade, está sujeito a ponderação, podendo ser sacrificado em benefício de valores ou interesses superiores e o terceiro grau, decorrente de relações do sujeito com outras pessoas da comunidade que, embora não sejam públicas, não lhe atribuem uma identidade particular, mas correspondem às relações comuns entre pessoas de um determinado grupo social, em que o conteúdo objetivo da comunicação sempre prevalece sobre qualquer interesse individual.” in: GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil [livro eletrônico]**, vol II, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 140

2.2.2.2 A obrigação de sigilo e o segredo industrial

Existem documentos que, em seu conteúdo, carregam informações sigilosas, protegidas contratual ou legalmente. É o que ocorre, por exemplo, com o segredo do negócio e o segredo industrial, que revelam informações ou dados utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços³¹⁴, protegido pela Lei 9.279/1996³¹⁵.

A limitação, entretanto, pode ser relativizada³¹⁶. Isso se dará quando a proteção sobre determinado fato confrontar diretamente com a possibilidade de se exercer o contraditório ou à ampla defesa, ou uso de má-fé da proteção conferida à informação como forma de se esquivar de ordens de produção da prova³¹⁷. Na arbitragem, há ainda maior facilidade, em razão da confidencialidade do processo, bem como de medidas adicionais para resguardar informações sigilosas³¹⁸⁻³¹⁹.

Dentre essas medidas estão (i) a possibilidade de restringir acesso aos documentos aos advogados das partes ou a seus assistentes técnicos; (ii) divulgar, somente, os trechos relevantes do documento após análise do tribunal; ou (iii) requerer que um expert apresente o conteúdo do documento, sem sua divulgação³²⁰-

³¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Segredo do negócio – livre iniciativa, in. **Soluções Práticas**, vol. 01, 2010. pp. 361-370.

³¹⁵ “[...]há também a proibição de requisição de processo administrativo fiscal (Lei 6.830/80, art. 41) e a proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado (Constituição Federal, art. 5º, XXXIII), prestigiando a segurança nacional” In: CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas**: os limites ao indeferimento da produção da prova. Londrina: Thoth, 2022. p. 117

³¹⁶ Em contexto do processo administrativo: “O segredo industrial, comercial ou do negócio não pode ser oposto ao litigante do processo administrativo, de modo a subtrair-lhe o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Qualquer informação, dado ou documento que venha ao processo administrativo tem de ser comunicado às partes para que possam exercer seu direito de contraditório e de ampla defesa. As informações poderiam ser, é verdade, confidenciais, não devendo ser divulgadas publicamente. Mas essa confidencialidade, é óbvio, não se aplica aos litigantes do processo administrativo. Para eles não existe ato secreto dentro do processo. Havendo sonegação dessas informações, ainda que a pretexto de sigilo, ocorre nulidade do processo administrativo, por ofensa à CF 5º LV.” NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 259

³¹⁷ Como poderia ocorrer pelo emprego de cláusulas de não divulgação. V.g.: MARGHITOLA, Reto. **Document Production in International Arbitration**, vol. 33. Kluwer Law International, 2015. p. 94.

³¹⁸ OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais ... p. 69.

³¹⁹ Nesse sentido é a orientação do art. 9.5 das IBA Rules on Taking on Evidence, que prevê o dever de o tribunal arbitral realizar as diligências necessárias à garantia da proteção da confidencialidade do documento: “*Article 9 Admissibility and Assessment of Evidence [...] 5. The Arbitral Tribunal may, where appropriate, make necessary arrangements to permit Documents to be produced, and evidence to be presented or considered subject to suitable confidentiality protection*”.

³²⁰ “Em casos dessa natureza, e essa solução já tivemos a oportunidade de adotar, os árbitros determinam à parte em poder de quem se encontre o documento que o mesmo seja exibido, na sua integralidade, aos árbitros, e estes, no exercício de seu juízo de valor e atentos aos contornos da controvérsia, determinarão que se divulguem à parte contrária, apenas e tão somente, aqueles

³²¹. O tribunal arbitral pode, ainda, em situações excepcionais e após consulta às partes, indicar um terceiro imparcial para que avalie o documento e informe se o documento realmente contém informações confidenciais ou não³²².

Em se tratando de restrição em benefício de terceiro – como ocorre em instrumentos protegidos por acordo de não divulgação e/ou cláusula de confidencialidade, o tribunal poderá contatar o terceiro para requerer sua anuência quanto à divulgação do documento³²³.

A restrição de acesso da parte a documentos apresentados por uma das partes foi questão debatida no caso *China Machine New Energy v. Jaguar Energy Guatemala LLC*, julgado pela *Court of Appeal* de Singapura, em 2019³²⁴. Em síntese, naquela oportunidade, entendeu-se que condicionar a apresentação de documentos à restrição de acesso aos advogados da parte contrária não foi capaz de causar prejuízo relevante³²⁵. O caso demonstra a adequação das medidas que podem ser utilizadas para evitar prejuízos às partes diante do sigilo da informação.

trechos que interessem diretamente à solução da controvérsia, para que se dê à parte contrária a oportunidade de comentar e produzir contraprova, se cabível, e, sobretudo, possível. Ademais, como garantia de preservação do sigilo que o caso puder requerer, apenas uma cópia é encaminhada ao Presidente do Tribunal Arbitral, deliberando os demais árbitros com base em um único exemplar. Modalidade também adotada em arbitragem internacional é a designação de um *expert* para análise de documentos extremamente técnicos e que comportem informações confidenciais. Neste caso, nem mesmo os árbitros terão acesso ao documento, mas basear-se-ão no relatório que apresente o *expert* designado”. PINTO, José Emilio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de provas na arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Internacional...** p. 86

³²¹ Também nesse sentido: OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais ... pp. 69 e 70.

³²² É o que estabelece o art. 3.8 das *IBA Rules on Taking on Evidence* “*Article 3 Documents [...] In exceptional circumstances, if the propriety of an objection can be determined only by review of the Document, the Arbitral Tribunal may determine that it should not review the Document. In that event, the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, appoint an independent and impartial expert, bound to confidentiality, to review any such Document and to report on the objection. To the extent that the objection is upheld by the Arbitral Tribunal, the expert shall not disclose to the Arbitral Tribunal and to the other Parties the contents of the Document reviewed.*”.

³²³ “ For confidentiality agreements, there is a well-established practice of arbitral tribunals that aims at finding amicable solutions with third parties. The arbitral tribunal may ask the requested party to write a letter or an e-mail to the third party asking for its consent to the production of the documents in the arbitration procedure”. In: MARGHITOLA, Reto. **Document Production in International Arbitration**, vol. 33. Kluwer Law International, 2015. p. 94

³²⁴ São trechos relevantes do julgado: “*On the contrary, given the risk or threat of prejudice raised by Jaguar, we are satisfied that the Order fell within the boundaries of what a reasonable and fair-minded tribunal might have done in the circumstances [...] CMNC has not shown that the restrictions on document production imposed as a result of the AEO Regime (and its successors) had any direct impact on CMNC’s preparations in the critical period leading to the submission of the Gurnham Responsive Report and the other quantum evidence.*”.

³²⁵ *In China Machine v. Jaguar Energy, the Singapore Court of Appeal rejected an argument that the imposition of an ‘attorneys’ eyes only’ regime for document disclosure breached natural justice by*

Trata-se, portanto, de limite que deve ser tomado em consideração, mas que pode ser abalizado pela adequada condução da instrução por parte dos árbitros.

2.2.2.3 A violação à boa-fé objetiva

A boa-fé processual encontra fundamento no modelo cooperativo do processo civil, no qual as partes e o julgador devem contribuir para que o provimento jurisdicional seja construído em processo dialógico. A boa-fé contribui para a construção de um processo justo e adequado às garantias do devido processo legal³²⁶. Para Rogério Cruz e Tucci, representa regra material, que deve ser aplicada no processo arbitral com o objetivo de reprimir condutas temerárias dos litigantes³²⁷.

Da boa-fé extraem-se os deveres de transparência e lealdade processual, cujo descumprimento enseja a aplicação de penalidades previstas tipicamente no CPC/15³²⁸⁻³²⁹. Mas sua aplicação não se restringe aos casos previstos tipicamente: é,

*limiting a party's ability to inspect documents produced by the other side. The Court noted that the tribunal was 'clearly conscious of the need to strike a balance between the competing interests of the parties' and had deliberately build a safe-guard into the process by allowing the affected party to apply to the tribunal for direct access to certain documents where necessary". In: SLOANE, Simon; JACKSON, Emily Wise. *Due process and procedural irregularities: challenges*. in. ROWLEY, J. William. **The guide to challenging and enforcing arbitration awards**, 2. ed. London: Law Business Research, 2021. p. 61*

³²⁶ "O fundamento constitucional da boa-fé decorre da cooperação ativa dos litigantes, especialmente no contraditório, que devem participar da construção da decisão, colaborando, pois, com a prestação jurisdicional. Não há que se falar, com certeza, em processo justo e equo se as partes atuam de forma abusiva, conspirando contra as garantias constitucionais do *due processo of law*". In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos do princípio da boa-fé no processo arbitral, in. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral: subsídios para o advogado do contencioso arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 10

³²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos do princípio da boa-fé no processo arbitral, in. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral: subsídios para o advogado do contencioso arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 10

³²⁸ "Note-se que a boa-fé processual se desdobra nos deveres de veracidade, de transparência e de lealdade na realização dos atos processuais, contemplados nos arts. 77 e 142 do Código de Processo Civil de 2015. O descumprimento destes deveres caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé, cujas sanções estão detalhadamente previstas nos arts. 77, 80, 81, 100, parágrafo único, 334, §8º, 536, §3º, e 702, §§10 e 11". in: TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos do princípio da boa-fé no processo arbitral, in. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral: subsídios para o advogado do contencioso arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 10

³²⁹ São elas a multa prevista no art. 81 do CPC/15³²⁹ – reservada aos casos de má-fé processual – e a sanção por ato atentatório à dignidade da justiça prevista no art. 77, §2º, do CPC/15.

também, cláusula geral³³⁰, razão pela qual deve ser observada durante todo o processo, em suas diversas modalidades³³¹.

Mas, para além das sanções previstas no direito positivo, é possível que se identifique na violação da boa-fé processual a razão de ilicitude e, conseqüentemente, a necessidade de declarar sua nulidade³³². Essa constatação tem reflexos relevantes na instrução do processo e produção de provas: violações à boa-fé podem ensejar a inadmissibilidade da prova produzida, em razão de sua nulidade.

De qualquer modo, a inadmissibilidade da prova deve ser vista como medida extraordinária, tendo em vista que “a boa-fé não pode ser instrumento de supressão imoderada de direitos”³³³.

2.2.2.4 A excessiva onerosidade da prova

Toda prova, em maior ou menor medida, onera as partes ou o processo. A prova pericial envolve custos relevantes com a contratação de perito e, geralmente, assistentes técnicos, além de exigir a prolongação do processo; a prova testemunhal exige agendamento e preparação prévia dos advogados constituídos; até mesmo a prova documental, cuja produção pode se dar pela sua simples juntada nos autos, exige a abertura de prazo para que a parte contrária se manifeste a respeito dos documentos.

O gasto de tempo, dispêndio de recursos e aumento da complexidade dos autos é, a bem ver, a justificativa para que se recuse a produção de provas que não atendem aos critérios de relevância e pertinência. Mas, em alguns casos, a prova relevante e pertinente pode se revelar, também, excessivamente onerosa. Nessas situações, será necessária análise sobre o benefício que a prova poderá trazer ao processo em face dos impactos causados pela sua produção.

³³⁰ DONNINI, Rogério José Ferraz; Bona fides: do direito material ao processual – **Revista de processo**, vol. 251, 2016. pp. 113 – 126

³³¹ CASADO, Márcio Mello; A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e a sua aplicação no processo civil – **Revista de processo**, vol. 209/2012. pp. 293 – 321

³³² LIBARDONI, Carolina Uzeda. **Boa-fé no processo civil**: um estudo sobre a aplicação e extensão do princípio. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em direito. Curitiba, 2023. p. 156.

³³³*ibidem*,. p. 160.

Em um processo arbitral a onerosidade da produção da prova se torna especialmente relevante, tendo em vista que a dilação probatória está diretamente relacionada ao aumento dos custos do processo³³⁴.

Essa onerosidade pode se verificar tanto ao andamento e custos do próprio processo quanto ao ônus que trará para a parte a quem se incumbirá a produção³³⁵. Verificando-se que a prova requerida é demasiadamente onerosa, poderá o tribunal negar sua produção:

“Vale dizer: não pode gerar despesas que superem o benefício econômico buscado na causa, significar o alongamento desproporcional do tempo de duração do processo ou ainda gerar indesejável excesso de informação que seja pouco útil. Isso quer dizer que a prova não poderá ser admitida caso a sua produção caracterize meio não satisfatório ou gere graves efeitos colaterais para conduzir à decisão justa”³³⁶.

Trata-se de limitação que deve ser analisada à luz dos princípios do contraditório e ampla defesa, de modo que não se pode negar a produção de prova onerosa quando essa é a única forma de demonstração de fatos relevantes. No entanto, é possível que seu escopo seja modulado, para que possa atender aos interesses em disputa sem que repercuta negativamente na esfera de direitos das partes.

³³⁴ “[...] a possibilidade de requerimentos de exibição de documentos em sede arbitral não representa apenas um bônus, mas traz consigo também diversos ônus. O excessivo número de requerimentos dessa natureza é apontado como uma das principais razões pelas quais as arbitragens têm se tornado cada vez mais custosas. Inclusive, os vultuosos montantes despendidos pelas partes em procedimentos arbitrais figuram como uma das principais críticas tecidas ao instituto da arbitragem. Dessa forma, há uma tensão entre a necessidade de se garantir às partes ampla oportunidade de obtenção de prova e o custo decorrente da fase de produção de documentos. É importante, portanto, que todos os agentes envolvidos se utilizem de requerimentos de exibição de produção de prova documental de maneira racional e proporcional, buscando, sempre que possível, a economia –de custos e tempo – do procedimento”. In: OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais p. 78

³³⁵ Citando casos em que se entendeu dessa forma: “*Two examples of document production requests that an arbitral tribunal considered to be an unreasonable burden are cited in the 2006 ICC Bulletin (Special Supplement). The first document production request concerned all communications between the respondent and a third party and all documents created or held by the respondent or the third party relating to the sale of a company. The second document production request concerned ‘any and all documents relating to valuations ... carried out in the period since the Sale’. Moreover, the second request specified that the ‘term “valuation” should be interpreted broadly’*”. In: MARGHITOLA, Reto. **Document production in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2015. p. 100

³³⁶ CARPES, Artur. **O que provar?** ...n.p. RB-3.7. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/314557206/v1/page/RB-3.7> Acesso em: 30/01/2024.

2.2.3 Limitações particulares de meios de prova

Alguns meios de prova sofrem limitações que lhes são particulares, em razão de suas características intrínsecas. Essas limitações podem ser causa para tratamento variado em seu exame de admissibilidade na instrução (ou em outros momentos) do processo. Passa-se a análise dos meios de prova que detêm tais peculiaridades.

2.2.3.1 Prova documental

Documento é aquilo que registra um fato transitório e consolida-o em meio sensorialmente perceptível³³⁷. Rigorosamente, toda prova, assim como todo ato processual, é sujeita à documentação, mas a prova documental se distingue das provas documentadas por ser registro de fato produzido fora do processo³³⁸.

No processo civil, a tempestividade da prova documental apresenta-se como seu principal critério de admissibilidade³³⁹. A regra decorre de peculiaridade da prova documental que é, em regra, prova pré-constituída³⁴⁰: confundem-se o momento de propositura e produção^{341,342}. Assim, o art. 434, *caput*, do CPC/15 estabelece que

³³⁷ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil...** p. 298.

³³⁸ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Fatos e provas novos no processo civil** [livro eletrônico]: momento da alegação e da prova. Ação rescisória. Ação Revisional. Renovação da Ação Coletiva. Thomson Reuters: São Paulo, 2023. p. RB-8.8

³³⁹ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**: do documento aos documentos. Do suporte à informação. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 43

³⁴⁰ CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas...**p. 114

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 805. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Subseção III: da produção da prova documental. In: STECK, Lenio luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 646

³⁴² Em termos diversos, referindo-se à propositura e juntada, e não propositura e produção: “A prova documental tem a peculiaridade de que o momento de propositura e juntada ao processo ocorrem, em geral, simultaneamente”. In: RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental...** p. 43.

“Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar as suas alegações”³⁴³⁻³⁴⁴.

Ou seja, é a fase postulatória, e não a instrutória, “o momento do adimplemento do ônus subjetivo da prova documental, carreando-o desde logo ao autor, a quem incumbe exhibir, com a petição inicial, e ao réu, na contestação”³⁴⁵⁻³⁴⁶. A doutrina critica a redação do art. 434, *caput*, do CPC/15 por fazer referência exclusiva à “petição inicial ou a contestação”, já que a regra seria oponível às demais postulações³⁴⁷. Nesse sentido:

“Observa-se que a regra em exame disse menos do que realmente ocorre na teoria e na prática, uma vez que toda postulação, além da petição inicial e da contestação, deve ser instruída com documentação suficiente a fazer prova de eventual fato alegado. Assim, por exemplo, o requerimento de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 133), o requerimento de qualquer interveniente (assistente, *amicus curiae* etc.)”³⁴⁸.

³⁴³ Marinoni e Arenhart diferenciam o comando do art. 434 e do art. 320, ambos do CPC: “É a evidente que, quando a lei impõe o dever (e não mais o ônus) de a parte instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação, pretende ela significar outra coisa, que não se confunde com a mera prova documental. Vale lembrar que a infração a esse dever (imposto pelo art. 320 do CPC/2015) pode resultar na aplicação do art. 321 do CPC/2015, inclusive com o indeferimento da petição inicial [...] A falta de atendimento à determinação do art. 434 do CPC/2015 importa, apenas e em regra, a preclusão da produção da prova documental (em relação aos fatos narrados na petição inicial)”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 807.

³⁴⁴ Em elogio às alterações promovidas pelo CPC/15: “A prova documental, na linha da jurisprudência que se formou em torno do CPC de 1973, podia ser apresentada a qualquer momento durante o processo, mas essa liberalidade dos tribunais em geral era frontalmente contrária aos termos do art. 396 e permitia, não raro, que as partes juntassem novos documentos até em momentos estratégicos do processo, com evidentes prejuízos para o andamento deste, isso para não falar na possibilidade de manobras e de criação de incidentes indesejáveis”. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos...** p. 156.

³⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Subseção III: da produção da prova documental. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1239.

³⁴⁶ Em comparação com legislações estrangeiras: “O art. 434 do CPC brasileiro, assim como o art. 256, 1, 1º, da LEC espanhola, é claro ao afirmar que a parte deve juntar à inicial ou à contestação os documentos com que pretende provar suas alegações. E isso sob pena de preclusão. Disposições similares aparecem, por exemplo, no art. 429 do CPC peruano; o CPC chileno, de seu turno, no art. 348, permite a juntada de documentos a qualquer momento até o ‘fim da fase probatória, em primeira instância, e até o julgamento da causa em segunda instância’” RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental...** p. 43 e 44

³⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Subseção III: da produção da prova documental. In: STECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao...** p. 645. Também nesse sentido: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo civil: artigos 405 a 441: da prova documental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 71

³⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Subseção III: da produção da prova documental. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários** p. 1239.

A limitação à admissibilidade de documentos, portanto, vincula-se à preclusão³⁴⁹. Ultrapassada a postulação “a admissibilidade da produção da prova documental será substancialmente restringida”³⁵⁰ e, na fase recursal, a possibilidade de juntada da prova deve ser analisada ainda com maior rigor³⁵¹. Apesar disso, há, na jurisprudência, flexibilidade na admissibilidade de documentos quando ausente a intenção de “guarda de trunfos” ou “ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo”³⁵².

São exceções expressa à regra de inadmissibilidade os documentos: (i) destinados a demonstrar fatos supervenientes; (ii) que objetivam contrapor documentos já produzidos no processo; (iii) formados, conhecidos, acessíveis ou disponíveis após os atos postulatorios; (iv) necessários à demonstração de questão de fato que, por motivo de força maior, não foi deduzida; (v) quando o documento estiver em repartição pública; e (vi) quando o documento estiver em poder da parte contrária ou terceiro³⁵³⁻³⁵⁴. Em qualquer desses casos, a excepcionalidade se justifica pela inexistência de preclusão sobre ato processual que não foi praticado tempestivamente por justa causa, conforme disposto no art. 223 do CPC/2015³⁵⁵.

2.2.3.2 Prova testemunhal

Em princípio, a prova testemunhal será admissível sempre que não houver disposição legal em sentido contrário (art. 442, do CPC/2015³⁵⁶). A “disposição legal em sentido contrário” a qual se dirige o artigo é a restrição relacionada ao objeto da

³⁴⁹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo civil**: artigos 405 a 441: da prova documental. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 72

³⁵⁰ AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis**. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 140

³⁵¹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos...**p. 158

³⁵² RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental...** p. 45

³⁵³ OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Subseção III: da produção da prova documental. In: STECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao...** p. 648

³⁵⁴ Essas exceções também são atingidas pela preclusão: “Se a regra aqui estudada é, deveras, apenas expressão diversa da norma anterior, ditada no interesse do mesmo pressuposto do qual a última deriva, não se pode imaginar que, para o art. 435 do CPC/2015, não haverá preclusão quanto ao momento de juntada dessa prova. Também no caso presente, a norma pretende que o sujeito apresente o documento na primeira oportunidade em que puder falar sobre o fato novo (se a prova já estiver disponível, como se verá adiante) ou no primeiro instante em que se possa se opor às alegações da parte contrária (situação da contraprova), sob pena de preclusão”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pp. 812 e 813

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 814.

³⁵⁶ “Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”.

prova testemunhal, quando, por exemplo, houver “exigência de documento ou perícia”³⁵⁷.

Além disso, esse meio de prova apresenta limitação particular, oriunda da própria testemunha³⁵⁸. Não se trata, propriamente, de limitação à prova testemunhal, mas à oitiva de determinados sujeitos que, em razão de um comando legal, não podem funcionar como testemunhas em um processo.

Como o juízo sobre essas duas regras tende a ocorrer no mesmo momento (antes da produção da prova em si), pode-se dizer que a admissibilidade da prova testemunhal é condicionada por: (i) regras de exclusão sobre o objeto; (ii) regras de exclusão sobre a pessoa³⁵⁹.

As regras de exclusão sobre o objeto a ser provado pela prova testemunhal derivam de sua desvalorização em abstrato, em razão de fragilidades que lhe são peculiares, como a presumida baixa confiabilidade de recordações sobre fatos pretéritos e construção de falsas memórias³⁶⁰.

A prova testemunhal também enfrenta dificuldades relativas à sua colheita, que depende da inquirição em audiência que é afetada pela sua forma de condução e preparo para a formulação das perguntas. Diante dessas variáveis, a doutrina encontra duas ordens de justificativas para a imposição de limitações objetivas à prova pericial: (i) a falta de qualidade do meio de prova, em razão da limitação e falhas de memória; e (ii) a falta de qualidade do método de colheita dessa prova, que depende de condições externas ao processo e da qualidade dos questionamentos que são apresentados à testemunha³⁶¹.

³⁵⁷ DELFINO, Lúcio. SILVEIRA, Marcelo Pochioli da. In: ARRUDA ALVIM, Angélica... [et. al.]. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 562

³⁵⁸ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**, 3. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 68.

³⁵⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, 2. ed. Bolonha: il Mulino, 1998 p. 632-634.

³⁶⁰ “O principal ponto que poderia gerar certo ‘medo’ da prova testemunhal seria o fato de ser essa ‘maleável’, ‘flexível’ ou ‘adaptável’. Afinal, o testemunho acaba passando ‘através do prisma da nossa personalidade’, de que, um prisma diferente pode ‘colorir [a narrativa] de modo diferente dependendo das cores que possui [...] nosso eu’, somando-se a ‘falhas naturais da memória’ e À ‘interferência de outros elementos externos que turbam a lembrança’”. In: RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal...** p. 58.

³⁶¹ “[...] os déficits encontrados na prova testemunhal não se situam apenas no que é relacionado à fonte da prova, como as determinadas ‘falsas memoriais’ ou as descobertas da neurociência e da psicologia cognitiva, mas também com o momento de sua produção, especialmente as condições e a condução de colheita do depoimento e o preparo devido para a formulação de perguntas [...]”. in:

São exemplos de restrição quanto ao objeto o disposto no art. 646³⁶² e art. 1.653³⁶³ do Código Civil, bem como a limitação imposta pela Súmula 149/STJ para obtenção de benefício previdenciário rural³⁶⁴. Restrições não mais existentes constavam no art. 401 do CPC/1973³⁶⁵ e no revogado art. 227 do Código Civil³⁶⁶⁻³⁶⁷.

Para Paulo Osternack Amaral as limitações quanto ao objeto consistem “em detalhamento da regra contida no art. 406”³⁶⁸, que prevê que “quando a lei exigir instrumento público como substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Não se pode concordar integralmente com a afirmação, já que, em alguns casos, como a prova destinada à comprovação de tempo de serviço para concessão de benefício previdenciário (art. 55, §3º, da Lei 9307/1996), não se exige propriamente “instrumento público”. O ônus da prova poderia ser satisfeito por meio de instrumentos privados.

O que se vê, com isso, é que a limitação objetiva da prova testemunhal deriva de opção política, em razão das fragilidades da prova testemunhal em si, mas não da exigência de instrumento público. Apesar dessas limitações objetivas, o art. 444 do

GODINHO, Robson Renault. Seção IX: da prova testemunhal. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil**...p. 1259. No mesmo sentido: In: LOPES, João Batista. Hierarquia de provas no processo civil, in: **Revista de processo**, vol. 333, 2022. pp. 93-102.

³⁶² “Art. 646. O depósito voluntário provar-se-á por escrito”

³⁶³ “Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”.

³⁶⁴ “Súmula 149/STJ: A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”.

³⁶⁵ “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário-mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”. A esse respeito: “Em regra, no Direito Processual Civil brasileiro, a prova testemunhal é de ser admitida (CPC, art. 400). Mas há casos, contudo, em que a própria lei cuida de restringir tal amplitude. Dentre outros, o art. 401 do CPC restringe a utilização da prova testemunhal ao dispor que ‘a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário-mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados. Atente-se que a restrição mencionada, por força do art. 403 do CPC, aplica-se também ao pagamento e à remissão da dívida”. In: MEDINA, José Miguel Garcia de. Admissibilidade da prova testemunhal – questões sobre o artigo 401 do código de processo civil, in: **Revista dos Tribunais**, vol. 784, 2001. pp. 55-67.

³⁶⁶ “Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário-mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.”

³⁶⁷ A limitação ao uso da prova testemunhal para comprovar fatos relativos a contratos acima de determinado valor é inspirada em disposições do direito imperial português: “O preceito tem longa tradição no Direito luso-brasileiro. Figurou nas Ordenações Filipinas, proveniente das Manuelinas [...] o que demonstra ser mais antigo do que em França, como observa Clóvis do Couto e Silva, pois as Ordenações Manuelinas remontam a 1521 e a Ordonnance de Moulins é de 1556.”. In: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Direito à prova. in: **Revista de Processo**, vol. 39, 1985. pp. 98-118.

³⁶⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis**. Londrina: Thoth, 2023. p. 155

CPC/2015³⁶⁹ permite o emprego da prova testemunhal nos casos em que houver “começo de prova por escrito”, que se deve entender como “o escrito que, emanado da pessoa contra quem se faz o pedido, ou de quem a represente, o torna verossímil ou suficientemente provável e possível”³⁷⁰.

Havendo documento capaz de demonstrar, ainda que por indício, “a existência de um vínculo obrigacional, pode a parte invocar o depoimento de testemunhas para tentar comprovar aquela obrigação”³⁷¹. Os limites objetivos da prova afetam sua admissibilidade não somente no procedimento comum, mas, principalmente, em procedimentos especiais. Notadamente, a prova testemunhal é inadmissível em sede de mandado de segurança (art. 6º da Lei 12.016/2009³⁷²) e em ação monitória (art. 700 do CPC/2015³⁷³). Em ambos os casos, entretanto, como aponta Eduardo Talamini, pode-se buscar a produção antecipada da prova testemunhal como forma de constituição de prova escrita e pré-constituída³⁷⁴.

³⁶⁹ Art. 444. Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova.

³⁷⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação Monitória, in: **Revista de Processo**, vol. 79, 1995. pp. 77-101.

³⁷¹ DELFINO, Lúcio. SILVEIRA, Marcelo Pochioli da. In: ARRUDA ALVIM, Angélica... [et. al.]. **Comentários ao Código de Processo Civil**...p. 564.

³⁷² “Art. 6º. A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.”. Diante da exigência do dispositivo legal, Arnaldo Wald esclarece a impossibilidade de dilação probatória – e, portanto, de produção de prova pericial: “A prova do fato não deve depender, numa interpretação rigorosa do texto legal, nem de provas testemunhais, nem de exames periciais, devendo ser feita completa e absolutamente com os documentos juntos pelo impetrante à petição inicial. Devendo haver perícia, compreende-se que a prova do direito subjetivo e dos seus pressupostos não foi completa, não se tratando, pois, de direito líquido e certo, mas de direito a ser provado, não podendo ser protegido pelo mandado de segurança”. In: WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 126

³⁷³ “Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:”. A respeito da exigência de prova escrita: “Ao termo prova escrita tanto se admite aquele documento pré-constituído, elaborado no ato de realização do negócio jurídico para registro da declaração de vontade, como também o documento causal que teve tão somente a finalidade de documentar o negócio jurídico. Mais do que um objeto, um texto escrito ou um arquivo eletrônico, o documento é uma fonte de prova”. In: VASCONCELOS, Ronaldo. **Breves comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.1792

³⁷⁴ “Um exemplo alheio ao elenco do art. 381: o requerente pode pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la, e assim poder usá-la em futuro processo que, por razões procedimentais, só admita prova escrita. É o que se dá no mandado de segurança ou na fase inicial da ação monitória: nessas vias processuais, o legislador limita a prova à forma documental não por uma preferência axiológica, valorativa (diferentemente do que se tem, por exemplo, no CPC/2015, art. 443, II, c/c a Lei 8.213/1991, art. 55, § 3.º); mas por simples razões estruturais, de sumariedade procedimental. Assim, em tais processos, não se pode descartar de antemão o uso da prova produzida antecipadamente como prova escrita”. TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico], 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 591

Os limites em razão da pessoa são apresentados no art. 477 do CPC/2015³⁷⁵. Pelo texto legal, são três as categorias de pessoas que não podem depor como testemunhas: (i) os incapazes; (ii) os impedidos; e (iii) os suspeitos.

Os incapazes mencionados nos incisos do art. 477, §1º, do CPC/2015 em são dotados de peculiaridade, porque, pela literalidade do §4º do mesmo dispositivo, sua oitiva não pode ser admitida nem mesmo sem que seja firmado compromisso legal – salvo no caso dos menores de dezesseis anos³⁷⁶⁻³⁷⁷. Ou seja, o (i) interdito por enfermidade ou deficiência mental; (ii) - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; e (iii) o cego e o surdo quando a ciência dos fatos depender dos sentidos que lhes faltam.

A exclusão do depoimento dessas pessoas é criticada por parte da doutrina. Isso porque nem pessoa interditada ou com deficiência intelectual será impossibilitada de compreender os fatos e se expressar a respeito deles, de modo que deveria se

³⁷⁵ “Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. § 2º São impedidos: I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes. § 3º São suspeitos: I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II - o que tiver interesse no litígio. § 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. § 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer”.

³⁷⁶ O que não afasta a cautela em sua apreciação: “Un primer tipo de mecanismos cuyo propósito es verificar la fiabilidad de los testimonios tiene que ver con la persona del testigo. Un criterio importante es la edad: normalmente los niños (en general los menores de catorce años – o incluso de dieciocho –) pueden ser interrogados como testigo cuando se considera necesario, pero no juran decir la verdad; el tribunal debe controlar cuidadosamente el interrogatorio al que se lo somete y su testimonio puede ser excluido o interrumpido cuando pueda producir una situación embarazosa. Hay que agregar que el testimonio de los niños necesita ser valorado con cuidado” In: TARUFFO, Michele. **La prueba...** p. 63

³⁷⁷ Ainda: “O que se propugna não é a valoração plena do depoimento infantil ou juvenil, mas sim a possibilidade de sua adoção com cuidados inerentes à idade e às peculiaridades cognitivas dos depoentes relacionadas aos fatos probandos, estes sim, informantes por não poderem prestar compromisso, diante da inimputabilidade”. FERREIRA, William Santos. **Princípios** p. 208

admitir o depoimento sempre que houver a possibilidade de corroboração ou refutação de alguma das hipóteses aventadas no processo³⁷⁸⁻³⁷⁹.

Em razão disso, fala-se em preconceito da legislação que, ao excluir os incapazes constantes nos incisos I, II e IV do art. 447, §1º do CPC, ignora a possibilidade de sua contribuição para o processo³⁸⁰⁻³⁸¹. Argumenta-se a superação das disposições dos incisos I e IV do §1º do art. 477 em razão do disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, que revogou o disposto no art. 228, II e III, do Código Civil. Isso porque tais incisos também vedavam a admissão como testemunhas “aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil” e “os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam”³⁸².

Não se trata de consenso. Parcela relevante da doutrina segue afirmando a impossibilidade de oitiva do incapaz³⁸³. Independentemente do posicionamento adotado, apesar de se reconhecer a intenção do legislador de oferecer maior qualidade do material probatório, as regras de exclusão de testemunha não se encontram alinhadas com o melhor aproveitamento epistêmico – a não ser no caso

³⁷⁸ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal...** p. 209.

³⁷⁹ “Entretanto, parece-me que essa predeterminação legal é autoritária, não se conciliando com a necessidade de busca da verdade e com o direito à prova, como já delineado no curso desta obra. A credibilidade da testemunha, numa dessas situações que a lei define como incapacidades, deve ser avaliada pelo juiz concretamente, de acordo com a verossimilhança das suas declarações e com a valoração que o juiz possa fazer a respeito dessa credibilidade. A norma não pode mais ser considerada impeditiva do seu depoimento, mas indicativa da presumida falta de credibilidade das suas declarações, que o juiz deverá considerar no reconhecimento da verdade fática, mas que, entretanto, poderá ser desmentida por circunstâncias específicas do conjunto probatório, já que deverão ser devidamente explicitadas na fundamentação da sua decisão”, In: GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil...** p. 219.

³⁸⁰ CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas...** p. 124.

³⁸¹ Apesar da crítica, deve se ponderar que a hipótese descrita no art. 447, §1º, IV (“o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam”) é adequada, já que há, nesse caso, absoluta impossibilidade dos fatos por restrição sensorial. Nesse sentido: “Em relação a isso, um sistema não deve considerar admissível a prova testemunhal de uma pessoa quando a incapacidade puder eliminar por completo a possibilidade de que, em tese, seu testemunhou possa aumentar ou diminuir a corroboração de ao menos algumas das hipóteses fáticas objeto do processo. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que é cega e/ou surda quando a ciência dos fatos depender dos sentidos que lhes faltam”. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal...** p. 209.

³⁸² CUNHA, Ígor Martins da. ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. A capacidade de testemunhar após as modificações promovidas pelo estatuto da pessoa com deficiência, in.: **Revista de Direito e Medicina**, vol. 11, 2022. n.p. Cap. 6

³⁸³ Por exemplo: “Também é incapaz de depor aquele que, acometido por enfermidade ou retardamento mental ao tempo em que ocorreram os fatos, não poderia tê-los discernido ou, ao tempo em que se deveria colher o depoimento, não estivesse habilitado a transmitir suas percepções”, in: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** [livro eletrônico], 8. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 274

do cego e do surdo-mudo no tocante aos fatos que dependem dos sentidos que lhes faltam, já que se trata de contradição lógica:

“Há regras de exclusão que visam a desempenhar suposta função epistêmica. A finalidade pela qual tais regras foram criadas é a de prevenir erros ou incompreensões na etapa de valoração das provas, como, por exemplo, aquela que exclui a prova testemunhal de pessoas que tenham certo grau de parentesco com as partes. A presunção de que o depoimento não é confiável face à predisposição dessas pessoas, consciente ou não, de auxiliar o parente envolvido na causa a sair vencedor, é o que justifica a inadmissibilidade da prova por essa perspectiva: inibe-se o risco de que se outorgue valor excessivo ao depoimento.

Trata-se de solução, todavia, no mínimo questionável: a admissão dos depoimentos dos parentes (e não a sua exclusão) é que gera proveito epistêmico, na medida em que se apresentam informações e assim conduz à amplitude de acervo probatório”^{384,385}.

No entanto, a admissibilidade do testemunho não quer dizer que não se exija, como critério para valoração da prova, a demonstração de que a pessoa é capaz de observar, entender, recordar e reconstruir os fatos. Trata-se de medida para ampliar o material probatório disponível ao julgador, não de mudança sobre o raciocínio judicial:

*“El testimonio de una persona con deficiencia mental no es necesariamente inadmisibile en cuanto tal, pero la falta de capacidades mentales plantea serios problemas en relación con la fiabilidad del testimonio ofrecido por esa persona. En cualquier caso, la persona que declara como testigo debería ser capaz de observar, registrar, recordar y reconstruir hechos, así como de entender la obligación de decir la verdad”*³⁸⁶.

Além do exposto acima, duas hipóteses de indeferimento da prova testemunhal foram explicitadas normativamente. O juízo deve indeferir a inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão (art. 443, I, do CPC/2015) ou quando se tratar de questão que só pode ser esclarecida por

³⁸⁴ CARPES, Artur. Por uma justiça civil mais eficiente: critérios objetivos de admissibilidade da prova. In: OSNA, Gustavo... [et. al.]. **Direito Probatório**... pp. 137-152. pp. 146 e 147

³⁸⁵ No mesmo sentido: “Em segundo lugar, não parecem existir razões epistêmicas para impedir a tomada de depoimentos de pessoas como amigo ou inimigo íntimo, cônjuge, companheiro, ou familiar próximo; trata-se aqui, uma vez mais, de confusão entre valoração e admissão, além de um juízo prévio injustificado – uma generalização espúria. Ainda que se possa legitimamente suspeitar que uma testemunha tenha algum viés cognitivo, por exemplo, em favor da parte que é sua amiga íntima, isso é muito diferente de poder dizer, *a priori*, que seu testemunho não poderá jamais, em tese, ser sincero ou verdadeiro, nem que não se possa aproveitar uma só informação do que venha a dizer. O inimigo declarado, em outro exemplo, poderá ser uma pessoa muito honesta, que, por sua honestidade, não aceita mentir nem mesmo para prejudicar seu inimigo”. In: RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**... p. 210.

³⁸⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba**... pp. 63 e 64

documento ou prova pericial (art. 443, II, do CPC/2015³⁸⁷). A bem ver, as situações enquadram-se, respetivamente, em situações de impertinência e irrelevância da prova. Na primeira hipótese a prova é desnecessária porque os fatos já estão provados³⁸⁸; na segunda, a prova é inapta à demonstração do fato e, portanto, é supérflua³⁸⁹.

Especificamente quanto à produção antecipada de prova testemunhal, é recomendável que se permita a oitiva de testemunha mesmo que tenha sido apresentada contradita, porque é o julgador de futura e eventual produção antecipada da prova testemunhal se revela como instrumento importante para garantia da qualidade do testemunho, em razão da possibilidade de que o transcurso do tempo possa causar falsas memórias e, com isso, reduzir a confiabilidade do depoimento³⁹⁰.

2.2.3.3 Prova pericial

O desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade está diretamente ligado a um aumento na complexidade das lides, que se tornam progressivamente mais especializadas^{391,392}. Torna-se necessário recorrer a profissionais habilitados

³⁸⁷ “Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

³⁸⁸ “Em relação aos fatos provados por documentos ou por confissão, o inciso ora comentado é um reflexo do disposto no art. 374, II, CPC, não se admitindo, na realidade, a produção de qualquer outra prova diante da ausência de controvérsia fática. Nessas situações, a produção da prova testemunhal será inócua, porque os fatos já estarão comprovados”. GODINHO, Robson Renault. Seção IX: da prova testemunhal. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil...**pp. 1260 e 1261.

³⁸⁹ “Nesse sentido, a limitação à prova testemunhal também visa a evitar o exercício de uma atividade inútil: se um meio de prova é supérfluo, sua produção não deve ser permitida. Em qualquer das hipóteses, a produção da prova testemunhal será inútil, porque não será considerada como meio apto para comprovar os fatos necessários”. GODINHO, Robson Renault. Seção IX: da prova testemunhal. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil...**p. 1261

³⁹⁰ Nesse sentido, em geral: LAZARI, Rafael de; MARGRAF, Alencar Frederico. Antecipação das provas testemunhais e o dilema das falsas memórias: uma análise sob o julgamento do recurso em habeas corpus 61.488 e a relativização da Súmula 455 do STJ, in. **Revista dos Tribunais**, vol. 1.014, 2020. pp. 337-360.

³⁹¹ VÁSQUEZ, Carmem. **Prova pericial: da prova científica à prova pericial**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 50.

³⁹² Na vigência do CPC/1973 a possibilidade de produção antecipada de perícia era expressamente mencionada nos arts. 846, 849, 850 e 851. A redação do art. 381 do CPC/2015, por outro lado, não mais menciona qualquer meio de prova, o que é elogiado pela doutrina: “Lado outro, o Novo CPC não cita expressamente a perícia como meio de produção de provas de forma antecipada. Parece que andou bem o legislador, uma vez que a perícia sempre terá lugar quando a prova depender de conhecimento técnico especializado, nos moldes do quanto disposto está no art. 156 do Novo CPC.”. In: MELO, Paulo Cordeiro de. **A perícia no novo código de processo civil**. São Paulo: Trevisan Editora, 2016. p. 166.

para esclarecimento de questões técnicas e específicas de diversos campos do conhecimento que, por meio da prova pericial, tomam papel de protagonismo³⁹³.

Em razão do tempo necessário para conclusão da perícia, bem como de sua onerosidade e complexidade³⁹⁴⁻³⁹⁵, seu deferimento deve ser restrito às hipóteses em que é, realmente, imprescindível³⁹⁶⁻³⁹⁷. A limitação decorre do princípio da eficiência do processo: “dos meios de prova por nós conhecidos, é a produção da prova técnica e científica que mais aumenta o tempo e os custos do processo”³⁹⁸.

Essa limitação deve ser observada, também, quanto aos quesitos apresentados pelas partes: devem ser rejeitados os quesitos impertinentes, que servirão somente ao prolongamento do feito, protelação do procedimento probatório ou desvirtuação do processo, nos termos do art. 470, I, do CPC/15³⁹⁹⁻⁴⁰⁰. Como escreve Marcelo Bonizzi, a formulação de quesitos impertinentes pode configurar abuso do exercício do contraditório e, inclusive, servir de demonstração de má-fé processual⁴⁰¹.

³⁹³ BRAGA, Paula Sarno. BRAGA, Paula Sarno. Seção X: da Prova Pericial. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1341.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**, 5. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 910.

³⁹⁵ Além das dificuldades dentro do processo, a prova pericial observa dificuldades externas: “À sua produção se impõem dificuldades não só de ordem jurídica, mas de natureza econômica e social, além daquelas decorrentes, naturalmente, da própria natureza do conhecimento a ser aplicado. Não é incomum, por exemplo, em determinada localidade não haver disponibilidade de profissional qualificado ao exame, buscando o magistrado guarida na norma inscrita no artigo 156, §5º do CPC/15 que remete inclusive – fugindo à preocupação técnica do novo CPC/15 – ‘livre escolha’ do perito pelo magistrado”. In: AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial...**p. 173

³⁹⁶ CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas...** p. 121

³⁹⁷ Em sentido contrário: “Há casos em que prova do fato que não depende obrigatoriamente de perícia, mas ela é aconselhável; o fato poder ser provado por essa via que se revela útil. Assim, a ‘desnecessidade’ não conduzirá à dispensa da perícia se ela for considerada útil pelo julgador. BRAGA, Paula Sarno. Seção X: da Prova Pericial. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 1308 e 1309

³⁹⁸ AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial ...**p. 182.

³⁹⁹ CPC/15: “Art. 470. Incumbe ao juiz: I- Indeferir quesitos impertinentes [...]”.

⁴⁰⁰ Em definição de quesito impertinente: “Impertinente é o quesito que não visa obter resposta que possa ajudar a esclarecer fato controverso. Se o fato é incontroverso, ou não diz sequer respeito à causa de pedir, nenhum quesito deve recair sobre ele. Quando o quesito, ainda que relativo a fato controverso, exige resposta concernente a matéria que não é especialidade do perito, também deve ser considerado impertinente. Porém, é comum a parte formular quesito sobre fato não controverso, e até mesmo exigir do perito uma afirmação que não é da sua especialidade, o que evidentemente não pode ser admitido”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**, 5. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, pp. 897 e 898

⁴⁰¹ “Há uma forte relação entre a missão do perito e a faculdade que as partes possuem de formular quesitos. Ocorre que o juiz deve indeferir qualquer quesito que diga respeito fatos que não estejam incluídos na missão atribuída ao perito (quesitos impertinentes). Os fatos que devem ser

São razões para indeferimento desse meio de prova: (i) a prova não depender de especial conhecimento técnico; (ii) for desnecessária em vista de outras provas; (iii) a verificação a que se propõe for impraticável (art. 464, §1º, I, II, e III, do CPC/2015⁴⁰²⁻⁴⁰³); (iv) a suficiência de pareceres técnicos ou documentos elucidativos (art. 472 do CPC/2015⁴⁰⁴). Trata-se de rol meramente exemplificativo, que não impede o indeferimento da prova com fundamento em outro critério⁴⁰⁵ (como a irrelevância da prova), por clareza, as hipóteses passam a ser analisadas separadamente.

a) Questão que não depende de especial conhecimento técnico

Como regra, o julgador “deverá indeferir a produção da prova pericial sempre que o fato probando não exija conhecimento técnico especializado⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷. Esse juízo de admissibilidade deve ser dar sob a perspectiva do conjunto probatório e não da capacidade de elucidação do próprio julgador⁴⁰⁸. É o que registra Murilo Teixeira Avelino:

“É que o princípio do juiz natural impõe a atuação imparcial do magistrado, que não pode se valer de sua ciência (=conhecimento) privada para decidir a causa. Caso se utilizasse de conhecimentos específicos e não disponíveis ao homem médio, o magistrado estaria se convencendo através de ciência provada, pois indisponíveis aos demais sujeitos. Ainda que fundamentasse

demonstrados por outros meios de prova, assim como os fatos que não dizem respeito ao litígio, também não podem ser objeto de quesitos. O mesmo pode ser dito dos aspectos de direitos, que somente ao juiz compete analisar. O abuso da parte em formular quesitos impertinentes deve, portanto, ser reprimido prontamente pelo juiz. Aliás, pode ser vista como maliciosa, para dizer o mínimo, a tentativa de qualquer das partes de extrair do perito conclusões equivocadas ou tendenciosas sobre aspectos do litígio que não dizem respeito à perícia”. In: BONIZZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos...** p. 199.

⁴⁰² Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. § 1º O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável.

⁴⁰³ Em crítica à enumeração proposta pelos inciso do §1º do art. 464: “Ao que tudo indica, a ideia do legislador era considerar a perícia desnecessária nas hipóteses elencadas no dispositivo em comento. O que restou, todavia, foi uma tautologia: a prova pericial é desnecessária quando não for necessária. Marinoni e Arenhart talvez já tenham chegado perto desta constatação ao afirmar que o rol do parágrafo 1º é meramente exemplificativo”. In: AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial...** p. 187.

⁴⁰⁴ “Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.”

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**, 5. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 885

⁴⁰⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis**. Londrina: Thoth, 2023. p. 186

⁴⁰⁷ No mesmo sentido: CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Primeiros comentários ao código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 852.

⁴⁰⁸ CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas...**p. 121.

sua decisão, a inacessibilidade das partes ao conhecimento aplicado pelo juiz tornaria ilegítima esta prova, por ferimento ao contraditório”⁴⁰⁹

A bem ver, não se trata de limitação externa ao direito à prova, mas de exigência que se confunde com o exame de pertinência da prova. Pode até ser que a prova pericial seja útil à revelação dos fatos, mas a ausência de matéria que só pode ser compreendida por meio de profissional qualificado torna-a desnecessária, inclusive sobre o ponto de vista da economia processual⁴¹⁰.

Em situações limítrofes, em que há necessidade de conhecimentos técnicos – mas não suficientes a justificar a realização da perícia, o julgador está autorizado a deferir a produção de prova pericial simplificada (art. 464, §§ 2º a 4º, CPC/2015⁴¹¹⁻⁴¹²). Nesse caso, a oitiva do *expert* se dará em audiência, sendo possível aos procuradores das partes dirigir ao especialista as indagações que julgarem pertinentes para esclarecimento das questões específicas do caso⁴¹³.

b) A perícia desnecessária em vista de outras provas

A desnecessidade da perícia em razão da completude do conjunto probatório é, também, questão atinente à impertinência da prova. Caso as provas juntadas aos autos sejam suficientes para aferição do fato, não se justifica a realização da prova, especialmente em razão dos recursos e tempo necessário à sua conclusão.

⁴⁰⁹ AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial ...** p. 186.

⁴¹⁰ “A ausência da necessidade da aplicação de conhecimento técnico-científico justifica objetivamente o indeferimento da perícia, porque a condução desse trabalho surge em um processo judicial pela pertinência do desenvolvimento de estudos feitos por profissional qualificado para o esclarecimento de questões controvertidas. Não é somente essa condição que torna a perícia desnecessária. Por ser um meio de prova especial e se já existirem outros meios suficientes para formar a convicção do magistrado, a perícia deve ser indeferida, inclusive em razão de economia e celeridade processual.” In: MELO, Paulo Cordeiro de. **A perícia no novo código de processo civil...** p. 95

⁴¹¹ “Art. 464. [...] § 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade. § 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico. § 4º -Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa”.

⁴¹² “Trata-se da admissão das testemunhas técnicas no processo judicial. A prova técnica simplificada terá cabimento quando a controvérsia for de menor complexidade. Desse modo, uma controvérsia de alta complexidade deverá necessariamente ser submetida a uma perícia técnica”. In: AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis...** p. 186

⁴¹³ NASSER, Paulo Magalhães. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo....** p. 656.

c) A perícia sobre objeto cuja verificação for impraticável

A verificação do objeto da prova pericial pode ser impraticável jurídica, física ou tecnicamente⁴¹⁴⁻⁴¹⁵. Isso porque: (i) o objeto da prova pode ter se perdido ou se tornado inacessível – impossibilidade física ou jurídica; e/ou (ii) podem não existir recursos técnicos ou científicos adequados para sua constatação – impossibilidade técnica.

Na primeira hipótese, de impossibilidade física ou jurídica, o indeferimento da prova pericial deriva, simplesmente, da inacessibilidade do objeto da prova, razão pela qual será impossibilidade se atingir qualquer esclarecimento sobre o fato. Exemplo disso é a perícia que se pretendia sobre unidade imobiliária de edifício que já foi demolido ou totalmente descaracterizado⁴¹⁶. No segundo caso, em alguma medida, a limitação tem relação com o disposto no art. 473, III, do CPC/2015, que exige, no laudo pericial, a indicação do método utilizado e sua aceitação pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou⁴¹⁷⁻⁴¹⁸.

A previsão de que o método deve ser “predominantemente aceito pelos especialistas” guarda relação com um conceito empregado na experiência

⁴¹⁴ “Outra hipótese de dispensa da prova pericial se dá quando a verificação do fato for impraticável (inc. III). Essa impossibilidade pode ocorrer quando tiver desaparecido o objeto, quando ele se revelar física ou juridicamente inacessível ou quando a verificação do fato a ser provado depender de recursos – científicos, por exemplo – que ainda não estejam disponíveis”. In: DONIZETTI, Elpídio. in: ARRUDA ALVIM, Angélica... [et. al.]. **Comentários ao Código de Processo Civil**...p. 584.

⁴¹⁵ No mesmo sentido: “Será impraticável a perícia quando não for viável (concretizável) em termos técnicos ou científicos. É o que se dá, por exemplo, quando a fonte da prova não mais existir (ex.: vestígios e sinais desaparecidos) ou se revele física ou juridicamente inacessíveis ou quando a verificação probatória exigir recursos não disponíveis na ciência”. Seção X: da Prova Pericial. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1309.

⁴¹⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis**... p. 186

⁴¹⁷ “Art. 473. O laudo pericial deverá conter: [...] III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”.

⁴¹⁸ A indicação de requisitos à validade do laudo pericial é novidade trazida pelo CPC/2015: “O Código inova mais uma vez ao indicar os requisitos que devem ser observados na confecção do laudo pericial. Somente o § 3º guarda correlação com o art. 429 do CPC de 1973.”. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 2 [livro eletrônico]. São Paulo: Sariaiva, 2017. p. 192.

estadunidense com a *Frye Rule*⁴¹⁹, originalmente empregado em casos criminais⁴²⁰. A *Frye Rule* buscava “excluir ideias científicas ainda não testadas e altamente especulativas”⁴²¹⁻⁴²² e se justificava Tendo em vista a função de *gatekeeper* realizada pelo juiz americano⁴²³⁻⁴²⁴. Assim, a regra tinha como objetivo de excluir da apreciação do júri técnicas que não fossem respaldadas pela comunidade científica e, em tese, garantir melhor qualidade ao julgamento.

Embora o precedente tenha sido superado pela edição das *Federal Rules Of Evidence*, que não previam a necessidade de aceitação geral de especialistas na área do conhecimento, o reconhecimento de derrogação da *Frye Rule* não foi imediato⁴²⁵.

⁴¹⁹ “Como já se pode advertir, o critério da ‘aceitação geral na área relevante’ constitui uma mudança importante nos critérios de valoração das provas periciais, ao ir mais além das credenciais do *expert* e valorar um aspecto sobre o conhecimento que fundamentava a técnica aludida. Independentemente das especificidades processuais, tal critério representa um giro epistêmico na experiência estadunidense, colocando a ênfase na informação usada para a determinação dos fatos e não no sujeito que fornece tal informação”. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Prova pericial: da prova científica à prova pericial**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 168.

⁴²⁰ Nesse sentido: “*This was a very rare instance in which the old Frye Rule, requiring that novel scientific testimony be generally accepted in the relevante field – a rule wich arose in a criminal case, and had until then been cited in criminal cases almost exclusively – had been used in a civil trial*”. In: HAACK, Susan. **Evidence Matters: Science, proof and truth in the law**. Nova lorque: Cambridge University Press, 2014. p. 105

⁴²¹ No original: “*meant to exclude as-yet untested, highly speculative scientific ideas; and that it does this by deferring to the judgment of those in the field concerned*”. HAACK, Susan. *The expert witness: lessons from the U.S Experience*, in: **Humana.Mente Journal of Philosophical Studies**, vol. 28, 2015. pp. 39-70. p. 48.

⁴²² O critério não passa indene de críticas. Por exemplo: “Em todo caso, conforme foram sendo identificados sérios problemas na aplicação do direito, diversos tribunais estadunidenses começaram a criticá-lo fortemente, limitá-lo, modificá-lo ou mesmo rechaçá-lo, por ser ‘demasiadamente maleável para ser útil’”. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Prova pericial: da prova científica à prova pericial**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 171.

⁴²³ “Retomando a ideia do juiz *gatekeeper*, tem-se um magistrado com a função precípua de controlar a intrusão, reforçando-se a importância desta função na fase de *pretrial*, com a análise do material produzido e com o juízo de admissibilidade. O juiz togado ou o júri responsável pelo julgamento somente irá se deparar com as provas legais, admitidas, protegendo-se da influência que eventuais provas ilícitas venham a produzir”. In: AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial ...**p. 191.

⁴²⁴ Nesse sentido, Paulo Osternack Amaral registra a suficiência dos mecanismos existentes na legislação processual para controle da *junk science*: “Muito embora a prova científica ostente ampla relevância no Brasil, não há dúvidas de que há motivos para preocupação com a *junk science*. Os poderes do juiz, aliados aos direitos e faculdades das partes, permitem concluir que o sistema brasileiro possui mecanismos para combater as provas amparadas em critérios científicos falhos. [...] como forma de exercício do direito fundamental à prova, cabe às partes influir em todas as suas fases, desde o requerimento ou proposição da prova, por meio do acompanhamento de sua produção (inclusive, com assistentes técnicos) e ao final se manifestando acerca dos resultados obtidos. Tais condutas permitirão um controle efetivo acerca do método empregado pelo especialista em todas as fases de sua atuação no processo” In: AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 134

⁴²⁵ HAACK, Susan. *The expert witness: lessons from the U.S Experience*, in: **Humana.Mente** pp. 39-70. p. 49. *Idem*. **Evidence Matters: Science, proof and truth in the law**. Nova lorque: Cambridge University Press, 2014. p. 105. VÁSQUEZ, Carmen. **Prova pericial: da prova científica à prova pericial**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 171. AMARAL, Paulo Osternack. **Provas ...**p. 133

A Suprema Corte dos Estados Unidos teve a necessidade de rever os critérios de admissibilidade da prova científica no caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceutical*, na qual se definiram critérios para admissibilidade da prova.

No julgamento, ao reconhecer a impossibilidade de o julgador, que não detém conhecimento especializado sobre a matéria, decidiu-se que a observação da pretensão de validade da prova se dá pela metodologia empregada. Assim, caberia verificar: (i) se a teoria ou técnica pode (e se foi) testada; (ii) se a teoria ou técnica foi submetida à análise de pares e à publicação; (iii) a potencial taxa de erro e a existência e manutenção de padrões que controlam a operação da técnica; e (iv) se a técnica ou teoria recebeu aceitação geral no campo de trabalho⁴²⁶.

Outros dois casos viriam a compor a chamada “*Daubert Trilogy*”. O primeiro, *General Electric v. Joiner*, em 1997, dizia respeito à relação entre a metodologia e as conclusões atingidas – o que fez com que a Suprema Corte reconhecesse o dever de se averiguar, também, a correção das conclusões atingidas⁴²⁷. O segundo, *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, expandiu os fatores de *Daubert* para todo tipo de conhecimento especializado, e não só o conhecimento científico⁴²⁸.

Atualmente, após emenda promovida em 2023, a *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence* apresenta como critério a demonstração de que o conhecimento científico do *expert* reflete a “aplicação confiável” dos métodos e princípios aplicáveis à área do conhecimento⁴²⁹. Observadas as diferenças entre os modelos processuais entre os países é de se esperar que o julgador, em observância ao direito nacional, também

⁴²⁶ “[...] So courts should look, not to the conclusion an expert draws, but exclusively to the ‘methodology’ he uses in arriving at those conclusions. In determining ‘evidentiary reliability’ Justice Blackmun added, courts might consider these indicia of reliability (soon known as the ‘Daubert factors’): whether the theory or technique can be (and has been) testes; whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication; the known or potential rate of error, and the existence and maintenance of standards controlling the operation of the technique in question; whether the theory or technique has gained widespread acceptance in its field”. HAACK, Susan. *The expert witness: lessons from the U.S Experience*, in: **Humana.Mente** ...pp. 39-70. p. 51.

⁴²⁷ HAACK, Susan. *The expert witness: lessons from the U.S Experience*, in: *Ibidem*, pp. 39-70. p. 53

⁴²⁸ HAACK, Susan. *The expert witness: lessons from the U.S Experience*, in: *Ibidem*, pp. 39-70. p. 55

⁴²⁹ FRE: “Rule 702. Testimony by Expert Witnesses.

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if the proponent demonstrates to the court that it is more likely than not that:

(a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
 (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
 (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
 (d) the expert’s opinion reflects a reliable application of the principles and methods to the facts of the case”.

verifique a adequação da metodologia adotada na prova pericial. Não somente porque o art. 473, III, do CPC/2015 assim prescreve, mas porque a análise da qualidade da metodologia aplicada tem relação direta com o conceito de idoneidade epistêmica que, como visto, reflete critério para qualificação da relevância da prova em seu aspecto qualitativo.

A norma tem reflexo prévio ao oferecimento do laudo pericial. Caso o fato que se pretenda provar não seja aferível por meio de prova técnica que se socorra aos métodos aceitos “pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou” (art. 473 III, do CPC/2015), sua verificação será “impraticável” (art. 464, §1º, II, do CPC/2015), em razão da inesquivável nulidade do laudo pericial.

Por isso, devem ser inadmitidos os pedidos de produção de prova pericial sobre matéria que não seja passível de comprovação pelos meios técnicos ou científicos aceitos pela comunidade especializada e/ou científica. Por essas razões não é admissível, por exemplo, perícia que busque a confecção de carta psicografada⁴³⁰.

d) A suficiência de pareceres técnicos ou documentos elucidativos

Embora a possibilidade de dispensa da prova pericial em razão da suficiência de pareceres técnicos ou documentos elucidativos se apresente no art. 472 do CPC/2015, a hipótese é decorrência da possibilidade constante no art. 464, §1º, II, do CPC/2015. A “suficiência” mencionada pelo artigo significa que “o parecer técnico ou o documento deve ser capaz de convencer o juiz, fazendo-o dispensar a prova pericial”⁴³¹. Pode-se cogitar a aplicação do dispositivo, por exemplo, em casos de utilização de outra perícia como prova emprestada⁴³². De qualquer modo, juízo deve

⁴³⁰ Diversas razões para inadmissão da carta psicografada como meio de prova, incluindo a violação ao contraditório, à liberdade religiosa, à laicidade do estado e da inobservância do dever de fundamentação da decisão judicial são apontados por Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga em: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. A carta psicografada como fonte de prova no processo civil, in. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, vol. 51, 2014. pp. 67-91.

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 898.

⁴³² MELO, Paulo Cordeiro de. **A perícia no novo...** p. 118.

ser feito com parcimônia, já que “muitas vezes um parecer técnico será parcial ao seu encomendante”, o que contrasta com a imparcialidade do perito judicial⁴³³⁻⁴³⁴.

2.2.3.4 Depoimento pessoal.

O depoimento pessoal é meio de prova consistente na coleta de informações de uma das partes por meio de sua inquirição em audiência⁴³⁵. O pedido para produção dessa prova, de acordo com a literalidade do art. 385 do CPC/2015 cabe somente à parte contrária àquela cujo depoimento se pretende colher⁴³⁶.

Parte da doutrina critica a limitação do pedido de depoimento pessoal por entender que é motivada “pelo enraizamento histórico de vincular o depoimento pessoal (meio de prova) com a confissão”⁴³⁷. Diante disso, sustenta-se que a limitação não encontra respaldo nos princípios que regem a atividade probatória, em atendimento ao princípio da comunhão das provas e da máxima eficácia dos meios de prova⁴³⁸.

Entendendo haver superação dessa premissa pela extensão do contraditório reconhecida no processo civil contemporâneo⁴³⁹, parte da doutrina sugere que se

⁴³³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 2 [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 192. No mesmo sentido: DONIZETTI, Elpídio. in: ARRUDA ALVIM, Angélica... [et. al.]. **Comentários ao Código de Processo Civil**... p. 592

⁴³⁴ Paulo Cordeiro de Melo aponta que, usualmente, o oferecimento de parecer técnico não é suficiente ao indeferimento da prova pericial: “Por isso, são raros os casos em que o julgados dispensa a produção de prova pericial: “A prática processual, contudo, revela que são raros os casos em que o juiz dispensa a avaliação do profissional de sua confiança, inclusive porque é comum a parte contrária impugnar o parecer juntado aos autos pela parte adversa, ou mesmo apresentar trabalho técnico divergente, o que acaba por recomendar que o juiz consulte um perito para dirimir a controvérsia”. In: MELO, Paulo Cordeiro de. **A perícia no novo**... p. 118.

⁴³⁵ AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis**. Londrina: Thoth, 2023. p. 73

⁴³⁶ “Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício”.

⁴³⁷ CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas**...p. 126.

⁴³⁸ “o depoimento não tem titular (princípio da aquisição e comunhão da prova), como também não impede a identificação de sua real função que é o esclarecimento dos fatos – e não a obtenção de uma confissão – das formas mais aptas ao alcance destes objetivos (princípio da máxima eficiência dos meios probatórios”. In: FERREIRA, William Santos. **Princípios** ...p. 212.

⁴³⁹ “Não há razão de ser na limitação mantida pelo atual Código. Permitir que as partes sejam ouvidas pelo juiz, através do seu próprio requerimento, é também garantir a oportunidade do contraditório, do debate. Trata-se de proporcionar às partes o exercício real do direito de influência na formação da convicção judicial. Ainda que as partes possuam o direito de ‘falar’ por petições, a supressão do direito de requerer o seu próprio depoimento viola o princípio do contraditório, uma vez que restringe o debate das partes com o juiz, mitigando indevidamente o contraditório e impedindo o exercício de influência concreta na decisão”. CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas**... p. 126 e 127.

admita o requerimento apresentado pela própria⁴⁴⁰. Em sentido contrário, há posicionamento entende que a finalidade é, realmente, extrair a confissão da parte, o que se verifica pela confissão ficta em caso de recusa em depor⁴⁴¹⁻⁴⁴² (art. 386 do CPC/2015⁴⁴³). Ainda, para Gisele Fernandes Góes, faltaria à parte interesse processual no requerimento de “autodepoimento”⁴⁴⁴.

Independentemente da posição adotada, essa limitação, caso existente, não se observa em caso de produção autônoma de prova na hipótese de assecuração da prova (art. 381, I, do CPC/2015)⁴⁴⁵. A razão para essa excepcionalidade é o perdimento do conjunto de informações que poderia o autor melhor expor do que, por exemplo, seus sucessores. Não há, portanto, ausência de interesse processual no requerimento da própria parte, como ocorreria, em tese, no processo principal.

⁴⁴⁰ “Essa interpretação prestigia a relevância do papel das partes na fase instrutória e põe em destaque o princípio da oralidade. A admissão do depoimento pessoal requerido pela própria parte encontra amparo no direito à prova, no princípio do livre convencimento motivado, na possibilidade de se admitir valor probatório às informações não confessórias prestadas pela parte em seu depoimento e na possibilidade de a parte, por não ser admitida como testemunha, ainda assim ser ouvida independentemente de compromisso, hipótese em que deverá ‘o juiz atribuir a seu depoimento o valor que possa merecer, à luz do contexto probatório’”, In: AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis**. Londrina: Thoth, 2023. pp. 74 e 75. FERREIRA, William Santos. **Princípios ...** p. 214

⁴⁴¹ “[...] A intenção é extrair a confissão real (ato comissivo), tanto é que o mandado de intimação pessoal contém que, se a parte deixar de comparecer ou comparecendo, se recusar a depois, aplica-se a pena de confissão. Quanto à terminologia, o novo CPC manteve a expressão ‘depoimento pessoal’ apesar da crítica doutrinária, em virtude de que o mesmo já possui como cerne a pessoalidade [...]”. In: GÓES, Gisele Fernandes. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1174.

⁴⁴² No mesmo sentido: O depoimento da parte constitui meio de prova e sua finalidade precípua é a obtenção de confissão da parte inquirida. Atingido esse escopo, tem-se uma abreviação da fase instrutória, já que os fatos confessados independem de outras provas para serem considerados verdadeiros pelo julgador (art. 374, II, NCPC)275. Coerentemente com essas ideias, o sistema processual condiciona o depoimento da parte à formulação de requerimento da parte contrária, a fim de que, na audiência de instrução e no julgamento, ocorra o interrogatório daquela, observando-se a ordem prescrita no art. 361, II, NCPC. Daí que a parte não pode requerer a tomada de seu próprio depoimento pessoal e, de regra, o litisconsorte não ostenta interesse processual para requerer o depoimento pessoal de colitigante integrante do mesmo polo, embora não se descarte que, no âmbito de litisconsórcio eventual ou alternativo, um dos colitigantes requeira o depoimento pessoal do outro, dado o possível embate de posições jurídicas entre os próprios litisconsortes. In: SANTOS, Silas Silva. In. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 522

⁴⁴³ “Art. 386. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor.”.

⁴⁴⁴ GÓES, Gisele Fernandes. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil...** p. 1176.

⁴⁴⁵ “A parte tem o direito de ser ouvida, em interrogatório livre, pelo juiz, que dará a tal prova o valor que ela possa merecer. Pode justificar-se a antecipação dessa prova (notadamente por razões de urgência – exemplo: o autor tem doença grave e pode não sobreviver até o ajuizamento da demanda principal)”, In: TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo ...** p. 591

Como essa justificativa não incide sobre as demais hipóteses de produção autônoma de provas, inexistindo urgência, a admissibilidade do depoimento pessoal se submeterá a seus critérios ordinários. O depoimento pessoal sofre restrições outras restrições que lhe são peculiares: a não ser em ações de estado e de família, a parte não é obrigada a depor sobre (i) fatos criminosos ou torpes que lhes são imputados; (ii) a respeito de fatos sobre os quais deva guardar sigilo, por estado ou profissão; (iii) sobre os quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, companheiro ou parente; e (iv) que coloquem em risco a vida do depoente, cônjuge, companheiro e parente⁴⁴⁶. Além disso, não cabe o depoimento pessoal do incapaz, já quando foi representado por seus pais, tutor ou curador (art. 71, CPC/15⁴⁴⁷). Como, nesses casos, quem representa a pessoa processualmente não é a parte em si, não há, efetivamente, depoimento pessoal.

2.2.4 Limitações inerentes à produção antecipada de provas.

Embora, em princípio, toda prova comporte antecipação⁴⁴⁸, o que caracteriza a atipicidade do procedimento⁴⁴⁹, existem meios de prova que, pelas suas peculiaridades, têm sua produção, inevitavelmente, limitadas pelo procedimento. A primeira restrição se relaciona à ata notarial, prevista no art. 384, do CPC/15⁴⁵⁰. Por se tratar de procedimento administrativo, é desnecessário o ajuizamento de ação autônoma destinada à sua realização, que pode ser solicitada extrajudicial e diretamente perante o cartório competente⁴⁵¹. Não haveria, portanto, interesse

⁴⁴⁶ CPC/15: Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

⁴⁴⁷ CPC/15: Art. 71. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.

⁴⁴⁸ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Primeiros comentários...** p. 767. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo ...** p. 590; PESSOA, Thiago Simões. **Ação coletiva de produção antecipada de provas.** Curitiba, Juruá, 2020. p. 102

⁴⁴⁹ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Primeiros comentários** p. 767.

⁴⁵⁰ CPC/15: Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

⁴⁵¹ FUGA, Bruno. **Produção antecipada da prova:** procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 123

processual apto a demonstrar a necessidade de ajuizamento da demanda para que a prova seja produzida.

Isso não significa a impossibilidade de se utilizar ata notarial para instruir o pedido de produção autônoma de provas. É possível que se empregue a ata notarial para fundamentar quaisquer das hipóteses constantes nos incisos do art. 381 do CPC/15; o que não se pode é movimentar o Poder Judiciário para produzir prova que é acessível à parte por meios administrativos⁴⁵².

Mas o entendimento comporta exceções: pode ser que se justifique o apoio do Poder Judiciário caso a lavratura da ata notarial seja impedida por terceiro – por exemplo, porque não se franqueia acesso à propriedade na qual se encontra a fonte da prova. A segunda limitação se relaciona à impossibilidade de se aplicar a pena de *confissão ficta* no depoimento pessoal da parte, tendo em vista que esta deve ser apreciada em conjunto das demais circunstâncias e elementos de prova⁴⁵³, embora esse comportamento possa ser valorado, de outra forma, posteriormente⁴⁵⁴. A justificativa para tanto é a ausência de objeto litigioso delineado ou pretensão de direito material que não a simples produção de prova^{455_456}.

⁴⁵² “Não há impedimento para que eventual ata notarial seja anexada ao processo de produção antecipada da prova (na propositura ou durante o processo), mas ela não poderá ser requerida no juízo da causa, por ser prova produzida sempre extrajudicialmente”. FUGA, Bruno. **Produção antecipada da prova**: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 123

⁴⁵³ CPC/15: “Art. 386. Quanto a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

⁴⁵⁴ FUGA, Bruno. **Produção antecipada da prova**: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 125

⁴⁵⁵ “No contexto de uma ação probatória autônoma é possível que parte prospectiva de um processo futuro seja chamada a depor. Entretanto, não é possível se extrair de sua recusa em responder as perguntas os efeitos próprios da confissão. Isso porque não há o objeto litigioso delineado ou pretensão de direito material proposta (outra além da pretensão à simples produção de prova), com o adequado enquadramento dos fatos relevantes”. In: LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado**: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Thoth, 2021. p. 364

⁴⁵⁶ No mesmo sentido: “[...] a pena de confesso (CPC, art. 385, §1º e 386), pela parte devidamente intimada que recusa a depor não se aplica. Não poderia o julgador da ação de produção antecipada da prova analisar os fatos ou mesmo dar sentença de mérito pela parte que ‘não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor’. Não se aplica, nessas hipóteses, a confissão ficta, apenas a confissão expressa se aplica ao procedimento em questão”, in: FUGA, Bruno. **Produção antecipada da prova**: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. pp. 124 e 125

2.3 NATUREZA DAS NORMAS QUE REGULAM A ATIVIDADE PROBATÓRIA E SUA OBSERVÂNCIA NA ARBITRAGEM

Definir a natureza das normas que regulam a atividade probatória é importante pois “se a norma tiver caráter processual, o árbitro poderá, na maioria dos casos, ignorá-la”⁴⁵⁷. Aceita essa premissa, como consequência, caso fosse reconhecida a natureza exclusivamente processual das normas sobre provas, poder-se-ia argumentar (i) a inviabilidade de ações probatórias no âmbito da arbitragem; e (ii) a inaplicabilidade dos limites previstos à produção de provas e de suas regras de exclusão.

A natureza das normas de direito probatório é tema bastante controvertido na doutrina nacional e internacional⁴⁵⁸, marcada por inconstâncias quanto à sua distribuição topográfica. A título ilustrativo, apesar de o direito brasileiro regular o direito probatório de forma mais marcante no CPC/15, a matéria é tratada, também, em dispositivos do CC/02 e na legislação esparsa⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰.

Diante dessa dualidade, a doutrina propõe identificar a natureza das disposições de direito probatório a partir da identificação de seu aspecto estático e dinâmico⁴⁶¹. Nessa concepção, “a prova, estaticamente observada, mostra-se

⁴⁵⁷ LEITES, Giovana Perette. SIMÕES, Gabriel F. L. Valoração da prova na lei brasileira de arbitragem, in. LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem...** p. 238

⁴⁵⁸ “As we have seen, it is not true that modern civilian systems ‘have no rule of evidence’; for example it is arguable that proof is in significant respects less ‘free’ in Italy than in England. Rather, so far as legal doctrine is concerned, evidentiary issues are treated for most purposes as part of procedure; and civilians as much as common lawyers have problems with the distinction between procedure and substantive law”. TWINING, William. **Rethinking Evidence: explanatory essays** [livro eletrônico], 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press 254

⁴⁵⁹ Para Naiane Lopes Soares de Melo, o Código Civil invade impropriamente a regulação do direito probatório: “No entanto, mesmo o Código Civil invadindo impropriamente a regulação do direito probatório, permanecem ‘exclusivamente processuais outras categorias e conceitos integrantes do direito probatório, como o objeto da prova, os meios de prova e os critérios para valorá-la.”. MELO, Naiane Lopes Soares de. **A arbitragem e o valor probatório da conduta da parte**. São Paulo: Almedina, 2013. p. 41

⁴⁶⁰ No direito comparado também não há unidade quanto à localização topográfica das normas que regulam o direito probatório: “[...] algumas legislações tratam da matéria da prova em diplomas de direito material (v.g., o direito italiano e o direito português), enquanto outras preferem discipliná-la juntamente com as questões processuais. [...] É certo que esse critério topográfico pouca, ou nenhuma, importância tem para a definição jurídica das regras; entretanto, permitem apontar para a polêmica que se trava quanto a essa essência” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 432.

⁴⁶¹ “Em interessante construção, Satta e Punzi distinguem a ideia de prova em duas situações específicas. Segundo esses autores, a prova pode ser enxergada sob dois aspectos: o estático e o dinâmico. Na primeira ótica (estática), a prova pode ser vista como o ‘ente ou meio decisivo ou

componente do âmbito material [...] ao passo que examinada sua dinâmica, o aspecto processual se destaca”⁴⁶².

A tentativa de enquadramento dessas normas de forma estanque, contudo, mostra-se inadequada às exigências do processo civil constitucional. Ao se identificar nas normas processuais a função de se garantir não só a resolução do litígio, mas a concretização de garantias materiais do devido processo legal, as barreiras entre direito material e processual se tornam menos claras. Daí a afirmação de que “há conteúdos substanciais nas disposições processuais”⁴⁶³.

Assim, é possível que em uma disposição de direito processual se verifique conteúdo relevante à concretização do direito material. Quanto às provas, pode-se afirmar que “há um direito constitucional à prova, corolário do devido processo legal e uma regulação processual de como esse direito se comporta”⁴⁶⁴. São exemplos de direito material, no direito probatório: (i) o direito à própria prova, que deriva do direito de produzir prova sobre determinado fato de seu interesse; e (ii) o direito à inadmissão, conferido constitucionalmente, à parte que vê prova ilícita ser produzida em seu desfavor⁴⁶⁵.

Para além da tentativa de classificar o direito probatório por sua natureza processual ou material, Flávio Luiz Yarshell aponta a autonomia do direito à prova, tratando-o como direito adquirido⁴⁶⁶.

relevante para a certeza de um fato’; constitui, nesse espaço, figura diretamente vinculada ao direito material, que tende à formalização das relações jurídicas. Já no sentido dinâmico, a prova é vista em relação à efetiva verificação de um fato, a qual ocorre, normalmente, no processo. Tal verificação pressupõe ‘uma duplicidade de sujeitos: um que alega um fato (objetivamente, um fato alegado) e um que reconhece o fato (objetivamente, um juízo). O fato alegado torna-se certo por meio da representação que o primeiro determina e consegue determinar no segundo”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 66.

⁴⁶² TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário....** p. 267.

⁴⁶³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 221

⁴⁶⁴ AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial ...**p. 95

⁴⁶⁵ “Verificada a produção de uma prova ilícita, surge uma situação jurídica substancial para parte potencialmente prejudicada: o direito de vê-la inadmitida. Dessa forma, pode o prejudicado exercer uma posição ativa para a desconsideração da prova, qual seja, sua inadmissão no processo. Perceba-se, então, que o texto traz incidência normativa de forma dual, ou seja, tanto no plano material quanto no plano formal. Trata-se de uma norma que regula a forma de atuação dos sujeitos processuais, demandando do juiz um posicionamento a respeito da licitude/ilicitude da prova em vista à possibilidade de sua desconsideração e, ao mesmo tempo, uma norma que valora, colore um fato como ilícito jurídico, fazendo surgir uma situação jurídica subjetiva ativa para o eventual prejudicado pela produção da prova ilícita” AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial...**p. 99

⁴⁶⁶ “Mais uma vez, não é preciso reconhecer natureza substancial às normas que disciplinam a prova, e nem é o caso de supor que o direito à prova, com a extensão aqui preconizada, seja um elemento

Cabe reconhecer que a tentativa de enquadramento abstrato das normas que regulam o direito probatório é infrutífera, pois essas classificações não se encontram em linha com a necessidade de efetividade da tutela de direitos e às exigências da realidade⁴⁶⁷. Isso significa a necessidade de se analisar, no caso concreto, qual das naturezas (se processual ou material) é mais marcante⁴⁶⁸.

A natureza é elemento intrínseco da norma. O caso concreto não é seu elemento definidor (porque extrínseco), mas o instrumento por meio do qual a norma deve ser observada.

2.3.1 Natureza das normas que regulam a produção autônoma de provas e arbitrabilidade

Feitas as devidas ressalvas, permite-se afirmar que as disposições dos arts. 381 a 383 tem natureza predominantemente, mas não exclusivamente, processual. São predominantemente processuais pois estabelecem o meio pelo qual o exercício do direito material e autônomo à prova será exercido; tem carga material por garantirem a pretensão de produção autônoma da prova nas hipóteses (não taxativas⁴⁶⁹) do art. 381 do CPC/2015.

do próprio direito subjetivo material, para admitir que exista um direito adquirido à prova; que se estabelece não em relação ao processo, mas em relação aos fatos que devem ser objeto da prova. Para tanto, parece suficiente que se atente para a finalidade da prova e que se supere a ideia de que ela tem como finalidade exclusiva a de formar o convencimento do juiz. Por outras palavras, aceitando-se que a prova seja instrumento de esclarecimento para as partes – cuja convicção, para demandar, para resistir ou para buscar soluções de autocomposição, é formada a partir de tais elementos – e que, afinal de contas, a prova, para além da missão que cumpre em relação ao órgão julgador, é também um instrumento, quando menos, a serviço do escopo social do processo, então possível, e mais o que isso, é preciso superar a estrita vinculação entre a prova e processo (instaurado para a declaração do direito); o que, portanto, permite que se admita a aquisição de um direito àquela sem a necessária instauração deste”. In: YARSHELL. Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 242-243.

⁴⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 437.

⁴⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 437.

⁴⁶⁹ “O elenco do art. 381, embora mais amplo do que o do CPC/1973, não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. Por isso, tal como o do diploma anterior, deve ser interpretado como exemplificativo. Justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar possuir interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381.” TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo ...**p. 589. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, in.: **Revista de Processo**, vol. 260, 2016. pp. 75-101.

Importante observar que, havendo ou não previsão legal específica, a parte tem direito à produção autônoma de provas⁴⁷⁰. O reconhecimento da possibilidade de antecipação da prova nas hipóteses apresentadas legalmente somente evidencia a amplitude do direito material à prova, que delas independe. Não há, portanto, óbice à veiculação da pretensão de produção autônoma de provas na arbitragem.

Destaque-se, ainda, que a exigência de se apresentar justificativa quanto “a necessidade de antecipação da prova” e “os fatos sobre os quais a prova há de recair” (art. 382 do CPC/2015) aplicam-se inteiramente ao processo arbitral. Não porque a legislação processual assim define, mas, sim, porque tais elementos são necessários à aferição de interesse processual, controle de admissibilidade da prova que se pretende produzir e concretização do contraditório.

A limitação à cognição do juízo (art. 382, §2º, do CPC/2015⁴⁷¹⁻⁴⁷²) e à defesa do requerido (art. 382, §4º, do CPC/2015⁴⁷³) derivam da limitação objetiva da produção autônoma de provas. Por isso (e não porque se pretende a incidência de normas do CPC/2015 à arbitragem), devem ser observadas pelo tribunal arbitral.

2.3.2 Natureza das normas que regulam a admissibilidade de provas e sua aplicação à arbitragem

⁴⁷⁰ “A rigor, a determinação desses canais seria desnecessária diante do reconhecimento da premissa já mencionada. Nesse assunto, a mesma atipicidade que marca o direito de ação – e que, não custa lembrar, também é característica do direito de provar – deve também se estender ao direito à prova. [...] As diferentes disposições legais a respeito podem e devem ser entendidas como regulamentadores de temas como competência, processo e procedimento, inclusive de forma a adequar a atuação estatal às peculiaridades da prova a ser produzida e -por que não? – do direito material ao qual está relacionada a providência de instrução”. In: YARSHELL. Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 415 e 416

⁴⁷¹ “Art. 382. [...] § 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.

⁴⁷² A respeito da limitação constante no dispositivo, a doutrina informa a necessidade de adequar a interpretação do dispositivo em conformidade com a Constituição: “Tal dispositivo exige interpretação que o salve da inconstitucionalidade (CF, art. 5.º, XXXVI, LIV e LV).²⁷ Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como: (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro”. In: TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015*, in. **Revista de Processo**, vol. 260, 2016. pp. 75-101.

⁴⁷³ “Art. 382. [...] § 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

Como visto anteriormente, as restrições ao direito à prova podem ser entendidas em dois núcleos: (i) restrições de cunho epistemológico, destinadas a assegurar maior qualidade ao conjunto probatório e da prestação jurisdicional; e (ii) restrições com função de proteção de direitos, princípios e/ou interesses externos à prova⁴⁷⁴.

À primeira vista, as restrições de cunho epistemológico não são aplicáveis à arbitragem, tendo em vista que possuem natureza processual. Enquanto isso, as garantias voltadas à proteção de garantias ou interesses externos teriam natureza cogente, por escaparem ao interesse de regramento do legislador processual, representando garantias materiais, inafastáveis. Exemplo dessa última situação é a prova que viola direitos fundamentais à privacidade:

“Como princípio constitucional, a vedação à prova ilícita é pressuposto da garantia ao devido processo legal, devendo ser observado tanto no âmbito da jurisdição estatal, quanto no âmbito da jurisdição privada. Nos termos do art. 21, §2º, da LArb, permitir-se a violação à vedação constitucional à prova ilícita na arbitragem importaria na violação à ordem pública e dos princípios constitucionais do processo como o da igualdade das partes, do contraditório e do live convencimento do julgador, todos eles expressamente previstos”⁴⁷⁵⁻⁴⁷⁶.

Ocorre que algumas normas desempenham ambas as funções simultaneamente. Exemplo disso é a limitação à prova pericial impraticável em razão da indisponibilidade de método predominantemente aceito entre os especialistas da área (art. 464, §1º, III, em conjunto com o art. 473, III, do CPC/2015). De um lado, a limitação tem natureza epistemológica, por restringir o acesso de conhecimentos que não podem ser tidos por técnicos ou científicos, tornando a prova irrelevante e

⁴⁷⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 171

⁴⁷⁵ ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de; PONIZI, Fernando Figueiredo. Breves reflexões sobre os princípios constitucionais processuais na arbitragem, in: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGH, Gustavo Favero. **Arbitragem e constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 168

⁴⁷⁶ Seria possível, inclusive, a declaração de nulidade de convenção de arbitragem que permitisse seu uso: “[...] não podem as partes celebrar uma convenção processual sobre meios de prova admitindo na arbitragem a produção de uma prova ilícita ou de uma prova produzida por meios ilícitos. Nesses casos, o tribunal arbitral poderá igualmente ignorar a convenção processual a respeito de prova, pois se trata de convenção nula”. In: MONTEIRO, Andre Luis. Princípios que governam a arbitragem I, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 116

impertinente; de outro, tem relação com o interesse externo dos princípios de eficiência, economia processual e persuasão racional do julgador⁴⁷⁷.

As restrições de cunho epistemológico podem demonstrar algum vínculo com garantias processuais cogentes. A inadmissibilidade de provas inúteis e meramente protelatórias é, também, dever⁴⁷⁸ do magistrado, em observância ao devido processo legal, à duração razoável do processo, à eficiência e à economia processual. Da mesma forma, a vedação à oitiva, na qualidade de testemunhas, de pessoas que possuem interesse no feito, parece ser aplicável à arbitragem em razão da possibilidade de contaminação do depoimento pela parcialidade da testemunha⁴⁷⁹.

Cabe ressaltar que buscar abstratamente a qualificação de qualquer uma dessas categorias (limites epistemológicos e limites externos) entre normas de direito material ou processual seria temerário. Somente a análise da controvérsia em concreto permitirá a identificação de interesses que superem o caráter meramente processual das normas⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹. Esses interesses, sejam eles relacionados a garantias

⁴⁷⁷ Quanto ao princípio da persuasão racional: “No que se refere à racionalidade, pode-se dizer que se trata da exigência de que a fundamentação da decisão seja um discurso justificativo, que deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que se atua. Não se confunde com urna ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico, bem como aos princípios racionais do conhecimento empírico - o que é típico do direito e se dá no estilo da ética e das ciências sociais”. In.: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. A carta psicografada ...pp. 67-91. p. 85

⁴⁷⁸ “No CPC/1939 a norma tratando do juiz e da prova descrevia que o juiz ‘poderá’ ordenar diligências. No CPC/1973 a redação foi modificada para ‘caberá’ ao juiz ‘de ofício ou a requerimento da parte’ determinar as provas necessárias, o que é reiterado no CPC/2015, o que externa não ser uma mera ‘faculdade’ ou ato de vontade. No direito público quando um agente tem um ‘poder’ para atender interesse alheio este somente é previsto para que possa se desincumbir de um ‘dever’ [...], o juiz como agente do Estado, do mesmo modo no processo, não tem exclusivamente ‘poder instrutório’, mas sim, um ‘dever-poder’ instrutório. O ‘dever’ é um antecedente lógico do ‘poder’”. In: FERREIRA, William Santos. pp. 1120 e 1121

⁴⁷⁹ “A lei de arbitragem não regula quem pode ou não ser testemunha. O ponto central é que testemunhas devem ser desinteressadas da causa, porque se espera que as testemunhas informem a verdade sobre os fatos que conhecem e que são pertinentes para a disputa, sem distorcer o conteúdo do que sabem com vistas a favorecer uma das partes. Os parâmetros da lei processual geral, que, a exemplo do que faz com relação aos juízes, classifica as restrições às testemunhas em causas de impedimento e suspeição, parecem ser aplicáveis ao processo arbitral”. In: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; MARQUES, Lilian Patrus. O procedimento arbitral II, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**...p. 497.

⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 436.

⁴⁸¹ A respeito da existência de valores externos ao processo em normas processuais que regulam a atividade probatória (ainda que em contexto bastante diverso do descrito no presente trabalho): “*This political reality does not resolve the underlying normative issue, but that is not the goal here. Rather, the point is to illustrate that the normative issues is not only about evidence. It is about a conflict being played out on the field of evidence and procedure.*” In.: SHAUER, Frederick. **The proof: uses of evidence in law, politics, and everything else**. Cambridge: Harvard University Press, 2022. p. 43

de direito material ou ao devido processo legal, se observados no caso, devem ser obrigatoriamente analisados pelo tribunal arbitral em juízo de ponderação, para que não se incorra em cerceamento de defesa ou na desnecessária dilação probatória.

3 AÇÕES PROBATÓRIAS: O EXERCÍCIO AUTÔNOMO DO DIREITO À PROVA

3.1 O MÉRITO NAS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS: O DIREITO À PROVA EM SENTIDO ESTRITO

O mérito de um processo é conceituado por Cândido Rangel Dinamarco como “a pretensão deduzida, [...] o conteúdo e a razão de ser da demanda e do processo”⁴⁸²⁻⁴⁸³⁻⁴⁸⁴. Nessa definição, o “objeto” e o “mérito” de um processo se confundem: “o objeto do processo, nesse sentido, é o mérito da causa, que coincide com a pretensão trazida pelo demandante a ser apreciada pelo juiz – ou seja, a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio”⁴⁸⁵.

⁴⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, in. **Revista de Processo**, vol. 34, 1984, pp. 20-46.

⁴⁸³ Em outro trabalho, o autor, sinteticamente, diferencia o conceito de mérito da demanda: “[...] O mérito, portanto, etimologicamente é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para seu exame. [...] Como procurei demonstrar, é ela que constitui o elemento substancial da demanda, o seu conteúdo socialmente relevante. Não há dúvida que, como ato do processo, a demanda desempenha papel relevantíssimo ao romper a inércia imposta aos órgãos jurisdicionais (*nemo iudex sine actore*). Ela não passa disso, porém, e não devemos ceder à ilusão do continente, desconsiderando o seu conteúdo substancial”. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. pp. 202 e 203

⁴⁸⁴ Kazuo Watanabe sintetiza os argumentos que embasam definição: “a) A demanda é ‘fato estritamente processual’ e constitui ‘veículo de algo externo ao processo e anterior a ele, algo que é trazido ao juiz em busca do remédio que o demandante quer’. b) Narrando os fatos, a demanda coloca diante do juiz uma ‘pretensão do demandante, que é uma sua aspiração a determinado bem ou a determinada situação jurídica que, sem o processo e sem a intercessão judicial, o sistema o impede de obter’. c) Essa pretensão é ‘veiculada no pedido de emissão de um provimento jurisdicional de determinada ordem, com o conteúdo que indica o referente ao bem da vida especificado’. d) Essa pretensão, submetida a ‘um tratamento compatível com o processo e com o exercício da ação e da jurisdição’, apresenta-se, em primeiro lugar, ‘como pretensão ao provimento postulado’ e no ‘segundo momento lógico’ se manifesta ‘como pretensão ao bem da vida descrito ou à nova situação jurídica’. e) ‘A pretensão é uma exigência e como tal ela aqui se apresenta, mas desdobrada como foi descrito (desdobramento que constitui consequência do reconhecimento de dois planos nitidamente desdobrados, no ordenamento jurídico: o processual e o substancial)’; a pretensão teria, assim, dupla direção (‘para exigir do juiz o provimento que lhe seja útil e para acabar obtendo o resultado jurídico-material pretendido’)”. WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil** [livro eletrônico], 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 67 e 68.

⁴⁸⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 329

Em outras palavras, o mérito é a pretensão não satisfeita trazida pelo autor, na petição inicial, ou pelo réu, na reconvenção, sobre a qual incide a decisão do juiz⁴⁸⁶⁻⁴⁸⁷. Mas não se pode confundir o “objeto” de um processo com o “pedido”, que é sua veiculação processual⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹. Como esclarece Eduardo Talamini, o pedido se caracteriza como veículo processual da pretensão – mas que não se confunde com a pretensão em si. A pretensão, por sua vez, é caracterizada como a soma da “situação carente de tutela” e do “mecanismo processual pretendido”⁴⁹⁰.

Especificamente quanto à ação de produção autônoma de provas tem-se que a *situação carente de tutela* é representada pelo interesse de uma parte em obter prova relacionada a determinado fato. Veja-se que nem toda prova depende de um processo para que seja produzida; é o que ocorre, por exemplo, na pré-constituição de uma prova documental, enquanto meio de prova de relação jurídica⁴⁹¹, mediante a

⁴⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 254

⁴⁸⁷ No mesmo sentido: “A pretensão do autor, veiculada na demanda e formalizada no pedido; isso é que caracteriza e justifica a existência do processo. Essa pretensão é que deve ser julgada pelo juiz e é uma resposta a ela que será dada na parte dispositiva da sentença”. In: LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação, in: **Revista de Processo**, vol. 188, 2010. pp. 69-100.

⁴⁸⁸ Em sentido contrário: “Objeto da ação é o pedido do autor (Cod. Proc. Civil, art. 282, IV), ou seja, o que ele solicita lhe seja assegurado pelo órgão jurisdicional. Ora, o autor pede uma providência jurisdicional que tutele um seu interesse, isto é, uma providência jurisdicional quanto a um bem pretendido, material ou imaterial. Assim, o objeto, isto é, o pedido (*res, petitum*) é imediato ou mediato”. In: SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁸⁹ “Tem-se, pois, por objeto do processo a pretensão processual, assim entendida a exigência do demandante no sentido de obter um atuar ou um fazer, ou, com mais precisão, a intenção manifestada pelo demandante de obtenção de um provimento capaz de lhe assegurar tutela jurisdicional. Julgar o mérito é julgar esta pretensão, manifestada em juízo através de um pedido, razão pela qual se fala, tradicionalmente, em procedência ou improcedência do pedido, expressões utilizadas nas sentenças que definem o objeto do processo, conforme tenha sido tal definição favorável ou desfavorável ao demandante. Note-se, aqui, que a pretensão não é o pedido, sendo este apenas a sua manifestação no processo. Pretensão é intenção, elemento volitivo e subjetivo. Pedido é o meio de declaração da vontade de se obter determinado resultado em juízo, ou, em outros termos, manifestação processual da pretensão”. In: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 290

⁴⁹⁰ “O objeto do processo (o seu ‘mérito’) é constituído pela pretensão processual. Essa, por sua vez, não se confunde com a chamada pretensão de direito material (atinentes à concreta exigibilidade de uma prestação de conduta). A pretensão processual se identifica pela consideração conjugada do mecanismo processual de tutela pretendido (a providência processual concreta) com a situação carente de tutela (a ‘situação trazida fora do processo’). No pedido é formalmente veiculada essa pretensão”. In: TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 79-80

⁴⁹¹ O que se pré-constitui é somente o meio de prova, não sua fonte: “Nessa linha de raciocínio, embora pareça sempre possível (salvo limites naturais) a pré-constituição da prova, se entendida como atuação antecipada dos meios sobre as fontes, o mesmo não pode ser dito com relação à pré-constituição destas últimas. A tentativa de gerar fontes de prova pode, inclusive, levar aos domínios

celebração de um contrato⁴⁹². Situação diversa é a da pericial, regida por disposições e formalidades que lhes são peculiares e que, atendendo às previsões do CPC/15, só pode ser produzida perante o Juízo (estatal ou arbitral).

O *mecanismo processual pretendido*, por sua vez, é a sua produção de uma prova, alheia à veiculação de outra pretensão declaratória de direito material, mediante apoio do órgão jurisdicional. A desvinculação à futura e eventual pretensão sobre o objeto da prova não significa que inexistente conflito em sua produção ou tutela que se pretende ver satisfeita: pelo contrário – delimita-se que o conflito se dará sobre a admissibilidade da prova e viabilidade do procedimento⁴⁹³. Significa, somente, que não pode o julgador afirmar, nem as partes argüirem, a existência ou inexistência de qualquer outro direito que não o de produzir determinada prova autonomamente⁴⁹⁴. Conclusão semelhante é atingida por Daniel Amorim Assumpção Neves, ainda à luz do CPC/73⁴⁹⁵.

Ou seja, a produção autônoma de provas não tem por objeto a demonstração de fato algum; o direito discutido é sobre a possibilidade ou não de produção autônoma daquela prova, mas o significado ou suficiência de seu conteúdo para emprego em processo futuro e eventual. Assim, nas palavras de Arthur Arsuffi, como

da ilegalidade”. YARSHELL. Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

⁴⁹² Nesse caso, evidentemente, não se fala em prova dentro de um processo judicial ou arbitral, mas como meio retórico destinado à comprovação de algo em um processo lógico, conforme definição constante no Capítulo 3.1.

⁴⁹³ “As discussões, pois, que gravitam em torno do direito (ou não) à produção de tal ou qual prova, conduzem à conclusão de que as ações probatórias autônomas tratam de efetivos conflitos estabelecidos em torno da própria prova, cujo direito à produção é o que constitui a própria causa de pedir deduzida; e que, portanto, materializam real ou potencial oneração ou restrição à esfera jurídica do demandado (tal como acima se exemplificou com o sigilo e a privacidade)”. YARSHELL, Flávio Luiz. **Breves comentários**... p.

⁴⁹⁴ “Quando lá se diz que na ação de produção de provas o juiz não se pronuncia sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas, está a afirmar o óbvio: que a ação tem por objeto, exclusivamente, a produção da prova em seu estado bruto, isto é, desagregada de qualquer ponderação de valor pelo juiz”. In: HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. Os limites objetivos da coisa julgada nas ações probatórias autônomas, in. **Revista de Processo**, vol. 326, 2022. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 315-334.

⁴⁹⁵ Nesse sentido: “[...] é preciso lembrar que existe uma importante particularidade, considerando-se a existência de previsão expressa no art. 848 do CPC, que complementa o dispositivo ora analisado. Segundo esse dispositivo, o requerente justificará, sumariamente, a necessidade de antecipação probatória, indicando com precisão, os fatos sobre os quais há de recair a prova. Como se percebe da própria literalidade do artigo legal, a exigência específica confunde-se com o próprio mérito da medida cautelar ora analisada [...]”. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 197.

o objeto da ação de produção autônoma de prova “é justamente produzir determinada prova, a decisão que versa sobre seu deferimento ou indeferimento é de mérito”⁴⁹⁶.

A decisão que reconhece o direito de se produzir a prova, portanto, tem natureza de decisão de *mérito*. Ao se decidir, por exemplo, que determinada prova não pode ser produzida porque viola sigilo industrial da requerida, afirma-se que não existe direito à prova em sentido estrito. O julgamento desse mérito dar-se-á mediante à análise simultânea da viabilidade da produção probatória de forma autônoma e sua admissibilidade: “ou o interessado demonstra ser admissível e viável – jurídica e praticamente – a prova [...] ou o interessado simplesmente não ostenta o direito a prova”⁴⁹⁷. Disso se difere o exercício do direito à prova (em sentido amplo) em processo declaratório; nele não se decide pela existência do direito material e autônomo à prova (direito à prova em sentido estrito), mas pelo direito de *provar* algo em um processo, garantia processual derivada do contraditório e ampla defesa⁴⁹⁸.

Cabe destacar que o fato de se reservar a valoração da prova em futuro e eventual processo não afasta a conclusão de que o mérito do pleito é, efetivamente, a produção da prova: a produção da prova se confirma com a sentença terminativa do procedimento de produção autônoma de provas, não com sua admissibilidade no processo futuro e eventual⁴⁹⁹. Novamente, é relevante à afirmação a diferença entre o direito à *prova* e ao direito *de prova*⁵⁰⁰: uma prova produzida autonomamente não

⁴⁹⁶ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção...** p. 218.

⁴⁹⁷ YARSHELL. Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 413

⁴⁹⁸ “Posto dessa forma, o direito à prova pode ser entendido, então, como o direito à busca, à obtenção e à pré-constituição daquela. É o que na doutrina francesa recentemente chamou de ‘direito à prova em sentido estrito’”. In: YARSHELL. Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 232

⁴⁹⁹ “Assim vistas as coisas, é possível concluir que a produção da prova poderá ter caráter conservativo ou não. Na hipótese do inciso I do art. 381 esse caráter é evidente. Já nas hipóteses dos incisos II e III há produção sem conservação. Em todos eles ocorre a efetiva produção da prova, ainda que não vincule o juiz da futura demanda na qual poderá ser admitida. Para ser considerada produzida a prova não precisa ser necessariamente admitida no processo em que a pretensão nela consubstanciada seja formulada. O elemento nuclear, portanto, para a conclusão de que a prova produzida não é sua admissão no processo, mas a potencialidade de servir à demonstração de fatos aptos à sustentação de determinada pretensão e, conseqüentemente, à formação da convicção dos sujeitos processuais”. PASCHOAL, Thaís Amoroso. **A coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 273

⁵⁰⁰ “Aceita que seja essa proposta de terminologia, haverá, então, dois conceitos distintos: o direito de provar e o direito à prova. A primeira dessas expressões, coerentemente com o que já expôs, designa o direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito [...]. Sob ângulo diverso, o direito à prova, por seu turno, pode ser entendido não exatamente como uma das posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e o de defesa englobam;

precisa, necessariamente, ser admitida no processo posterior porque nesse processo se analisará, em juízo de admissibilidade, o direito de se *provar algo por meios legítimos* e não o direito *de se obter a prova em si*; da mesma forma, uma prova cuja produção foi rejeitada em processo autônomo pode ser admitida no processo principal porque é relevante para *provar algo*.

O que ocorre com a produção de prova de forma autônoma, portanto, é sua pré-constituição⁵⁰¹ – que, a rigor, poderia ocorrer também extrajudicialmente. Essa pré-constituição encerra os objetivos do processo e independe da futura admissibilidade da prova.

Outra consequência dessa limitação objetiva é a maior flexibilidade da qual gozará a produção antecipada de provas em relação aos critérios para admissão ou inadmissão de determinada prova. Quando nem todos os fatos de interesse são conhecidos pela requerente, a produção autônoma de provas pode autorizar a produção de provas que, rigorosamente, não atenderiam plenamente os critérios de relevância e pertinência à futura demanda principal. O julgador deve ser permissivo na admissibilidade da prova, mas não pode oferecer obstáculo absoluto ao direito que a parte tem de tomar ciência de fatos relevantes ao seu interesse⁵⁰².

A identificação do direito à prova como mérito próprio da produção autônoma de provas permite que se identifique que, sobre esse direito, existe conflito. A produção de qualquer prova em juízo redundará, em maior ou menor grau, direta ou

ou, ainda, não como mero desdobramento do direito de invocar um provimento jurisdicional que declare o direito em dada situação concreta. O que há é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí”. YARSHELL. Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 232-234.

⁵⁰¹ Emprega-se, como conceito de prova pré-constituída, a definição apresentada por Clarisse Lara Leite: “Atualmente, contudo, pode-se dizer *pré-constituída* qualquer prova que “já venha pronta” para o processo. Ou seja, o elemento de prova do qual podem ser extraídas *informações* relevantes, no processo, a partir da realização de atividades muito simples. Normalmente, mediante o mero exame da evidência pelos sujeitos do contraditório (partes e juiz), sem a necessidade de que “alguém faça algo” (que a parte ou a testemunha deponham; que o perito examine as coisas, pessoas e fenômenos e depois emita o laudo; que o juiz se dirija ao local da inspeção ou que a coisa não “incorporada aos autos” seja trazida do mundo externo para exame judicial). LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Fatos e provas novos no processo civil** [livro eletrônico]: momento da alegação e da prova. Ação rescisória. Ação Revisional. Renovação da Ação Coletiva. Thomson Reuters: São Paulo, 2023. p. RB-8.7

⁵⁰² Relacionando o direito à prova ao direito de tomar ciência de fatos relevantes: “Mais ainda, pensar no direito à prova como abrangente de um direito à investigação ou um direito à pré-constituição da prova é também supor a existência de um direito cujo conteúdo se limita à garantia de acesso, descoberta e documentação de certos fatos mediante a intervenção estatal [...]” in: YARSHELL. Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 234.

indiretamente, na invasão da esfera jurídica dos interessados. Por isso, é também um direito em disputa, não somente em relação à sua própria existência, mas também em relação a outros interesses salvaguardados em nosso ordenamento. Nesse sentido:

“Em verdade, guardam, em si, efetivos conflitos de interesse em torno da própria prova, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos.”⁵⁰³

Por fim, é por isso que se exige, apesar da desvinculação da prova com futura demanda, uma “fundamentação da necessidade de produção da prova e a identificação de quais fatos ela pretende atestar”⁵⁰⁴, nos termos do art. 382 do CPC/2015.

3.2 A NATUREZA JURISDICIONAL DAS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS

A ação de produção antecipada de provas tem natureza jurisdicional⁵⁰⁵. Por essa ação, “há atuação estatal e feição substitutiva, com papel de direção e de presidência na colheita pelo órgão jurisdicional”⁵⁰⁶. Verifica-se na produção autônoma de provas exercício da tríade poder, função e atividade, que qualifica a atuação do Estado (ou dos árbitros) como jurisdicional⁵⁰⁷. Além disso, há, como já tratado em capítulo específico, pretensão e mérito.

Não obstante, produção autônoma revela verdadeiro exercício da atividade jurisdicional litigiosa, tendo em vista que, apesar de sua simplificação procedimental, atendem a “conflitos de interesse em torno da própria prova, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida

⁵⁰³ REsp n. 2.037.088/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 13/3/2023.

⁵⁰⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Seção II: da produção antecipada da prova. In: STECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 593.

⁵⁰⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 412

⁵⁰⁶ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Teoria geral do processo e a produção antecipada da prova: desafios diante das diversas especificidades, in. YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. Londrina, Thoth, 2024. p. 132

⁵⁰⁷ PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; LEITE, Amanda Kalil Soares. A produção antecipada de provas sem o requisito da urgência e a arbitragem. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. Londrina, Thoth, 2024. p. 373

pela parte adversa, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos”⁵⁰⁸. É também como entendem Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier:

“A produção antecipada de provas é ação (veicula um pedido de tutela jurisdicional) geradora de processo próprio. Não se trata de simples ‘jurisdição voluntária’. Insere-se no conceito de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver”.⁵⁰⁹⁻⁵¹⁰

Há que se concordar com a afirmação. O reconhecimento de que há um direito à produção autônoma da prova revela, também, a possibilidade de a ele se opor, principalmente considerando a amplitude de direitos que podem ser atingidos pela produção da prova. Ademais, o contraditório, ainda que limitado ao objeto do processo, deve ser observado não só antes, mas também durante e depois da produção da prova, para que se garanta sua utilidade em processo futuro.

3.3 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVAS

As hipóteses de cabimento da produção autônoma de provas são previstas expressamente nos incisos do art. 381, do CPC/15: (i) quando houver fundado receio de que a verificação do fato se torne de difícil ou impossível verificação; (ii) quando a prova puder viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; e (iii) quando o prévio conhecimento dos fatos puder justificar ou evitar o ajuizamento de ação⁵¹¹.

⁵⁰⁸ (REsp n. 2.037.088/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 13/3/2023)

⁵⁰⁹ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: processo comum de conhecimento e tutela provisória**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 369

⁵¹⁰ Em sentido contrário: “O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma litigiosidade potencial. É jurisdição voluntária pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova”. In: DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova*. In: DIDIER JR., Fredie... [et. al.]. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 647-659. p. 649.

⁵¹¹ CPC/15: “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; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Essas hipóteses passam a ser analisadas pormenorizadamente adiante, embora, e em que pese sua amplitude, devam ser entendidas como meramente exemplificativas, em benefício do direito autônomo à prova⁵¹².

3.3.1 A produção autônoma de provas com base na urgência

A hipótese do art. 381, I, do CPC/15 serve à produção da prova quando houver risco de perecimento do meio de prova, guardando, nesse caso, natureza cautelar⁵¹³. O exemplo clássico é o da testemunha de idade avançada ou enferma, que poderia não resistir à passagem do tempo até sua oitiva no processo judicial. Também é o caso da prova pericial sobre determinada área, que pode ter suas características alteradas com a passagem do tempo por razões naturais ou não.

É importante destacar que a urgência que fundamenta a produção autônoma da prova não é a mesma urgência que se exige para a concessão de tutelas antecipatórias ou cautelares. O procedimento da produção autônoma impõe um ônus argumentativo ao requerente menos severo, tendo em vista que a produção da prova, ao menos em primeiro momento, tem impactos reduzidos sobre a esfera de interesses do requerido.

Isso não significa que o deferimento da medida será, também, facilitado; a produção da prova deve respeitar seus limites internos e externos, bem como os demais pressupostos processuais – mas o requisito da urgência, como viabilizador da demanda, é mais flexível do que em outras hipóteses.

É possível que se apresente pedido de tutela de urgência, isso é, de colheita liminar da prova ou adoção de medidas assecuratórias, caso se requeira a produção

⁵¹² “Além disso, o elenco do art. 381 não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. É apenas exemplificativo. Justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381. Os mesmos fundamentos que justificavam a extensão do emprego da produção antecipada a situações não urgentes, no Código de 1973, justificam agora sua utilização em hipóteses que não se enquadram no rol legalmente estipulado: reconhecimento do direito autônomo à prova; garantia da universalidade da tutela jurisdicional; economia processual – e assim por diante”, in: TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, in: **Revista de Processo**, vol. 260, 2016. pp. 75-101.

⁵¹³ “Assim, a produção antecipada pode assumir papel de tutela urgente (cautelar), pois, entre outras hipóteses, cabe seu emprego quando houver a perspectiva da impossibilidade ou excessiva dificuldade de sua produção em um futuro processo (art. 381, I). A assecuração da prova é classicamente apontada como uma das modalidades da tutela cautelar”. In: TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, in: **Revista de Processo**, vol. 260, 2016. pp. 75-101.

autônoma da prova nos termos do art. 381, I, do CPC/15. Nesse caso, caberá ao requerente demonstrar (i) que não se pode aguardar o curso natural da produção autônoma de provas; (ii) a probabilidade de seu direito sobre a produção autônoma; e (iii) a inexistência de risco reverso, nos termos do art. 300, *caput* e §3º, do CPC/15⁵¹⁴.

Além disso, a produção autônoma de provas não se confunde com a tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Trata-se de procedimentos distintos, com requisitos e efeitos diversos – dentre eles a prevenção do juízo no caso da tutela cautelar antecedente⁵¹⁵.

3.3.2 A produção autônoma de provas desvinculada de urgência

O CPC/15 inovou em relação às legislações processuais anteriores⁵¹⁶ ao prever expressamente a possibilidade de produção autônoma de prova em hipóteses desvinculadas da urgência. A legislação processual foi bastante flexível⁵¹⁷, prevendo nos incisos II e III do art. 381, CPC/15, a possibilidade de produção autônoma da prova para os casos em que possa servir a qualquer meio adequado de resolução de conflitos ou evitar o ajuizamento de ação.

Nessas duas hipóteses, a produção da prova poderá “orientar o sujeito quanto a atitudes ou providências a serem tomadas ou não, negócios a celebrar ou não, demandas a mover ou não, tudo dependendo do conteúdo da prova a que vier a conhecer”⁵¹⁸. Desse modo, a prova produzida pode ter como função um

⁵¹⁴ CPC/15: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...] §3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

⁵¹⁵ FUGA, Bruno. **Produção antecipada da prova**: Procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Thoth, 2024. pp. 49 e 50

⁵¹⁶ Em análise das legislações processuais estaduais e do CPC/39 e CPC/1973: FUGA, Bruno. **Produção antecipada da prova**: Procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Thoth, 2024. pp. 23-35

⁵¹⁷ “Essas duas hipóteses são bastante largas – e podem justificar até na concessão da medida requerida com fundamento na urgência, quando o juiz reputar que essa não se apresenta ou é tão intensa”. In: TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**.... p. 370.

⁵¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. III, 9. ed. São Paulo: Editora Juspoivm, 2024. p. 117

contraestímulo ao ajuizamento de determinada ação; tornando a ação de produção autônoma de provas um freio à propositura de demandas infundadas⁵¹⁹.

3.3.3 A fungibilidade das ações probatórias

O STJ analisou a relação entre a ação de produção antecipada de provas e a exibição de documentos no REsp n. 1.803.251/SC⁵²⁰, concluindo pela possibilidade de manejo simultâneo da produção antecipada de provas e de exibição de documentos pelo procedimento comum. Na origem, havia sido determinado o aditamento da inicial para que fossem feitas adequações para prosseguimento da ação de produção antecipada de provas, sob fundamento de que as disposições

⁵¹⁹ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. in: DIDIER Jr, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC: doutrina selecionada**, v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 649

⁵²⁰ O acórdão é assim ementado: "[...] 1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber se, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, é possível o ajuizamento de ação autônoma de exibição de documentos, sob o rito do procedimento comum (arts. 318 e seguintes), ou, como compreenderam as instâncias ordinárias, a referida ação deve se sujeitar, necessariamente, para efeito de adequação e interesse processual, ao disposto em relação ao "procedimento" da "produção antecipada de provas" (arts. 381 e seguintes). [...] 4. Para além das situações que revelem urgência e risco à prova, a pretensão posta na ação probatória autônoma pode, eventualmente, se exaurir na produção antecipada de determinada prova (meio de produção de prova) ou na apresentação/exibição de determinado documento ou coisa (meio de prova ou meio de obtenção de prova - caráter híbrido), a permitir que a parte demandante, diante da prova produzida ou do documento ou coisa apresentada, avalie sobre a existência de um direito passível de tutela e, segundo um juízo de conveniência, promova ou não a correlata ação. 4.1 Com vistas ao exercício do direito material à prova, consistente na produção antecipada de determinada prova, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu a possibilidade de se promover ação probatória autônoma, com as finalidades devidamente especificadas no art. 381. 4.2 Revela-se possível, ainda, que o direito material à prova consista não propriamente na produção antecipada de provas, mas no direito de exigir, em razão de lei ou de contrato, a exibição de documento ou coisa - já existente/já produzida - que se encontre na posse de outrem. 4.2.1 Para essa situação, afigura-se absolutamente viável - e tecnicamente mais adequado - o manejo de ação probatória autônoma de exibição de documento ou coisa, que, na falta de regramento específico, há de observar o procedimento comum, nos termos do art. 318 do novo Código de Processo Civil, aplicando-se, no que couber, pela especificidade, o disposto nos arts. 396 e seguintes, que se reportam à exibição de documentos ou coisa incidentalmente. 4.2.2 Também aqui não se exige o requisito da urgência, tampouco o caráter preparatório a uma ação dita principal, possuindo caráter exclusivamente satisfativo, tal como a jurisprudência e a doutrina nacional há muito reconheciam na postulação de tal ação sob a égide do CPC/1973. A pretensão, como assinalado, exaure-se na apresentação do documento ou coisa, sem nenhuma vinculação, ao menos imediata, com um dito pedido principal, não havendo se falar, por isso, em presunção de veracidade na hipótese de não exibição, preservada, contudo, a possibilidade de adoção de medidas coercitivas pelo juiz. 5. Reconhece-se, assim, que a ação de exibição de documentos subjacente, promovida pelo rito comum, denota, por parte do demandante, a existência de interesse de agir, inclusive sob a vertente adequação e utilidade da via eleita. 6. Registre-se que o cabimento da ação de exibição de documentos não impede o ajuizamento de ação de produção de antecipação de provas. 7. Recurso especial provido. In: REsp n. 1.803.251/SC, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 8/11/2019.

concernentes à exibição de documentos não seriam aplicáveis à produção autônoma de provas. No julgamento do recurso, entendeu o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, que “figura-se absolutamente viável — e tecnicamente mais adequado — o manejo de ação probatória autônoma de exibição de documento ou coisa”. Seguindo esse raciocínio, o relator entendeu a viabilidade simultânea de ajuizamento de ação autônoma de exibição de documentos, seguindo o procedimento comum, ou de ação de produção autônoma de provas, no procedimento do art. 381 e seguintes do CPC/2015

De outro lado, em voto vista, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino apontou seu entendimento de que “embora seja bastante pertinente essa distinção entre o direito à exibição como direito material e como direito probatório autônomo, entendo não ser suficiente para justificar a possibilidade de ajuizamento de uma ação autônoma”, tutela que é alcançada pelo procedimento da ação probatória do art. 381 e seguintes. Apesar disso, prevaleceu o voto do relator, restando vencidos o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Boas Cueva.

Dessa forma, conclui-se que a ação de produção autônoma de provas pode servir de manejo de pedido de ação de exibição de documentos, havendo fungibilidade entre essas duas ações probatórias. É como entende Thaís Amoroso Paschoal:

“No caso da exibição de documento ou coisa – que não é meio de prova, mas ferramenta voltada à obtenção de provas -, poderia haver alguma dúvida em razão da previsão legal de procedimento próprio, nos arts. 396 e ss. Porém, é justamente a inclusão da exibição de documento ou coisa no capítulo do Código dedicado às provas, em decorrência dos fins cautelares em espécie, que possibilita a conclusão de ser perfeitamente possível o manejo do procedimento da produção antecipada da prova para a obtenção de documento ou coisa”⁵²¹.

De qualquer modo, afastadas as conclusões do presente capítulo e se compreendendo a inexistência de fungibilidade entre a ação de produção antecipada de provas e a ação de exibição de documentos, deve-se proceder à intimação do autor

⁵²¹ PACHOAL, Thaís Amoroso. **A coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 267.

para aditamento da inicial – e não a extinção do processo sem resolução de mérito⁵²². Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

“De fato, a conclusão do Tribunal de origem está consonante ao entendimento do STJ no sentido de que se admite o ajuizamento de ação autônoma para a exibição de documento, com base nos arts. 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC, ou seja, o cabimento da ação de exibição de documentos não impede o ajuizamento de ação de produção de antecipação de provas”^{523_524}

Assim, em que pese se entenda pela fungibilidade entre ação probatória autônoma e ação de exibição de documentos, eventual entendimento em sentido contrário não pode servir à extinção imediata do processo, mas à intimação do requerente para que adite o pedido inicial.

3.4 SUJEITOS PROCESSUAIS NA AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA

Devem participar do processo de produção antecipada de prova todos aqueles que poderão, em tese, obter qualquer tipo de resultado na comprovação ou não de algum fato relacionado à prova. A delimitação de quem são esses sujeitos dependerá, portanto, da narrativa oferecida pelo autor em sua petição inicial: devem integrar o feito todos aqueles que, eventualmente, possam ser atingidos pela futura pretensão de direito material.

No contexto de ação de produção autônoma de provas destinada a antecipar prova pericial relacionada à apuração de haveres, João Paulo Hecker da Silva afirma que a prova produzida vinculará não somente o requerente, mas a companhia e os demais acionistas:

⁵²² “Mas, acaso propostas, a solução adequada é determinar a emenda da petição inicial ou, conforme o modo como o pedido foi deduzido, simplesmente receber uma medida por outra, adotando-se plenamente a fungibilidade destas demandas. A postura de simplesmente extinguir os processos ou, pior, converter uma decisão de mérito porventura dada em primeiro grau em sentença terminativa, no julgamento da apelação é formal e incompatível com o sistema processual que adotamos”. In: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 369 a 404: das provas: disposições gerais [livro eletrônico], v. VIII. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 91

⁵²³ AgInt nos EDcl no REsp n. 1.867.001/CE, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 10/8/2020, DJe de 14/8/2020

⁵²⁴ No mesmo sentido: AgInt no AREsp n. 1.651.478/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 1/9/2020; REsp n. 1.803.251/SC, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 8/11/2019.

“Independente de qual acionista requereu a medida antecipatória, é evidente que seu resultado tem como objeto a avaliação da sociedade e do levantamento do balanço de verificação e a ela seu resultado se impõe. Nessa esteira, o laudo pericial homologado no processo de produção antecipada de provas tem efeito sobre todos os demais acionistas.

[...]

Não só a sociedade, portanto, poderá suscitar que já existe trabalho de avaliação judicial que a ela é imposto seu resultado, como também os demais acionistas que ajuizarem suas respectivas demandas de dissolução estarão a ele vinculados e impedidos de repetir a prova”⁵²⁵.

Essa vinculação só poderá ocorrer caso os demais acionistas tenham a possibilidade de exercer o contraditório no processo, considerando a ausência de previsão expressa a respeito da legitimidade por substituição processual e das garantias constitucionais do devido processo legal. É como entende Eduardo Talamini, ainda que em contexto diverso:

“[...] tal entendimento esbarra nas garantias constitucionais acima mencionadas, que inspiram a limitação da coisa julgada às partes. Tampouco vem em auxílio dessa orientação sustentar que o sócio que propõe a ação é “substituto processual” dos demais acionistas. Em primeiro lugar, não há regra expressa que confira tal posição de substituto ao sócio. Depois, mesmo que houvesse, ainda assim seria discutível vincular os sócios substituídos à autoridade da coisa julgada; Como se pode afirmar que os direitos constitucionais do substituído ao acesso à justiça, ao devido processo, ao contraditório e à ampla defesa não estão sendo violados quando se o impede de exercê-los sob o argumento de que alguém – que não agiu em seu nome nem com sua autorização – já atuou em juízo? Não parece compatível com a ordem constitucional a afirmação generalizada de que o substituído ficaria atingido pela coisa julgada decorrente do processo que participou apenas o substituto. Cabe definir balizas dentro das quais essa solução é legítima”⁵²⁶.

A solução encontrada pelo autor, e que se aplica inteiramente ao estudo em apreço, é identificar se foi oportunizada a participação do interessado. São três os critérios para essa verificação: (i) se teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez; (ii) se tinha ciência de que corria o processo em sua substituição; e (iii) se lhe foi oportunizado o ingresso no feito⁵²⁷.

Situação peculiar é do interessado que, embora não tenha relação direta com a futura e eventual demanda de direito material objeto da prova, tem de ingressar no

⁵²⁵ SILVA, João Paulo Hecker da. **Processo societário**: tutelas de urgência e da evidência. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 276

⁵²⁶ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e efeitos da sentença na ação de impugnação de deliberação societária. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 345

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 346.

feito porque tem controle sobre sua produção. É o caso do sujeito que possui os documentos que se deseja exibir ou do possuidor do imóvel que se pretende vistoriar. Nesse caso, será necessária a sua inclusão no processo para que possa participar da produção da prova ou mesmo declinar razões para o indeferimento de sua produção autônoma.

3.5 A LEGITIMIDADE DAS PARTES E O INTERESSE PROCESSUAL NAS AÇÕES PROBATÓRIAS

As ações probatórias autônomas, como qualquer outra ação na qual se busca a tutela jurisdicional, exigem a presença da legitimidade e interesse processual, constantes no art. 17, do CPC/2015⁵²⁸. Apesar das diversas acepções sobre tais elementos (como requisitos para análise do mérito⁵²⁹, pressupostos de admissibilidade para pronunciamento de mérito⁵³⁰ ou categoria intermediária entre os pressupostos de validade e o mérito da causa⁵³¹), sua função é de filtro para pretensões formalmente inviáveis⁵³².

Nas ações probatórias, seja em razão da peculiaridade de seu objeto ou da limitação à cognição do julgador, a análise da legitimidade e do interesse processual se dá de maneira diversa do que no procedimento comum.

3.5.1 A legitimidade das partes

Tradicionalmente, entende-se como parte legítima para agir, seja ativa ou passivamente, aquela que é titular dos interesses de direito material em conflito⁵³³. Na

⁵²⁸ CPC/15: “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”

⁵²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 1, p. 206

⁵³⁰ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: processo comum de conhecimento e tutela provisória**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 226.

⁵³¹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 157

⁵³² SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boardi; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simandi; DELLORE, Luiz. **Teoria geral do processo contemporâneo**, 7. ed. Barueri: Atlas, 2024. p. 221

⁵³³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205

produção autônoma de provas, no entanto, o direito perseguido é relacionado à própria prova, o que dificultaria o delineamento preciso da legitimidade.

Por isso, o que se deve ter em vista é o conflito potencial que justifica o ajuizamento da própria ação probatória: será parte legítima para figurar na ação de produção antecipada de provas aquela que possa vir a integrar o conflito descrito pelo requerente. Ou seja, é necessário que se demonstre a existência de um vínculo jurídico, presente ou pretérito⁵³⁴, entre as partes e a situação que justifica a produção autônoma de provas.

Há, ainda, a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva de produção antecipada de provas⁵³⁵. Nesses casos, a legitimidade para o ajuizamento dessas demandas é de todos aqueles legitimados listados nos arts. 82 do CDC⁵³⁶ e art. 5º da Lei da Ação Civil Pública⁵³⁷:

“Tratando-se de produção coletiva da prova, a legitimidade será de todos aqueles que poderiam propor ações coletivas para a tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos fundados na prova a ser produzida, ou seja, todos os legitimados dos arts. 82 do CDC e 5º da LACP. Se a produção antecipada coletiva tiver como objetivo a prova de fato comum a vários

⁵³⁴ “A primeira matéria de defesa deverá ser a de que o autor não possui legitimidade de parte, pelo que deverá ficar demonstrado que o autor não ostenta a qualidade de sócio da sociedade que busca avaliar por meio de perícia técnica. Evidentemente, tal argumentação não poderá ser utilizada caso o autor tenha sido a qualquer propósito excluído da sociedade, já que nesse caso, o que busca é exatamente a apuração de seus haveres decorrentes da participação acionária na sociedade da qual o autor foi excluído”. SILVA, João Paulo Hecker da. **Processo societário**: tutelas de urgência e da evidência. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 273.

⁵³⁵ Nesse sentido, verifica-se o ajuizamento de produção antecipada de provas pelo Ministério Público de São Paulo com o objetivo de “viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” e “justificar ou evitar o ajuizamento de ação contra as requeridas, dependendo da conclusão pericial acerca do passivo ambiental existente”: TJSP – 1019278-54.2023.8.26.0554 – Foro de Santo André – 1ª Vara Cível da Fazenda Pública – Data de distribuição: 27/07/2023

⁵³⁶ “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

⁵³⁷ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; VI – A associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

sujeitos, a legitimidade será, igualmente, a mesma prevista para a propositura de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos”^{538_539}.

A legitimidade ativa se demonstrará mediante a comprovação de existência de um vínculo jurídico entre as partes⁵⁴⁰. A produção de provas não se destina à satisfação de curiosidades de pessoas estranhas ao requerido, de modo que deve o requerente apresentar detalhadamente a origem da relação existente e como a prova que se pretende obter se vincula com essa relação.

3.5.2 O interesse de agir

O interesse de agir qualifica-se como requisito à análise do mérito, tendo em vista a inutilidade de se proceder ao julgamento de demanda em que não se afirma a existência de lesão ao direito, quando os efeitos pretendidos já foram obtidos ou quando são inadequados à garantia do bem da vida pretendido⁵⁴¹. Para que se

⁵³⁸ PACHOAL, Thaís Amoroso. **A coletivização da prova....** p.263. No mesmo sentido: “De qualquer forma, ainda que feitas estas importantes ressalvas, parece lícito reconhecer que a legitimação extraordinária reconhecida pelo sistema a certos entes, para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pode funcionar como fator de universalização da produção antecipada de provas” In: YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 371.

⁵³⁹ A autora sustenta, ainda, a possibilidade de ajuizamento de ação de produção antecipada de provas em que a coletividade figura no polo passivo: “A ação coletiva passiva, como se vê desses exemplos, é instrumento utilizado para a obtenção de uma tutela contra uma coletividade. Parte-se da já mencionada ideia, que norteia o próprio sistema da tutela coletiva, de que a coletivização é comumente mais efetiva do que o tratamento individualizado das pretensões. [...] O interesse contra a coletividade pode consistir, ao menos num primeiro momento, apenas na produção antecipada da prova, em qualquer uma das hipóteses dos incisos do art. 381 do CPC. Nesse caso, a iniciativa do procedimento será daquele que pretenda a investigação de fatos afetos a pretensão formulada contra uma classe, ou daquele que pretende a formação da prova para o fim de subsidiar sua defesa em futura ação coletiva contra si proposta. Seja em caráter urgente, seja para fins de incentivo à solução consensual, justificção ou desmotivação quanto à propositura da demanda, a hipótese caracterizará um procedimento de produção antecipada da prova em face da coletividade, configurando, também aqui, uma espécie de ação coletiva passiva”. In: PASCHOAL, Thaís Amoroso. **A coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 280 e 281

⁵⁴⁰ STJ, REsp 1349453/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015

⁵⁴¹ “Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inútil a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei”. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil: tradução e notas de Cândido Dinamarco**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 155.

verifique o interesse da parte, é preciso que haja demonstração de que a tutela jurisdicional é necessária à satisfação do direito perseguido⁵⁴².

Na ação probatória autônoma esse exame se dá de maneira particular⁵⁴³. Embora o requerente não esteja obrigado a afirmar a necessidade de produção da prova para atendimento de um interesse imediato, tem o ônus de demonstrar que alguma utilidade poderá ser extraída da prova⁵⁴⁴. Por isso, Daniel Colnago Rodrigues afirma que é necessária a vinculação do direito à prova com uma possível pretensão de direito material:

“A redação do inciso ora sob análise [inciso III, do art. 381] é uma demonstração clara de que o direito à prova, não obstante autônomo, deve ter relação com a efetivação do direito material, e mais do que isso, com a possibilidade de solução ou afastamento da eventual demanda voltada à declaração do direito objetivo. A causa de pedir do requerimento de antecipação de provas, seja com base no inciso II, seja pelo inciso III do art. 381 do CPC, deve demonstrar a ligação entre a prova que se pretende obter e o direito material que se pretende ver garantido em futura e eventual demanda voltada ao seu reconhecimento, e mais, a possibilidade, com o recebimento da informação de se solucionar o conflito, ou evitar a propositura da demanda posterior”.⁵⁴⁵⁻⁵⁴⁶

⁵⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 204

⁵⁴³ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Teoria geral do processo e a produção antecipada da prova ..., in. YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. Londrina, Thoth, 2024. p. 140.

⁵⁴⁴ “O interesse de agir é muito tênue, mas existe. O requerente não está obrigado a afirmar ou a demonstrar a necessidade de produção da prova para dela extrair em seu benefício algum efeito jurídico imediato. No entanto, ninguém pode usar de um procedimento judicial para fins ilícitos ou para molestar injustamente a outrem. Por isso, o já citado artigo 382 exige que o requerente exponha a sua intenção em petição circunstanciada. Embora o requerente não tenha o ônus de demonstrar desde logo se a prova pretendida tem alguma finalidade prática ou jurídica, o interesse de agir corresponde à não manifesta ilicitude da prova constituenda e à hipotética possibilidade, ainda que remota, de que ela possa ter alguma utilidade lícita para o requerente. Ninguém tem o direito de imiscuir-se na vida privada alheia, sem demonstrar algum interesse próprio, ainda que meramente hipotético ou potencial, em documentar fatos da vida dessa pessoa”. In: GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, vol II, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 127

⁵⁴⁵ RODRIGUES, Daniel Colnago. LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio. RODRIGUES, Daniel Colnago. ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021. p. 136-150. pp. 147 e 148.

⁵⁴⁶ No mesmo sentido: “Como se procurou salientar anteriormente, embora a prova antecipada sirva para orientação das partes, e não propriamente do juiz, a valoração do material por esse último, ainda que mera expectativa ou como mera projeção, há que ser considerada pelos interessados. A avaliação das chances em juízo, como se procurou demonstrar, não se dá de forma divorciada do que se projete que será ou seria a avaliação que a prova poderá ou poderia merecer no processo declaratório. Por essa razão, dentre outras, ao exercitar o direito à prova e demandar a antecipação dessa, não há como o demandante deixar de se reportar a uma situação de direito material.”. In: YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova ...** pp. 320 e 321.

Para que se possa concordar com a afirmação de que o direito à prova “deve ter relação com a efetivação do direito material”, faz-se necessária uma ponderação. Não é que o direito à prova surge de um possível conflito relacionado a outro direito material; é que a possibilidade ou existência desse conflito justifica a prestação de tutela jurisdicional – ou seja, confere interesse de agir à parte⁵⁴⁷.

O que deve existir, portanto, é nexos de referibilidade com futura e meramente eventual pretensão⁵⁴⁸. É como entende Flávio Luiz Yarshell, que, em referência ao CPC/73, também aponta a necessidade de conexão entre o direito à prova e possível controvérsia material como critério para justificar a intervenção estatal:

“[...] a desvinculação assim mencionada não pode e não deve ser vista em termos absolutos: ainda que se possa – como realmente parece possível – conceber um autêntico direito autônomo à prova, e mesmo que se considere que essa última pode e deve, sob certas condições, ser constituídas com o escopo de orientar as partes, e não necessariamente servir de fundamento para um julgamento estatal que declare o direito no caso concreto, ainda assim a ligação da prova a uma afirmada situação de direito material – atual ou ao menos potencialmente controvertida – é imprescindível para justificar a intervenção estatal, fazendo-a não apenas útil (porque necessária e adequada), mas razoável e proporcional”⁵⁴⁹.

O mesmo autor, já à luz do CPC/15, aponta que o interesse processual na produção antecipada de provas se verifica no exame de (i) necessidade de prova; (ii) relevância da prova; (iii) adequação da prova; e (iv) viabilidade do processo declaratório⁵⁵⁰. Todas essas hipóteses guardam em comum a vedação à produção probatória que, nem mesmo em hipótese, será apta a gerar o resultado pretendido – seja em razão de sua desnecessidade, antijuridicidade ou inutilidade prática. Desses

⁵⁴⁷ Em verdade, inexistindo natureza contenciosa, dentro dos termos do art. 381, §5º, do CPC/2015 sequer é necessária a afirmação de possível conflito. Nesse sentido, Eduardo Talamini esclarece que quando se busca a mera documentação de fato, o procedimento de justificação tem natureza de jurisdição voluntária, não contenciosa: “Tanto quanto nos demais casos de produção antecipada de prova, a justificação tem natureza contenciosa, quando realizada nas hipóteses dos incisos do art. 381 ou em outras situações a essa equiparáveis. Já quando se procede à justificação para meros fins comprobatórios não litigiosos, tem-se medida de jurisdição voluntária. Por exemplo, a justificação para comprovação da morte de alguém que estava no local de uma catástrofe, para posterior lavratura de assento de óbito. A medida, em tal caso, é de simples documentação para fins registrares”. In: TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo ...** p. 591

⁵⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo ...**p. 591

⁵⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova...**pp.211 e 212

⁵⁵⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Seção II: da produção antecipada da prova. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 1.155-1.157

elementos, somente a relevância da prova diz respeito a elementos exclusivamente intrínsecos da prova que se pretende produzir; a necessidade da prova, sua adequação e a viabilidade do processo declaratório dependem de fatores externos à própria prova.

A inviabilidade do processo declaratório, no entanto, destaca-se dentre os demais requisitos. É elemento exclusivamente extrínseco ao direito autônomo à prova, o que demonstra a necessidade de conformação da pretensão aos demais interesses constantes no sistema legal. O seu reconhecimento se dá de duas formas: (i) se a ação probatória visa instruir demanda que não admite a prova que se pretende produzir – como ocorre com a ação rescisória⁵⁵¹; e (ii) se o fato que se pretende provar não é mais apto à demonstração do direito – o que se observaria com a superação do prazo prescricional.

Soma-se a isso a jurisprudência do STJ, que se firmou no sentido de que, em contexto de ação de exibição de documentos, é necessária à demonstração de interesse processual, a prévia tentativa de obtenção do documento⁵⁵² - novamente, um requisito extrínseco ao direito à prova. Trata-se de posicionamento que, no contexto de documentos bancários, ainda na vigência do CPC/1973, foi consolidado

⁵⁵¹ “Da perspectiva teórica, entende-se que não se poderá cogitar do exercício autônomo do direito à prova quando tal direito tiver sido, como visto, atingido pela extinção do direito de ação promovida pela coisa julgada. Após o trânsito em julgado não há mais, em princípio, direito à produção de prova para demonstrar o equívoco do julgamento de mérito. Muito menos, direito autônomo. [...] Por outro lado, examinando-se a questão de perspectiva econômica, que considera comportamentos esperados dos agentes a partir de incentivos e desincentivos,¹⁸⁷ também se constata que a possibilidade de utilização da produção antecipada de provas traria muito mais prejuízos do que ganhos ao sistema.”. In: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Fatos e provas novos no processo civil** ... p. RB-8.17

⁵⁵² Nesse sentido: “Segundo o entendimento desta Corte, ‘nas ações de exibição de documentos, a ausência de prévio requerimento administrativo denota a ausência de interesse de agir’ (AgInt no AREsp 1.403.993/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe de 29.3.2019). No caso, o Tribunal de origem afirmou que não ficou demonstrada a recusa da parte ré ao fornecimento dos documentos pretendidos, ensejando o indeferimento da inicial pela falta de interesse processual”. In: AgInt no AREsp n. 1.695.009/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 13/4/2021. “Consoante entendimento pacificado do STJ, a ausência de prévio requerimento administrativo impede a propositura de ação de produção antecipada de provas que objetiva a exibição de documentos, ante a notória falta de interesse de agir.” In: AgInt no AREsp n. 1.328.134/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 25/11/2019, DJe de 29/11/2019.. No mesmo sentido: “Segundo o entendimento desta Corte, ‘nas ações de exibição de documentos, a ausência de prévio requerimento administrativo denota a ausência de interesse de agir’”. In: (AgInt no AREsp n. 1.517.671/SE, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019, DJe de 20/11/2019)

no julgamento do Tema Repetitivo 648⁵⁵³. No mesmo sentido, em contexto relacionado à exibição de dados societários, foi cristalizado, na tese firmada nos Temas Repetitivos 42 e 43, o entendimento de que é necessário “prévio requerimento administrativo”⁵⁵⁴ e a comprovação do pagamento do “custo do serviço” referente à certidão dos livros da companhia⁵⁵⁵.

Há crítica a esse posicionamento, no sentido de que seria desnecessária a demonstração de exaurimento da instância administrativa “porque o esclarecimento acerca de um fato nem sempre se insere na perspectiva tradicional de um direito ameaçado ou lesado”⁵⁵⁶. Não se pode concordar completamente a afirmação. Se de um lado o exaurimento das tentativas extrajudiciais é realmente desnecessário⁵⁵⁷, não parece razoável que se deixe de observar a necessidade de demonstração de uma causa efetiva que justifique a prestação jurisdicional.

Quanto mais gravosa for a pretensão do requerente sobre a esfera de direitos do requerido, maior o ônus argumentativo na demonstração da necessidade da medida. É como entendem Flávio Luiz Yarshell, Viviane Rodrigues, Eduardo Beccera e Fabio Marques:

“Notadamente, o requerente da produção antecipada de provas tem o ônus de apresentar fundamentos que, em tese, digam respeito a uma posição jurídica tutelada pelo ordenamento. A narrativa fática deverá ser tão

⁵⁵³ “A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária”, in: Tema Repetitivo 648/STJ – Segunda Seção - REsp 1349453/MS – Luis Felipe Salomão – j. 10/12/2014 – DJe: 02/02/2015.

⁵⁵⁴ “Falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido”, In: Tema Repetitivo 42/STJ – Segunda Seção – REsp 982133/RS – Aldir Passarinho Junior – j. 10/09/2008 – DJe: 22/09/2008.

⁵⁵⁵ No mesmo sentido, relacionado à “A comprovação do pagamento do 'custo do serviço' referente ao fornecimento de certidão de assentamentos constantes dos livros da companhia é requisito de procedibilidade da ação de exibição de documentos ajuizada em face da sociedade anônima.”, In: Tema Repetitivo 43/STJ – Segunda Seção – REsp 982133/RS – Aldir Passarinho Junior – j. 10/09/2008 – DJe: 22/09/2008.

⁵⁵⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil...** p.89

⁵⁵⁷ Trata-se de entendimento assente na jurisprudência do STJ: “O aresto recorrido não destoa da jurisprudência deste Superior Tribunal assente no sentido de que “o esgotamento da instância administrativa não é condição para o ingresso na via judicial” (STJ - AgRg no AREsp: 622282 RJ 2014/0308828-6, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 17/03/2016, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/04/2016)

contundente quanto a gravidade das restrições que a produção da prova acarretará à parte requerida⁵⁵⁸

De outro lado, inexistindo resistência da parte em face da qual se pretende ver produzida a prova, poderá se verificar a ausência de necessidade de prestação jurisdicional e, conseqüentemente, de interesse processual⁵⁵⁹. É o que ocorre com a ação destinada à produção de prova sobre contabilidade da empresa em que pese tais informações já tenham sido apresentadas⁵⁶⁰.

3.6 O CONTROLE DA PROVA E O CONTRADITÓRIO DO REQUERIDO

Se de um lado o direito à prova pode ser relativizado em face a outros interesses presentes no ordenamento, de outro sua autonomia não significa incondicionalidade⁵⁶¹. Os limites ao direito à prova devem ser observados também na sua produção autônoma⁵⁶² e, havendo previsão legal específica (como ocorre com o

⁵⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.], Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: réquiem?, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 462

⁵⁵⁹ STJ, REsp 1349453/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015

⁵⁶⁰ “A outra matéria que pode ser alegada é a falta de interesse de agir do autor, fundada na desnecessidade da medida por já existir balanço de verificação específico e especialmente elaborado para o cálculo dos haveres da sociedade que se deseja avaliar, devidamente aceito e assinado pelo autor da medida antecipatória. O interesse de agir poderá ser alegado também no fato de não existir intenção do autor ou dos demais sócios na dissolução. Esse fato, apesar de raro para ser alegado no início do processo logo na apresentação de defesa, pode ocorrer no curso do processo pela composição das partes quanto à dissolução em si (sua desistência, com a continuação dos negócios sociais pelo autor e pelos demais sócios) ou mesmo quanto ao balanço de verificação (composição quanto ao valor a ser pago). Nesses casos haverá perda superveniente do interesse de agir, o que da mesma forma tem o condão de extinguir o processo sem julgamento de mérito”. SILVA, João Paulo Hecker da. **Processo societário: tutelas de urgência e da evidência**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 274

⁵⁶¹ “Como igualmente salientado, preconizar caráter autônomo para o direito à prova não significa desvinculá-lo totalmente da relação de direito material nem, tampouco, afirmar que o respectivo exercício seja incondicionado. Aliás, quando a doutrina e a jurisprudência afirmam a desnecessidade de o autor referir e, depois, de propor a ‘ação principal’ e – pior- quando afirmam não haver constrição na antecipação, incidem em paradoxo evidente, porque, ao mesmo tempo em que buscam restringir o cabimento da medida, atrelando-a à exigência de alegado perigo, toleram que o seu exercício se dê de forma indesejavelmente ampla e, como já foi exposto antes, de sorte a proporcionar abuso; que – de volta ao problema acima tratado – pode e deve ser reprimido, que se qualifique a medida, ou não, como típica medida cautelar”. In: YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova...**p. 421.

⁵⁶² “Daí ser lícito – como se passa genericamente com a ação – submeter o concreto atendimento do direito a prova a certas condições, em uma técnica sabidamente destinada a evitar atividades inúteis, desnecessárias, não razoáveis ou, ainda, desproporcionais. Tais condições, no direito à prova – e aí, então, de forma diversa do eu usualmente ocorre –, serão colhidas tanto no plano material quanto no processual, dada a ligação mais óbvia da prova com o processo (quer aquele instaurado pelo exercício do direito à prova, quer o processo declaratório que se possa, quando menos, divisar” YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova...** p. 321.

fornecimento de dados e registros na *internet*, pelo art. 22 da Lei 12.965/2014), seus requisitos devem se sobrepor ao regime geral previsto no art. 381 e seguintes do CPC/15⁵⁶³.

Além disso, é necessário que o julgador evite que a produção antecipada da prova se torne ineficiente ou resulte em prejuízos intoleráveis ao requerido – ocasionando uma devassa processual ou *fishing expedition*⁵⁶⁴. Esse controle se dá, principalmente, pela exigência de que o pedido de produção da prova seja *certo* e *determinado*, por três razões: (i) pedidos genéricos impossibilitam a concretização do contraditório; (ii) a indeterminação do pedido compromete o princípio da inércia jurisdicional; e (iii) o pedido indeterminado prejudica o princípio da adstrição⁵⁶⁵.

Além disso, é necessário que o julgador verifique se há correlação entre as razões declinadas pelo requerente para produção autônoma de prova e a prova que, efetivamente, pretende produzir⁵⁶⁶.

É importante, ainda, que a produção autônoma de provas não seja utilizada como forma de obter acesso a documentos, comunicações ou dados. Nesses casos, além de se tratar de pedido que não merece prosperar, pode se mostrar cabível a aplicação de penalidades pela conduta abusiva da parte⁵⁶⁷.

⁵⁶³ ALVIM, Teresa Arruda. Direito Probatório – Prova e Tecnologia, in **Processo, Ciência e Tecnologia...** p. 159.

⁵⁶⁴ “De igual modo, admitir pedidos genéricos de exibição de documentos poderia abrir as portas à perniciosa prática conhecida como *fishing expedition*, segundo a qual a parte busca o acesso indiscriminado a documentos e coisas da outra parte, sem saber exatamente o que procura, mas na esperança de encontrar algo que lhe possa ser favorável na arbitragem; ou então, interessada em determinada informação confidencial, a parte requerente vai atrás de todos os documentos possíveis que possam lhe dar essa informação, ainda que os documentos, ou a própria informação, sejam irrelevantes à arbitragem”. in: LUCCA, Rodrigo Ramina de. Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem. **Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 259

⁵⁶⁵ MONTEIRO NETO, João Pereira. Pedido genérico: reflexões à luz do novo Código de Processo Civil, in. **Revista de Processo**, vol. 243. 2015. pp. 59-80.

⁵⁶⁶ “A atuação do juiz nesse sentido é extremamente importante para evitar que a produção prévia da prova torne a resolução de conflitos ineficiente, o que vai justamente contra a função precípua do instituto – a de empregar eficiência na resolução de conflitos. [...] Nesse sentido, para evitar problemas como o excesso de custos e de tempo, o juiz deverá analisar a pertinência entre a prova requerida e os fatos narrados, ainda que de forma sumária, pelo requerente da prova”. In: ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019. pp. 162 e 163

⁵⁶⁷ “Isso não quer dizer, por óbvio, que a produção antecipada de prova poderá ser abusiva – aproximando-se de um ‘*fishing expedition*’ -, desleal ou configurar algum tipo de prática ilícita. Além de o CPC conter formas de sancionar a parte que abusa de um direito (e.g., condenação em litigância de má-fé por proceder de modo temerário no processo ou usar do processo para atingir objetivo ilegal, bem como respeitar o dever de não produzir provas inúteis ou desnecessárias à declaração ou à defesa de um direito), caberá ao magistrado avaliar a pertinência e a relevância das provas que

O requerido tem direito ao contraditório, antes, durante e depois da produção da prova. É bem verdade que o art. 382, §4º, dispõe que não se admite defesa ou recurso, mas essa limitação deve ser entendida em relação à futura e eventual demanda de interesse do autor⁵⁶⁸, sob pena de inconstitucionalidade⁵⁶⁹. Em outras palavras, a limitação à defesa não importa na impossibilidade de se questionar a produção da prova, mas sim em limitação horizontal dos argumentos que podem ser suscitados pelo requerido⁵⁷⁰. E isso se justifica porque, se de um lado o requerente alega o direito de produzir a prova, de outro, o requerido pode suscitar o direito de vê-la inadmitida⁵⁷¹.

Podem, portanto, ser suscitadas pelo requerido, três matérias de defesa: (i) a existência de defeitos processuais ou ausência dos pressupostos processuais; (ii) as matérias direcionadas à irrelevância ou impertinência da prova; ou (iii) a violação a algum dos limites externos da prova, caracterizada pela violação a direitos materiais do requerido ou de terceiros.

se pretende produzir [...]”. YARSHELL, Flávio Luiz; VAUGHN, Gustavo Favero; FERNANDEZ, Michael. A produção antecipada de prova sem o requisito de urgência, *Discovery* e processo: algumas reflexões em prol da possível maximização do art. 381, II e III, do CPC. YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Londrina: Thoth, 2024

⁵⁶⁸ Nesse sentido: “Se a prova é antecipada porque determinada perícia precisa ser feita, para evitar o perecimento do bem a ser examinado, e se essa perícia será oportunamente usada para instruir um pedido indenizatório, o que ali se diz é que não pode haver defesa quanto à pretensão indenizatória. Não importam, nesse momento e nesse procedimento, as razões de parte a parte acerca de suas pretensões quanto à ação principal. Mas é evidente que o réu poderá apresentar sua defesa quanto à antecipação da prova em si”. In: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil**...p. 98.

⁵⁶⁹ “A norma é expressa em indicar que neste tipo de procedimento não se admite defesa ou recurso (§4º), contudo a Constituição Federal garante o amplo direito de defesa em todos os processos e procedimentos, sendo assim, o juiz deve garantir que o interessado possa contestar a pertinência do procedimento, assim como possa participar da prova [...]” in: ARAÚJO JUNIOR, Gediel Claudino de. **Código de Processo Civil Anotado: dicas de prática jurídica**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 259

⁵⁷⁰ NIHADA, Karla Saory Moriya; A defesa do réu na ação probatória, in. **Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos** - org. Bruno Augusto Sampaio Fuga, Daniel Colgano Rodrigues, Thiago Caversan Antunies – Londrina, Thoth, 2019. p. 330.

⁵⁷¹ “Daí porque, de fato, não parece equivocado compreender que o direito à prova é um dos versos da medalha, sendo o outro precisamente o direito à exclusão – ou, no caso da produção antecipada de prova, à não produção – da prova que não preenche os requisitos de admissibilidade do ordenamento jurídico”. In: YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. *Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: réquiem?*, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. pp. 462 e 463

Apesar disso, o indeferimento da produção antecipada de provas deve ser realizado com cautela, em atenção ao assento constitucional do qual goza o direito tutelado, mediante fundamentação coerente⁵⁷².

3.7 A NATUREZA DA SENTENÇA DAS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS

A sentença nas ações probatórias autônomas é controversa, tendo em vista que o procedimento descrito, apesar de constante no Título destinado ao procedimento comum, contém regras e limitações que denotam caráter de especialidade.

Essa circunstância, somada ao reconhecimento de inexistir coisa julgada material nas ações probatórias autônomas⁵⁷³, faz com que se afirme que a sentença é meramente terminativa. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara, entende que o pronunciamento é “meramente formal, limitando-se a declarar que a prova foi colhida, mas sem emitir sobre seu conteúdo qualquer pronunciamento (art. 382, § 2º)”⁵⁷⁴.

Para José Henrique Mouta Araujo e Vinicius Silva Lemos, o conteúdo da sentença é declaratório e homologatório da validade da prova produzida: “o juízo declara a constituição daquela prova, nos moldes de sua própria produção em contraditório e homologa a validade desta, com o encerramento da jurisdição, uma vez que ocorreu o esvaziamento da própria finalidade do processo”^{575_576}.

⁵⁷² Ainda na vigência do CPC/1973: “A esse propósito, aceita a premissa de que o direito à prova tenha assento constitucional (porque contido na garantia da ação e do controle jurisdicional”, a negativa da antecipação deve ser vista com grande ressalva e, em princípio, somente se justifica por fundamentos compatíveis com restrição dessa ordem. Do contrário reduzir-se-ia o direito à prova às hipóteses de conservação da mesma, nas quais é produzida preliminarmente apenas diante do risco da respectiva perda; o que, obviamente, seria a negação pura e simples do direito à prova, nos termos aqui preconizados”. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova...**p. 322.

⁵⁷³ É o que entende a jurisprudência consolidada do STJ: “A decisão proferida na ação cautelar de produção antecipada de provas é meramente homologatória, que não produz coisa julgada material, admitindo-se que as possíveis críticas aos laudos periciais sejam realizadas nos autos principais, oportunidade em que o magistrado fará a devida valoração das provas. Precedentes” (AgInt no AREsp n. 1.736.270/PR, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe de 30/6/2021).

⁵⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** ... p. 259.

⁵⁷⁵ ARAUJO, José Henrique Mouta. LEMOS, Vinicius Silva. A produção antecipada de provas como um procedimento especial e sua necessária sistematização, in. **Revistas de Processo**, vol. 339, 2023. pp. 165-201.

⁵⁷⁶ No mesmo sentido: “Há, portanto, um caráter declaratório no processo formado para produção antecipada da prova. O acerto limita-se à prova realizada e, enquanto tal, impede rediscussão ou reiteração da prova em processo futuro [...]”. In. PACHOAL, Thaís Amoroso. PASCHOAL, Thaís

Eduardo Talamini aponta, além da natureza declaratória do provimento, seu caráter (pré)constitutivo em relação à prova produzida: “a sentença que encerra o procedimento (art. 203, §1º) declara a regularidade da prova produzida e constitui (pré-constitui) a prova para eventual uso subsequente”⁵⁷⁷.

Paulo Osternack Amaral, por sua vez, acrescenta a afirmação do direito de produzir a prova antecipadamente ao alcance declaratório da sentença: “Essa sentença terá eficácia declaratória e constitutiva. Declarará o direito do autor [...] de produzir a prova antecipadamente e que a prova foi produzida de maneira regular. Constituirá a existência da prova propriamente dita”⁵⁷⁸.

“[...] a sentença não é homologatória (salvo nas hipóteses expressas do art. 478, III, do CPC) por clara previsão legal. A extinção da ação de produção antecipada da prova será por sentença de procedência ou improcedência. Por fim, sobre esse ponto em questão, a sentença não é homologatória por clara ausência de previsão legal (CPC, art. 515, II, III, VIII, 572 §1º, 597 §2º, 659, 731, 960)”⁵⁷⁹.

Com isso, Bruno Fuga atinge a conclusão de que a sentença proferida na ação de produção antecipada de provas tem natureza declaratória e constitutiva⁵⁸⁰. Em estudo posterior, o autor afirma que “assim como a sentença do mandado de segurança pode ser considerada condenatória, constitutiva, executória, a sentença na produção antecipada de provas também poderá ter essas naturezas”⁵⁸¹.

“Ocorre que a sentença da produção antecipada da prova, em regra (exceção feita àquela que indeferir totalmente a produção da prova) não se sujeitará a apelação, pois se limitará a declarar (ou homologar) a higidez da prova produzida, de modo que não seria possível impugnar decisões interlocutórias em sede de apelação, pois em geral não haverá interesse em recorrer de tal sentença”⁵⁸².

Amoroso. **A coletivização da prova:** técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 277 e 278.

⁵⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015, in. **Revista de Processo**, vol. 260, 2016. pp. 75-101.

⁵⁷⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis...** p. 66

⁵⁷⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio. RODRIGUES, Daniel Colgano. ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021. pp. 121-135. p. 133.

⁵⁸⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio. RODRIGUES, Daniel Colgano. ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021. pp. 121-135. p. 132.

⁵⁸¹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Produção antecipada da prova:** procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 170

⁵⁸² ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova:** Estratégia, eficiência e organização do processo. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 223.

Apesar da divergência doutrinária, é seguro afirmar que a sentença proferida tem caráter declaratório quanto ao direito autônomo de produzir determinada prova – que não se confunde com o direito de vê-la admitida em um processo futuro e eventual – e constitutivo, quando sua produção tenha dependido da intervenção do Poder Judiciário – o que não ocorre com a prova documental, que é previamente constituída. Nenhum desses efeitos se confundem com a admissão da prova no futuro e eventual processo que será movido por qualquer das partes.

3.8 A ESTABILIDADE DA SENTENÇA DAS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS E SEUS EFEITOS.

Há controvérsia quanto à estabilidade da decisão terminativa das ações probatórias autônomas. Há, em síntese, três posicionamentos a respeito da produção autônoma de provas: (i) a inexistência de qualquer estabilidade; (ii) a existência de coisa julgada material; e (iii) a existência de estabilidade incompleta da prova. O argumento de que falta qualquer estabilidade à produção antecipada de provas encontra correspondência no procedimento de audiência antecipada prevista no CPC italiano, que, prevê expressamente que a prova produzida antecipadamente não tem sua admissibilidade ou relevância declaradas e não impede sua renovação pelo juízo competente^{583_584}.

A afirmação de que a sentença que extingue o processo de produção antecipada de provas não forma coisa julgada, para Bruno Fuga, encontra-se em contradição com o reconhecimento de um direito material à prova, bem como à

⁵⁸³ “Art. 698 (Assunzione ed efficacia delle prove preventive) *Nell'assunzione preventiva dei mezzi di prova si applicano, in quanto possibile, gli articoli 191 e seguenti. L'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito. I processi verbali delle prove non possono essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso*”

⁵⁸⁴ Em análise do dispositivo: “*Ciò implica che queste prove vengano assunte senza il preliminare vaglio di ammissibilità e rilevanza, che verà tuttata effettuato nel giudizio prima di consentire l'ingresso ai verbali delle prove assunte in sede di instruzione preventiva*”. In: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. **Lezioni sul processo civile**, 2. ed. Bolonha: il Mulino, 1998. p. 622

pretensão legislativa de autonomia do procedimento a qualquer futura e eventual demanda^{585_586}.

Para quem assim entende, a estabilidade, como qualidade dos efeitos da sentença, dependeria da forma de condução do próprio processo de produção antecipada de provas e de haver ou não resistência à produção de provas. Nessa hipótese, caso o requerido resista à produção de provas “haverá a formação de um objeto litigioso, o qual poderá ser julgado por sentença de mérito, que possui aptidão para a coisa julgada material”⁵⁸⁷.

Nessa posição, o fato de se tratar de procedimento diferenciado não seria obstáculo à formação de coisa julgada, desde que houvesse a consolidação do contraditório⁵⁸⁸. Consequentemente, “existindo debate e o juiz se pronunciando, há coisa julgada. Não existindo o debate e o juiz não se pronunciando, não haveria coisa julgada”⁵⁸⁹.

Apesar dos argumentos apresentados por essa corrente doutrinária, a afirmação de que há coisa julgada na produção antecipada de provas claramente se encontra em contrariedade com o escopo do processo – a produção da prova, sem qualquer valoração a seu respeito ou análise do mérito de futura e eventual demanda, bem como com a possibilidade de reapreciação da produção probatória pelo juízo de futuro e eventual processo. Há, também, quem sustente que o processo de produção antecipada de provas goze de estabilidade extraprocessual que não se confunde com

⁵⁸⁵ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Produção antecipada ...** p. 178 e 179.

⁵⁸⁶ No mesmo sentido: HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. Os limites objetivos da coisa julgada nas ações probatórias autônomas... pp. 315-334.

⁵⁸⁷ “Caso não exista resistência, verifica-se que a sentença apenas possuirá natureza decalratória e homologatória da prova, não sendo possível ao juiz qualquer juízo acerca das provas produzidas. Entretanto, caso exista resistência, haverá a formação de um objeto litigioso, o qual deverá ser julgado por meio de sentença de mérito, que inclusive possui aptidão para a coisa julgada material, ao menos no tocante às matérias discutidas, a exemplo da existência ou inexistência do direito autônomo à prova” in: PESSOA, Thiago Simões. **Ação coletiva de produção antecipada de provas**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 79

⁵⁸⁸ Nesse sentido, em relação a procedimentos sumários: “A parte demandada pode defender-se perfeitamente em um procedimento sumário. Às vezes, a lei restringe as possibilidades de defesa, mas isso não tem nada a ver com o fato de que a decisão que se pronuncie deva ou não ter efeito de coisa julgada. A decisão de um procedimento sumário requer estabilidade, fundamentalmente, porque é uma perda de tempo discutir outra vez o que já foi debatido, e portanto, não tem nenhum sentido reiterar o juízo. E, por isso, deve ter efeitos de coisa julgada a decisão destes procedimentos” in: NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa Julgada**. Antônio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 182

⁵⁸⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Produção antecipada da prova...** p. 179

a coisa julgada material⁵⁹⁰. É o que defende Carolina Costa Meireles: “embora não seja atingido pelos efeitos da coisa julgada, é dotado de estabilidade processual, cuja eficácia se projeta para fora do processo no qual se operou”⁵⁹¹. Para a autora, “se fosse admitir que os atos processuais decorrentes da produção antecipada de prova não são geradores estabilidade, quebrar-se-ia com a calculabilidade e confiabilidade do sistema”⁵⁹², razão pela qual o julgador não poderia deixar de admitir a prova produzida antecipadamente ou rever os atos decisórios proferidos na demanda autônoma⁵⁹³.

Embora se concorde com a afirmação de que a produção autônoma de provas goza de alguma estabilidade, o mesmo não pode ser dito quanto à vinculação do julgador do processo principal com a prova produzida ou os atos instrutórios realizados. Para análise da questão, faz-se necessário rememorar que a ação de produção autônoma de provas tem objeto bastante específico: o direito de produzir uma prova autonomamente, e não o direito a prova em sentido amplo – como direito de *provar algo*.

Isso significa que, ainda que a argumentação apresentada para justificar a admissibilidade da prova seja semelhante, o objeto e resultado são completamente diversos: no processo comum se produz uma prova em relação a *uma pretensão material*, o que não ocorre produção autônoma. O conteúdo declaratório da decisão que, em procedimento iniciado com fundamento nas hipóteses do art. 381, é de que existe direito material à obtenção da prova, não que ela poderá ser usada em um processo. Disso decorre a conclusão (indesejável, tendo em vista o tempo, recursos e expectativas envolvidas) de que o julgador poderá, fundamentadamente, decidir pela necessidade de refazimento da prova caso constate sua insuficiência ou invalidade. Por isso, concorda-se com Eduardo Talamini que indica que a estabilidade da sentença da produção autônoma de provas, quanto à prova produzida, é precária:

⁵⁹⁰ Adota-se, nesse caso, a posição de Antonio do Passo Cabral: “[...] é um erro imaginar, na esteira da tradicional associação da coisa julgada com sentença final de mérito no processo de conhecimento que nenhuma outra decisão ou questão em outro tipo de processo possa adquirir estabilidade. Também as decisões de tutela provisória são estáveis, mas sua estabilidade é reduzida ou mitigada”. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 545

⁵⁹¹ MEIRELES, Carolina Costa. A estabilidade processual decorrente do procedimento antecipado de prova, in. **Civil Procedure Review**, v. 13, 2022. p. 117.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 118.

⁵⁹³ MEIRELES, Carolina Costa. **A estabilidade**... p. 127.

“atestada na sentença, é passível de revisão em futuro processo em que venha a ser usada”⁵⁹⁴.

De outro lado, há estabilidade em relação à conduta das partes: quem, por inércia, deixou de participar da produção da prova ou não apresentou defesa quanto à admissibilidade da produção da prova não poderá fazê-lo no processo principal no que coincidir com o processo principal. Ilustrativamente: se “A” requer a produção de prova pericial em face de “B”, que não indica (mesmo tendo conhecimento) a incidência de regra de sigilo e a suspeição do perito, a prova poderá ser admitida em processo futuro sem que “B” possa apresentar irresignação quanto a esses pontos.

Essa estabilidade decorre não da decisão judicial, mas deriva do conteúdo volitivo das declarações da fato pelas partes no processo, que, em observância do dever de cooperação e da boa-fé processual, vincula-as⁵⁹⁵. A estabilidade trazida pelas declarações da parte implica, também, a impossibilidade de se extrair benefício da contradição: “a parte que agir desse modo terá o ônus de não poder se beneficiar de sua contradição – ou seja, não poderá fazer uso dessa prova posteriormente e, tampouco, obter vantagem processual decorrente da inexistência da prova.”⁵⁹⁶.

Feitas essas considerações, conclui-se que preliminarmente, que a decisão que extingue o processo de produção autônoma de provas só pode ser entendida como estável em referência à afirmação da existência ou inexistência do direito autônomo da prova; para os resultados, validade ou conclusões atingidas, não. A conduta das partes, por outro lado, vincula-as a, em observância ao dever de boa-fé e cooperação processual, não praticar condutas contraditórias com aquelas desenvolvidas anteriormente. Isso significa que quem afirma não deter posse de

⁵⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo ...** p. 596

⁵⁹⁵ “A reflexividade do contraditório-influência nos remete à incorporação da alteridade no planejamento dos atos do processo. Assim, as omissões também se colocam no contexto da sinalização de um padrão estável de conduta pelo sujeito omitente, criando uma expectativa de que o comportamento inicial se mantenha. A expectativa criada pela inérgica repercute no comportamento dos demais sujeitos, que passam a programar-se e a praticar condutas com base na confiança gerada, E, como afirmado em doutrina, a base da confiança também pode ser decorrente de condutas passivas, por inatividade. Esta ideia traz importantes consequências para o sistema das estabilidades, especialmente na inadmissibilidade de condutas logicamente incompatíveis com o padrão de comportamento anterior. Nesse sentido, alguns ordenamentos do *common law* desenvolveram institutos como o *promissory estoppel*, e a jurisprudência japonesa, cujo sistema de estabilidades é fundado na boa-fé e na proteção da confiança, forjou requisitos de incompatibilidade lógica de condutas recorrentemente aplicados no cotidiano forense nipônico”. In: CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...** p. 564

⁵⁹⁶ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova...**p. 152

documento em ação probatória autônoma, não poderá fazer uso dele para se beneficiar em futura e eventual ação declaratória; quem deixa de participar de perícia, não poderá alegar cerceamento de defesa e/ou incompletude da prova⁵⁹⁷.

De qualquer modo, havendo novidade nos elementos fáticos, pode sobrevir causa que permita a adoção do comportamento que, inicialmente, seria considerado contraditório⁵⁹⁸: a parte que afirmava não possuir a prova pode dela ter tomado conhecimento e, com isso, romper com a estabilidade trazida pela sua alegação anterior. Nesse caso, incumbirá à parte, também, demonstrar a novidade da situação fática que permite mudança quanto ao afirmado a respeito da prova em relação ao processo anterior.

4 AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS E ARBITRAGEM

As conclusões atingidas nos capítulos anteriores permitem a compreensão de que o direito à prova pode ser exercido autonomamente em um processo com natureza litigiosa e direito à defesa. É direito disponível, que pode ou não ser exercido pela parte – condicionado ou não à instauração da arbitragem. Permite-se entender, nesse cenário, que litígios envolvendo, ainda que exclusivamente, o direito à prova podem ser objeto de convenção de arbitragem.

⁵⁹⁷ Em outro exemplo: “A conduta da parte também deve ser analisada para fins de qualificar a estabilidade e eficácia da prova produzida na produção antecipada da prova. Exemplo seria a oitiva da testemunha, em que a parte ré/interessada não faz perguntas, demonstrando total desinteresse na produção da prova (passividade). No entretanto, em posterior processo declaratório, afirma ter a necessidade da complementação da prova – trata-se claramente de comportamento contraditório. Igualmente, os réus/interessados podem (têm também o ônus de) manifestar e contestar na produção antecipada de provas, sua conduta (ou não conduta que poderia dar preclusão ou possível revelia) deverá ser analisada para fins de ser deferida eventual complementação probatória ou repetição total da prova em processo declaratório posterior (CPC, art. 5, boa-fé)”. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Teoria geral do processo e a produção antecipada da prova... in: YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. Londrina, Thoth, 2024. p. 152.

⁵⁹⁸ “Tais marcos de estabilização deixam de todo modo passagens para o aporte de novos elementos fáticos, no eixo lógico, relacionados ao mesmo objeto do processo já delineado. Para tanto, é necessário que a novidade dos elementos fático-probatórios decorra, objetivamente, de superveniência temporal em relação aos marcos anteriores ou, subjetivamente, de justo impedimento para a prévia realização do aporte (tanto o desconhecimento inimputável como outros motivos que possam, em concreto, evidenciar justa causa)”. In: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Fatos e provas novos no processo civil** [livro eletrônico]: momento da alegação e da prova. Ação rescisória. Ação Revisional. Renovação da Ação Coletiva. Thomson Reuters: São Paulo, 2023. p. RB-10.1

Os próximos capítulos passam a analisar a jurisdição do tribunal arbitral e as medidas que podem ser adotadas na arbitragem para a produção autônoma de provas.

4.1 A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL NAS AÇÕES PROBATÓRIAS

Considerando a arbitrabilidade das disputas envolvendo o direito à produção autônoma à prova⁵⁹⁹, podem as partes convencionar, por meio de cláusula compromissória ou acordo de arbitragem, que tais disputas serão submetidas ao crivo de tribunal arbitral⁶⁰⁰.

Havendo previsão específica, não há dúvidas quanto à jurisdição do tribunal arbitral⁶⁰¹. Em caso de omissão da cláusula compromissória a questão se torna controversa: em tese, a autonomia do direito à prova poderia afastá-lo da relação jurídica coberta pela cláusula arbitral, em especial quando a medida não se fundamenta na urgência⁶⁰². A jurisdição do tribunal arbitral, nos diferentes cenários que podem ser identificados, passa a ser analisada nos tópicos abaixo.

4.1.1 A ação autônoma de provas com natureza cautelar e hipóteses de urgência excepcional.

As tutelas provisórias tem fundamento na necessidade de se garantir a adequada tutela dos direitos em disputa em um processo, para que o tempo necessário à prestação jurisdicional não cause danos à parte⁶⁰³. São características

⁵⁹⁹ “As hipóteses cogitadas no artigo 381, incisos II e III aplicam-se perfeitamente à arbitragem, enquanto meio de solução de conflito, e, também, quanto ao mero conhecimento da matéria fática, que poderá melhorar o embasamento fático, ou mesmo levar à não instituição da arbitragem, ensejando a autocomposição” in: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas e arbitragem**. 2021. 284. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Unidade de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 186

⁶⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, in: **Revista de Processo**, vol. 260, 2016. p. 80.

⁶⁰¹ PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; LEITE, Amanda Kalil Soares. A produção antecipada de provas sem o requisito da urgência e a arbitragem... p. 365 e 366.

⁶⁰² A questão é postem por Arthur Ferrari Arsuffi: “A questão mais árdua se apresenta quando, havendo compromisso arbitral fixado entre as partes, se analisa a competência para conhecer a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência”, in: ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova...** p. 181

⁶⁰³ “A morosidade da resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda a eficácia prática da tutela, representando uma grave injustiça para quem depende da Justiça Estatal. Daí a necessidade de

marcantes de toda tutela liminar a urgência, a cognição sumária, a provisoriedade e a revogabilidade⁶⁰⁴.

A urgência se qualifica pelo risco de dano de difícil ou impossível reparação⁶⁰⁵; a cognição sumária se qualifica pelo conhecimento superficial que o julgador tem sobre o caso⁶⁰⁶; a provisoriedade e revogabilidade da tutela provisória significa a possibilidade modificá-la ou revogá-la a qualquer tempo, o que pode se dar de ofício ou a requerimento das partes^{607_608}.

A possibilidade de concessão da tutela antecipada de urgência é prevista expressamente na LArb, desde sua redação original. É de se notar que as alterações promovidas pela Lei 13.129/2015 responderam antiga crítica ao art. 22, §4º, da Lei 9.307/96⁶⁰⁹, agora revogado, que previa que: “Ressalvado o disposto no §2º, havendo

mecanismos de aceleração do procedimento em juízo, como é o caso da liminar. Por outro lado, o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa (princípio do devido processo legal para assegurar a segurança jurídica). Daí se estabelecer uma aparente contradição entre a necessidade de efetiva tutela do direito subjetivo e a garantia ao seu opositor das faculdades inerentes ao contraditório e ampla defesa como corolários do devido processo legal numa ótica substancial. Diz-se aparente porque, por exemplo, no caso das liminares, vamos ter justamente esse necessário equilíbrio, pois a efetiva tutela impõe esse adiantamento provisório nos casos de urgência.” SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência: sistematização das liminares** – São Paulo: Atlas, 2011. p. 91.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁰⁵ “O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (= o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (= o potencialmente apto a fazer parecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado” in: ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80

⁶⁰⁶ “Importa destacar desde já que a sumariedade da cognição, que caracteriza os provimentos provisórios em análise, não significa que o juiz deva ter conhecimento de parte dos atos, mas sim que deva ter conhecimento superficial deles, que será aprofundado no curso do processo, antes da prolação da decisão final, após cognição exauriente, ressalvada a possibilidade de estabilização da tutela requerida em caráter antecedente [...]”, in: ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 22 e 23

⁶⁰⁷ PIZZOL, Patrícia Miranda; MIRANDA, Filson Delgado. A tutela de urgência como instrumento de acesso à justiça, in: **Revista de Processo**, vol. 302, 2020. pp. 175-216.

⁶⁰⁸ A exceção à provisoriedade é o caso da tutela antecipada em caráter antecedente que se torna estável e não é questionada em outra demanda. ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32

⁶⁰⁹ Nesse sentido: “Coube à jurisprudência dirimir as dúvidas e conferir soluções para que o processamento das medidas cautelares e de urgência garantissem às partes o acesso à jurisdição, sem, contudo, prejudicar ou esvaziar a própria arbitragem. Para corrigir essas e outras imprecisões contidas na Lei de Arbitragem, o Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas com a finalidade de revisar e modernizar a Lei. A Comissão, por meio da liderança ponderada do Ministro Luis Felipe Salomão, elegeu como premissa básica a ideia de reforçar e prestigiar o instituto, afastando a desconfiança inicial que pode ter sido despertada na comunidade arbitral brasileira de que a iniciativa legislativa representaria algum risco de retrocesso aos avanços alcançados em tão pouco tempo. Pelo contrário, as mudanças sugeridas pela Comissão foram pontuais, não alteraram a estrutura da

necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”. Sua redação era criticada porque: “pode[ria] o induzir o intérprete da lei à falsa ideia de que as medidas cautelares devem ser requeridas necessariamente perante a jurisdição estatal”^{610,611}.

A previsão legal não deixa dúvida quanto à possibilidade de o tribunal arbitral conceder a tutela de urgência, inclusive de natureza cautelar/assecuratória, podendo recorrer ao Poder Judiciário para garantir a efetividade das medidas necessárias – já que lhe falta poder de império⁶¹².

Em razão da inaplicabilidade da lei processual, os critérios para concessão da tutela cautelar ou antecipada sem a oitiva da parte contrária podem diferir do processo conduzido perante o juízo togado, embora sejam, em geral, acatados os mesmos critérios de probabilidade de direito e risco de dano.

A Lei Modelo da UNCITRAL, em seu art. 17-A⁶¹³, estabelece como critérios para concessão de medida cautelar: (a.i) o *periculum in mora*, qualificado pelo risco de dano que não poderá ser reparado se a medida não seja concedida; (a.ii) a inexistência de dano reverso ou que ele seja justificável em razão do dano a ser evitado; e (b) a probabilidade do direito alegado⁶¹⁴. Há no dispositivo, importante

Lei, e, na maior parte das vezes, pautou-se pela incorporação ao texto legal da interpretação favorável desenvolvida pela jurisprudência nacional, especialmente aquela emanada do STJ”. ROCHA, Caio Cesar Vieira. Medidas cautelares e urgentes na arbitragem: nova disciplina normativa, in. ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação...** p. 43

⁶¹⁰ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Reflexões sobre a Tutela Cautelar na Arbitragem, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 7, 2005. p. 34

⁶¹¹ A esse respeito: “Desde logo, percebe-se que ele falhava em três aspectos fundamentais: primeiro, não havia qualquer menção às cautelares ou medidas urgentes preparatórias; em segundo lugar, confundia quanto à posição em que era contextualizado no diploma legal; e, por fim, possuía redação ambígua quanto à qual autoridade seria competente para decidir.” ROCHA, Caio Cesar Vieira. Medidas cautelares e urgentes na arbitragem: nova disciplina normativa, in. ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação...** p. 38

⁶¹² “Em relação às medidas cautelares e de urgência, o fato de o juízo arbitral não ter poderes para executar as suas próprias decisões não é impeditivo para a prolação de medidas constritivas de bens, cuja execução pode demandar auxílio de órgão judicial.”. In: CERZETTI, Sheila C. Neder. FERREIRA, Mariana Martins-Costa. In... p. 1206

⁶¹³ Lei Modelo da UNCITRAL: “*Article 17-A. Conditions for granting interim measures. (1) The party requesting an interim measure under article 17(2)(a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that: (a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and (b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.*”

⁶¹⁴ NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista. Medidas cautelares em arbitragem, in. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro. **20 anos da lei de arbitragem** [livro eletrônico]: homenagem a Petrônio R. Muniz, 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 449

ressalva quanto às medidas de urgência destinadas à salvaguarda de provas, casos em que “os requerimentos dos parágrafos (1) (a) e (b) desse artigo devem se aplicar somente na extensão que o tribunal considerar apropriado”⁶¹⁵. Alinha-se, com isso, ao apontamento da doutrina estrangeira de que os quesitos para concessão de medidas de urgência destinadas à salvaguarda de provas não devem se sujeitar aos mesmos requisitos do que comumente se adota para os demais casos⁶¹⁶⁻⁶¹⁷. É como decidiu o tribunal arbitral no caso *Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania*:

“In the Arbitral Tribunal’s view, BGT’s request that this evidence be preserved is reasonable. Until a view can be taken as to the relevance and materiality of such evidence, the safest course at this early stage of the proceedings is to ensure that no adverse step is taken in relation to the same. To this extent, BGT has clearly identified the right which it seeks to preserve by means of the requested provisional measure. It has also identified the measures the recommendation of which is requested. The Arbitral Tribunal also considers that the requirements of necessity and urgency are met, the former because of the potential need for the evidence in question, and the latter because there is a need for such evidence to be preserved before the proceedings progress any further (e.g. to enable each party properly to plead their respective cases)”⁶¹⁸.

Apesar disso, há precedente no sentido contrário. No caso *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala* o tribunal arbitral entendeu que a ausência de perigo de destruição ou perdimento de documentos era razão para negar a tutela assecuratória requerida⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Tradução livre. Lei Modelo da UNCITRAL: “(2) *With regard to a request for an interim measure under article 17(2)(d), the requirements in paragraphs (1)(a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate*”.

⁶¹⁶ “*There may be reason to question whether provisional measures that are sought for the purpose of preserving documentary evidence should be subject to the same standard as described above. Some have suggested that the real issue in regard to request concerning evidence centre on relevance, not the issues of urgency, harm and prejudice*”. In: O’MALLEY, Nathan D. **Rules of evidence in international arbitration: na annotated guide**. London: InformaLaw, 2012. p. 103

⁶¹⁷ “*Generally, a party applying for an interim measure must provide justification to the tribunal as to why action is needed before the rendering of a final award. Thus, grounds of urgency must be demonstrated showing that the need for the measure is immediate. To the extent that a party is seeking the actual disclosure via a provisional measure, the test of ‘urgency’ would require the moving party to demonstrate why its request cannot wait for the scheduled document production phase*” O’MALLEY, Nathan D. **Rules of evidence in international arbitration: na annotated guide**. London: InformaLaw, 2012. p. 102

⁶¹⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0087.pdf>

⁶¹⁹ “*To prove the need and urgency of the provisional measures, the Claimant relies on destruction or loss of documentation during the 2004 and 2008 changes of administration in Guatemala and the frequent changes in high positions in the administration of President Colom. [...] No evidence has been presented that during the course of 2008 documents have been destroyed or lost by the current government of Guatemala or that the destruction of relevant documents is imminent because of the existence of this arbitration. A change of government in the normal course of constitutional transfer of*

A análise da jurisdição do tribunal arbitral para analisar pedidos de tutela de urgência relacionadas à produção de provas depende do momento em que requerida a medida: se antes ou depois da instauração do tribunal arbitral. Antes de instaurado o tribunal arbitral, a menos que as partes tenham disposto em sentido contrário ou que haja previsão do uso de árbitro de emergência⁶²⁰, o juízo estatal será competente para conhecer da medida, em atendimento ao art. 22-A, da LArb⁶²¹. É o que aponta Eduardo Talamini:

“Em regra, antes de instaurado o tribunal arbitral, compete ao juiz estatal às medidas urgentes e preparatórias relativas a conflito acobertado por convenção arbitral [...]. Isso se aplica inclusive à produção antecipada de provas. Ressalvem-se os casos em que as partes convencionaram também o emprego de um procedimento urgente pré-arbitral (i.e. uma arbitragem de urgência) – caso em que a produção antecipada da prova poderá eventualmente a ele ser submetida”⁶²².

Cabe destacar que mesmo existindo a previsão de árbitro de emergência situações de urgência excepcional – isso é, em que não se pode sequer aguardar o acionamento do árbitro de emergência – admitem a intervenção do judiciário, pois “a possibilidade de negação de justiça resultante em tais situações é contrária ao direito fundamental e acesso à justiça, em tudo atentatória à ordem pública e ao art. 5º, XXXV, da CF/1988”⁶²³.

Assim, o reconhecimento de competência concorrente entre o juízo estatal e arbitral às hipóteses nas quais se constata a impossibilidade de se aguardar a

power from one administration to another does not justify the recommendation of provisional measures for preservation of documents”. In: *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0700.pdf>

⁶²⁰ “Ressalte-se que em algumas câmaras de arbitragem prevêem procedimento de arbitragem de emergência, para que, se as partes desejarem, elas possam transferir exclusivamente para o juízo arbitral a competência para conceder medidas de urgência, mesmo antes da instauração do procedimento, sem prejuízo de demora da constituição do tribunal”. In: MEIRELES, Carolina Costa. Produção antecipada de provas e arbitragem: uma análise sobre competência, in. **Revista de Processo**, vol. 303, 2020. pp. 451-478.

⁶²¹ Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

⁶²² TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo ...** p. 590.

⁶²³ NANNI, Giovanni Ettore. GUILHARDI, Pedro. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da lei de arbitragem, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 45. pp. 123-153.

sequência de atos necessários à apreciação do pedido urgente na jurisdição privada^{624_625}:

“Como refere a doutrina, não se podem descartar situações excepcionais em que – não obstante a previsão expressa de árbitro de emergência, ou mesmo já constituído o tribunal arbitral – se faça necessário recorrer à jurisdição estatal para concessão de medidas de urgência para a preservação do resultado útil da arbitragem. Nessas hipóteses pontuais e excepcionalíssimas, analisadas caso a caso, deve ser flexibilizada a exceção de arbitragem que, se reconhecida, implicaria a extinção do processo sem julgamento de mérito com conseqüente perecimento do direito”⁶²⁶.

De outro lado, após a instauração do tribunal a competência para análise do pedido será do tribunal arbitral – ressalvada, novamente, a hipótese de urgência excepcional^{627_628}.

Em qualquer dos casos, caberá aos árbitros rever as medidas deferidas pelo juízo arbitral, a quem caberá manter, modificar ou revogar a medida concedida pelo

⁶²⁴ CARRETEIRO, Matheus Aimoré, in: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 404.

⁶²⁵ Por essas razões, nota-se comportamento conservador das câmaras de arbitragem, que estabelecem a concorrente entre o árbitro de emergência e o juízo estatal: “Os regulamentos pré-arbitrais, todavia, parecem preferir posição mais conservadora com relação às tutelas de urgência pré-arbitrais. Por exemplo, o art. 29(7), do Regulamento CCI, prevê que as disposições sobre o árbitro de emergência não têm a finalidade de impedir que qualquer parte requerida medidas cautelares ou provisórias urgentes a qualquer autoridade jurisdicional competente. O mesmo modelo é adotado pelo Regulamento ICDR-AAA, no seu art. 6(7), e pelo Regulamento LCIA, no seu art. 9(12), ambos deixando claro que a opção por árbitro de emergência não deve significar a exclusão de outras vias competentes antes da constituição do tribunal arbitral”. in: CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de urgência e processo arbitral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 209 e 210.

⁶²⁶ ROSSONI, Igor Bimkowski. Produção antecipada de prova sem requisito de urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. **Processo Societário**, vol. 3. Quartier Latin, 2018. p. 311.

⁶²⁷ “A partir do momento em que é constituído o tribunal, a competência para produção antecipada de prova é do juízo arbitral. Se a prova a ser produzida é relativa a uma relação jurídica submetida à convenção de arbitragem e o tribunal já está instaurado, todas as medidas concernentes a essa relação serão de competência do árbitro. Se as partes já instauraram o procedimento de eleição da arbitragem como a via para resolver os seus conflitos, não há razão para, com o tribunal instaurado, buscar o Poder Judiciário – o que ocorre nas hipóteses de urgência, como será desenvolvido a seguir”. In: MEIRELES, Carolina Costa. **Produção antecipada de provas e arbitragem...** pp. 451-478.

⁶²⁸ “A análise das medidas cautelares e urgentes postuladas na fase arbitral são, via de regra, de competência dos árbitros cabendo aos magistrados apenas a assistência na implementação da medida, caso a situação fática assim o requeira. Pode, apesar disso, ocorrer situações excepcionais em que o árbitro não esteja apto a atender a demanda de urgência, hipótese restrita na qual poder-se-ia admitir o processamento provisório de medidas cautelares e de urgência na esfera judicial. Tais situações são extremas, e o ideal seria que fossem evitadas. Mas a realidade fática, no entanto, impõe solução que atenda ao mandamento constitucional da inafastabilidade da jurisdição”, in: ROCHA, Caio Cesar Vieira. Medidas cautelares e urgentes na arbitragem: nova disciplina normativa, in. ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação** [livro eletrônico]: a reforma da legislação brasileira, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 58

juiz togado, nos termos do art. 22-B da LArb⁶²⁹ e da jurisprudência consolidada do STJ⁶³⁰. Isso também se aplica às tutelas de urgência deferidas pelo poder Judiciário no curso da arbitragem⁶³¹.

No tocante às ações probatórias autônomas, isso significa a possibilidade de refazimento ou complementação da prova produzida perante o Juízo Estatal:

“Destaca-se que o árbitro, nessa hipótese, não estará vinculado à prova produzida, podendo pedir complementação ou repetir o procedimento probatório (Lei 9.307/96, art. 22). O desejável é que a prova produzida na produção antecipada da prova seja estável e eficaz, mas certamente quem fará esse controle é o julgador do futuro [...]”⁶³².

É necessário, entretanto, distinguir a competência do Poder Judiciário para conduzir medidas preparatórias e urgentes da competência para processar, integralmente, a ação de produção antecipada de provas na hipótese do art. 381, I, do CPC/15. Pode o Juízo estatal determinar a produção da prova liminarmente ou mesmo após a oitiva dos requeridos, mas havendo defesa e sendo suscitada a existência de cláusula compromissória, caberá ao tribunal arbitral analisar e decidir por sua regularidade.

Nesse cenário, conclui-se que: (i) o Juízo estatal tem competência concorrente para decidir a tutela de urgência (a) antes de instaurado o tribunal arbitral e inexistindo previsão de árbitro de emergência e (b) quando houver urgência excepcional, que não permita que se aguarde deliberação do tribunal arbitral. Para todas as outras as hipóteses, os pedidos devem ser submetidos, obrigatoriamente, à jurisdição privada.

⁶²⁹ LArb: “Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”.

⁶³⁰ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. AJUIZAMENTO PRÉVIO PERANTE A JUSTIÇA ESTATAL. INSTITUIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL. COMPETÊNCIA. 1. O prévio ajuizamento de ação cautelar perante o Poder Judiciário deriva do poder geral de cautela insculpido na legislação processual e hoje previsto expressamente nos artigos 22-A e 22-B da Lei n. 9.307/1996, incluídos pela Lei n. 13.129/2015. A atribuição de processá-la, todavia, após a instauração da arbitragem, é do juízo arbitral, ocasião em que poderá reanalisar a medida eventualmente concedida. 2. Recurso especial conhecido e provido”, in: REsp n. 1.586.383/MG, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 5/12/2017, DJe de 14/12/2017

⁶³¹ ROCHA, Caio Cesar Vieira. Medidas cautelares e urgentes na arbitragem: nova disciplina normativa, in. ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação**...p. 59

⁶³² FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Produção antecipada da prova**...

4.1.2 A ação autônoma de provas sem natureza cautelar

Há discussão na doutrina quanto à possibilidade de submissão de ações probatórias autônomas à arbitragem⁶³³⁻⁶³⁴. A discussão aflora, principalmente, tratando-se de ação que não encontra fundamento na necessidade de se adotar medidas urgentes.

A controvérsia foi analisada no julgamento do REsp 2.023.615/SP, em 14/03/2023, pela Terceira Turma do STJ, que entendeu que o tribunal arbitral é competente para processar e julgar a ação autônoma de produção antecipada de provas desvinculada da urgência, mesmo na omissão da cláusula compromissória⁶³⁵. Apesar da oposição de embargos de divergência, o acórdão transitou em julgado em

⁶³³ LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma...** p. 280

⁶³⁴ O mesmo autor, em publicação recente, aponta que a questão foi pacificada na jurisprudência estadunidense, em favor da jurisdição arbitral: “A Suprema Corte dos Estados Unidos, no entanto, no julgamento conjunto dos casos *ZF Automotive US v. Luxshare, Ltd. e AlixPartners LLP v. Fund for Protection of Investor’s Rights in Foreign States*, em julho de 2022, entendeu que apenas é possível o *Discovery* prévio, com apoio do judiciário americano, em casos relacionados a ações e processos estatais ou intergovernamentais, o que exclui a arbitragem comercial. Por isso, nos Estados Unidos, ficou limitada a possibilidade de *Discovery* em apoio a arbitragens internacionais”. In: LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma...** p. 182

⁶³⁵ “Ausente esta situação de urgência, única capaz de autorizar a atuação provisória da Justiça estatal em cooperação, nos termos do art. 22-A da Lei de Arbitragem, toda e qualquer pretensão - até mesmo a relacionada ao direito autônomo à prova, instrumentalizada pela ação de produção antecipada de provas, fundada nos incisos II e II do art. 381 do CPC/2015 - deve ser submetida ao Tribunal arbitral, segundo a vontade externada pelas partes contratantes”. REsp n. 2.023.615/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 20/3/2023.

22/02/2024. O posicionamento adotado pelo STJ, contudo, não é unânime na doutrina^{636_637}.

Em crítica ao precedente, Arthur Ferrari Arsuffi, Guilherme Toshihiro Takeishi e Isabela Simão Menezes apresentam três fundamentos para que se afaste a jurisdição arbitral em caso de omissão da cláusula compromissória: (i) os custos e tempo necessários para processamento da demanda na via arbitral são demasiadamente elevados; (ii) podem existir terceiros interessados na produção da prova que não estão contemplados pela convenção de arbitragem; (iii) a ausência de regulação específica no regulamento de câmaras arbitrais para a produção antecipada de provas implica violação ao princípio do acesso à justiça e ao direito de ação⁶³⁸. Outro argumento, também apresentado por Arthur Ferrari Arsuffi, é a desvinculação do direito à prova à declaração do direito material em determinado caso concreto⁶³⁹.

Marcelo Mazzola e Rodrigo de Assis Torres também entendem que “em sendo silente a convenção arbitral [...] qualquer das partes pode ajuizar a medida, sem que

⁶³⁶ Em elogio ao julgado: “Reconhecendo também a ‘existência de um direito material à prova, autônomo em si – que não se confunde com os fatos que ela se destina a demonstrar (objeto da prova), tampouco com as consequências jurídicas daí advindas, podendo (ou não) subsidiar outra pretensão’ e adotando a corrente doutrinária capitaneada desde sempre por um dos coautores deste artigo, o acórdão acima referenciado bem salientou, por votação unânime, que, ‘sendo indiscutível o caráter jurisdicional da atividade desenvolvida pela arbitragem ao julgar ações probatórias autônomas, as quais guardam, em si, efetivos conflitos de interesses em torno da própria causa de pedir deduzida (resistida pela parte adversa, a estipulação de compromisso arbitral atrai inarredavelmente a competência do Tribunal arbitral para conhecer a ação de produção antecipada de provas [...]”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; VAUGHN, Gustavo Favero; FERNANDEZ, Michael. A produção antecipada de prova sem o requisito de urgência, *discovery* e processo: algumas reflexões em prol da possível maximização do art. 381, II e III, do CPC. In: YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Londrina, Thoth, 2024. p. 316

⁶³⁷ Em sentido contrário: “Afilio-me ao entendimento hoje minoritário. Com efeito, o atual art. 381 admite a utilização do mecanismo em três hipóteses: a) quando haja fundado receio de tornar-se difícil ou impossível a produção da prova no momento oportuno; b) quando a prova a ser produzida possa viabilizar a composição das partes; e c) quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação. O primeiro cenário é semelhante ao preconizado no Código revogado e corresponde a uma medida cautelar verdadeira e própria, havendo pretensão resistida a ser dirimida (em sede principal), enquadrando-se a prova (produzida antecipadamente) no quadro do conflito. Já nos dois outros casos, o legislador processual criou mecanismo processual (atinentes ao sistema processual estatal) que objetiva prevenir litígios, e que se situa fora das parâmetros da arbitragem”. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas 2024. p. 79

⁶³⁸ ARSUFFI, Arthur Ferrari. TAKEISHI, Guilherme Toshihiro. MENEZES, Isabella Simão. Notas sobre a produção antecipada da prova e arbitragem: uma crítica do recente posicionamento do STJ, in: **Revista de processo**, vol. 345. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. pp. 443-472.

⁶³⁹ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção...** pp. 182 e 183.

isso viole a jurisdição arbitral e a competência dos árbitros”^{640,641}. Para tanto, em síntese, sustentam que: (i) o legislador tentou não burocratizar o procedimento, retirando-se a natureza contenciosa; (ii) a produção antecipada de provas não causa prejuízo a qualquer das partes; e (iii) a prova produzida pode ter escopo maior do que a prevista na convenção arbitral, atingindo terceiros; e (iv) o processamento da ação perante o juízo estatal acarreta custos inferiores, em atendimento ao princípio da eficiência⁶⁴².

Soma-se a isso argumento de Arruda Alvim e Clarissa Diniz Guedes, para quem, em razão da interpretação restritiva que deve ser outorgada à renúncia da jurisdição estatal, “havendo dúvidas sobre a abrangência da cláusula arbitral, poderá o interessado exercer o direito de ação de conteúdo processual (ação de produção antecipada de provas) perante o Judiciário”⁶⁴³.

Pode-se sistematizar a argumentação apresentada pela doutrina contrária à jurisdição arbitral sobre a ação antecipada de provas em cinco argumentos: (i) a convenção de arbitragem deve ser analisada restritamente, por se caracterizar como renúncia à jurisdição estatal; (ii) a onerosidade do procedimento arbitral é óbice à produção antecipada de provas; (iii); a desvinculação do direito à prova da relação coberta pela cláusula compromissória; (iv) a ausência de conflito na ação de produção antecipada de provas; e (v) a produção antecipada de provas pode superar os limites objetivos e subjetivos da convenção arbitral. Os fundamentos passam a ser analisados pormenorizadamente a seguir.

a) A interpretação restritiva da cláusula compromissória.

De início deve-se ressaltar que justificativa apresentada para essa interpretação restritiva é a natureza de “renúncia”, da cláusula compromissória, à

⁶⁴⁰ MAZZOLA, Marcelo. TORRES, Rodrigo de Assis. A produção antecipada da prova no judiciário viola a competência do juízo arbitral e a competência do árbitro?. In: **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. Londrina: Thoth, 2021. p. 336

⁶⁴¹ No mesmo sentido: FUGA, Bruno. Augusto Sampaio. **Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade**. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 170.

⁶⁴² MAZZOLA, Marcelo. TORRES, Rodrigo de Assis. A produção antecipada da prova no judiciário viola a competência ... pp. 334 e 335.

⁶⁴³ ALVIM, Arruda. GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e juízo arbitral, in: **Revista dos Tribunais**, vol. 1.046. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. pp. 197-211.

jurisdição estatal. A premissa não se revela correta, já que não há renúncia à tutela jurisdicional, mas, sim, escolha do meio pelo qual será concretizada⁶⁴⁴.

Melhor sorte não assiste o argumento. A redação modelo de cláusulas arbitrais, geralmente, tem por objetivo cobrir toda a extensão de conflitos relacionados a um contrato, independentemente de sua formulação, tendo em vista o desejo das partes de obter um julgamento único, neutro e uniforme⁶⁴⁵. Não se justifica o recurso à interpretação de pequenas alterações ou escolhas de palavras para que se entenda por uma redução no escopo objetivo da cláusula compromissória.

Nesse cenário, a ideia de que a cláusula compromissória deve ser interpretada restritivamente, para dela se excluir as ações probatórias autônomas, parece contradizer a intenção do legislador pátrio⁶⁴⁶, bem como a tendência internacional contemporânea⁶⁴⁷. Emmanuel Gaillard e John Savage apontam que (i) o uso da expressão “restritivamente” é inadequado, tendo em vista que deveria remeter à ideia de “estritamente”; e (ii) que deriva de concepção ultrapassada de que a arbitragem não representa meio adequado para solução de conflitos quando comparada à jurisdição estatal⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ “[...] a adoção da via arbitral, por meio de cláusula compromissória, não viola o princípio da inafastabilidade de lesão ou ameaça de direito pelo poder judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), mas ao contrário, o realiza, porquanto opção para a solução de controvérsias, adotada livremente pelas partes, em conflitos que versem acerca de direitos disponíveis.” In: STJ - SEC: 854 EX 2005/0123803-1 – CORTE ESPECIAL – Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 16/10/2013.

⁶⁴⁵ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, 3. ed. Kluwer Law International, 2021. p. 1.452

⁶⁴⁶ “Veja-se que as partes – mesmo para eventual litígio submetido à arbitragem – podem convencionar em que juízo será processada eventual medida cautelar ou de urgência. Nesse sentido, se as partes podem, submeter eventual litígio de direito material à jurisdição arbitral ou estatal, bem como podem escolher qual jurisdição decidirá questões de urgência, por que não poderiam no caso de ausência de urgência? Argumentar em sentido contrário conflitaria com os princípios fundamentais da arbitragem, em especial o da autonomia da vontade, o qual transparece a própria essência do procedimento arbitral”. In: ROSSONI, Igor Bimkowski. Produção antecipada de prova sem requisito de urgência e juízo arbitral no direito societário... pp. 312 e 313

⁶⁴⁷ “As to the scope of the agreements in interpretation, the approach to arbitration agreements has changed during the past century. At the beginning, the theory supported a narrow construction as arbitration was regarded as a somewhat ‘radical’ exception to normal proceedings, ‘ousting’ the courts of their jurisdiction and power. [...] The trend in interpreting arbitration agreements or clauses as to their scope has been toward a wide interpretation in line with the trend in favor of arbitrability of issues. These ‘pro-arbitration’ trends cover matters (i.e. issues) that in concreto have been submitted to arbitration under an arbitration agreement and matters that in abstracto may be so submitted”. In: KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due process**...pp. 53 e 54.

⁶⁴⁸ “Some decisions are still based on the idea that an arbitration agreement should be interpreted ‘restrictively’. Even if one were to accept this principle, it would be preferable to say that the agreement should be interpreted ‘strictly’, in the sense that the task conferred on the arbitrators should be confined to following the clearly expressed intentions of the parties. However, this principle is generally

Especificamente quanto à legislação nacional, a redação do art. 22-A da Lei 9.307/1996 excepciona a jurisdição do tribunal arbitral para a condução de medidas urgentes, resguardando as demais controvérsias à arbitragem. Isso demonstra que a exceção é a não submissão dos conflitos à arbitragem, e não o contrário.

Se as partes desejam excluir algo da apreciação dos árbitros “parece razoável esperar que na convenção arbitral essa exclusão seja claramente marcada. Na falta de uma exclusão clara, a interpretação da convenção deve envolver toda a relação jurídica”⁶⁴⁹. Nesse contexto, Ígor Bimkowski Rossoni afirma que:

“Ao se analisar as normas que regulamentam a questão ora discutida, verifica-se que a regra geral é a disponibilidade para as partes da definição da jurisdição que processará eventual litígio prévio à arbitragem (se A, então B); a existência ou não de urgência não é, a nosso sentir, elemento diferenciador (“u”) que permita excepcionar a regra geral e impor uma norma especial que impeça as partes de estabelecerem regramento próprio. Tem-se, por conseguinte, que, presente ou não a urgência, a regra não se altera (se [A] V [A +u] então B). Ainda, conforme brocardo latino, quem pode o mais, pode o menos (*in eo quod plus est semper inest et minus*). Por conseguinte, na hipótese de haver regramento na cláusula compromissória para procedimentos prévios à arbitragem com ou sem requisito de urgência, ele deve ser observado”^{650_651}.

Raciocínio semelhante é apresentado por Flávio Luiz Yarshell: “o objetivo fundamental da convenção arbitral é justamente o de excluir a jurisdição estatal. As

rejected in international arbitration. It is based on the idea that an arbitration agreement constitutes an exception to the principle of the jurisdiction of the courts, and that, as laws of exception are strictly interpreted, the same should apply to arbitration agreements. This view is not consistent with the fact that arbitration is now unanimously considered to be a normal means of settling international disputes”.
In: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999. p. 260.

⁶⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. São Paulo: Atlas 2009. pp. 84 e 85

⁶⁵⁰ ROSSONI, Igor Bimkowski. Produção antecipada de prova sem requisito de urgência e juízo arbitral no direito societário.... p. 313.

⁶⁵¹ No mesmo sentido: “[...] E mais: se a jurisdição arbitral pode ser instada a apreciar tutelas de urgência mesmo antes da nomeação do árbitro ou constituição do painel e, por conseguinte, poderia apreciar a produção antecipada de provas fundada em urgência, qual seria a razão para se excluir dos árbitros a apreciação desse mesmo pleito quando não fundada em urgência? Só se explicaria se o fator ‘urgência’ fosse responsável por criar um conflito que, de outra forma, não existiria; construção que, escusado dizer, não teria sentido”. In: YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: réquiem?, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 463

ressalvas são hipóteses expressamente previstas na LArb e que, como a doutrina adverte, devem ser entendidas em favor da arbitragem”⁶⁵²⁻⁶⁵³.

O argumento de que a cláusula compromissória deve ser lida restritivamente, por essas razões, não parece suficiente à demonstração de que as ações probatórias não se submetem à jurisdição arbitral.

b) A onerosidade de arbitragem exclusivamente probatória

A produção autônoma de provas no processo arbitral não será, necessariamente, menos eficiente do que a conduzida no processo estatal.

Na arbitragem, contudo, o custo e o tempo necessários estão mais diretamente vinculados à postura das partes, que gozam de maior flexibilidade para ordenar a produção da prova. Em um cenário de colaboração mútua pode-se sustentar que o emprego da produção autônoma de provas em sede arbitral seria, inclusive, superior ao procedimento imposto pelo Código de Processo Civil⁶⁵⁴.

É inegável, contudo, que os custos (ao menos iniciais) da arbitragem são muito superiores àqueles observados no processo estatal. Ademais, não se pode esperar proatividade da parte requerida em garantir um procedimento que, em análise estratégica, beneficiaria a parte requerente. As dificuldades financeiras e procedimentais, apesar de indesejáveis, não ensejam a possibilidade de se afastar a competência do tribunal arbitral sobre a disputa:

⁶⁵² YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: réquiem?, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 461

⁶⁵³ Igualmente: “Inicialmente, há que se afastar do Judiciário, por regra, a produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, pelas razões já expostas: embora tal pleito antecipatório (da prova) seja salutar para as partes e para o processo, o mesmo não pode ser dito quanto à excepcional intervenção do Judiciário. Aqui, a urgência é, em regra, indispensável, devendo as partes, em outras hipóteses, partir para a via por elas próprias eleita: arbitragem”. YARSHELL, Flávio Luiz; MEIJAS, Lucas Britto. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2015** [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 90

⁶⁵⁴ “É claro que tudo dependerá da espécie do litígio e do valor envolvido. As sugestões e ponderações aqui apresentadas poderão ser úteis para conflitos que envolvam relevante controvérsia fática, a exigir a produção de prova oral ou pericial, ou ainda em que o inventário documental esteja maciçamente em poder de uma das partes ou de terceiros. Cabe às partes avaliar a situação, de forma a estabelecer o melhor mecanismo para a solução de conflitos”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MEIJAS, Lucas Britto. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem...**p. 90

“Essa opção pode ser pragmaticamente inconveniente, considerando os custos envolvidos em um processo arbitral, mas decorre da força vinculante da convenção da arbitragem [...]. As partes optam pela arbitragem e convivem com o instituto com suas vantagens e eventuais desvantagens. Não é possível sustentar que o custo da arbitragem ou a dificuldade para a formação do tribunal arbitral seria um fator para, dogmaticamente, se afastar a abrangência e vinculabilidade da convenção de arbitragem, em um contexto no qual não há urgência”⁶⁵⁵.

Disso retira-se a conclusão de que o interesse econômico das partes em processo menos custoso para a produção antecipada de provas não é fundamento jurídico para afirmar a inexistência de sua vinculação ao compromisso arbitral.

As partes são livres para transacionar sobre seus direitos disponíveis e, inclusive, para celebrar negócios que podem impor restrições desfavoráveis aos seus interesses. Os impactos positivos e negativos que a renúncia à jurisdição estatal pode causar devem (ou deveriam) ser previamente considerados pelas partes na redação da cláusula compromissória. É, portanto, legítimo que se defenda a validade da convenção de arbitragem mesmo quando sua celebração é considerada por alguma das partes como um “mau negócio”⁶⁵⁶.

O argumento atacado nesse capítulo é ainda mais sensível quando se verificam partes que desenvolvem atividade empresarial, estão acompanhadas por advogados e se encontram em paridade de condições. Ademais, não se pode ignorar que “a assunção de riscos, inclusive jurídicos, faz parte da atividade empresarial”⁶⁵⁷,

⁶⁵⁵ LESSA NETO, João Luiz. A produção antecipada de provas em situações não urgentes, o poder judiciário e a convenção de arbitragem. in. LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem...** p. 186

⁶⁵⁶ “Essa visão pró-arbitragem encontra também fundamento no inciso V do art. 3º Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), na medida em que conceder interpretação adequada – e não restritiva – à convenção de arbitragem significa preservar a autonomia privada na interpretação do direito civil e empresarial”. : MONTEIRO, Andre Luis. Princípios que governam a arbitragem I, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem...** p. 111.

⁶⁵⁷ “A redação dos contratos é resultado de processo de barganha; reduz-se a escrito o que foi possível naquele determinado contexto. As partes anseiam pelo contrato e evitam lançar obstáculos durante a negociação que poderiam, no limite, abortar a operação econômica. Esquivam-se de ‘adiantar o problema’, deixando lacuna veladamente proposital ou empregado palavras ambíguas. De qualquer forma, a lacuna ou a redação confusa são riscos assumidos pela parte. Se o contrato não contempla determinada hipótese, se sua redação é falha, o risco é das partes, que devem arcar com as consequências de suas opções estratégicas. Cabe à parte suportar eventuais prejuízos decorrentes da falta de posicionamento sobre questões futuras, durante o processo negocial. Na esteira da antiga regra hermenêutica: ‘à parte deve ser atribuída a consequência de não ter se expressado melhor’. A assunção de riscos, inclusive os jurídicos, faz parte da atividade empresarial”. In: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**, 4. ed., 2019. p. 76

sendo a convenção de arbitragem, também, uma forma de distribuição e assunção de riscos relacionados ao negócio⁶⁵⁸.

Igor Bimkowski Rossoni aponta, ainda, que a produção antecipada de provas sem o requisito de urgência não depende da demonstração de uma violação eminente ao direito à prova. Como a finalidade do instituto, nesses casos, é garantir maior qualidade informacional às partes, a medida “é manejada – ou não – de acordo com a conveniência do interessado”⁶⁵⁹. Ou seja, nesses casos, para o autor, a obrigatoriedade da arbitragem não significa exatamente obstáculo ao direito de acesso à justiça.

Ademais, o emprego da análise econômica do direito para justificar a superação da cláusula compromissória não parece bastante. Luciano Benetti Timm aponta, no contexto da arbitragem societária, justamente o contrário ao suscitado pelos autores que alegam a inadequação da condução da produção antecipada de prova na jurisdição estatal: para o autor, a falta de regramento específico da arbitragem representa escolha do mercado como forma de melhor resolução de litígios⁶⁶⁰.

Recorde-se que a flexibilidade é característica intrínseca ao processo arbitral. Por isso, a ausência de previsão específica no regulamento não é sinal de

⁶⁵⁸ Nessa direção: “Na hipercomplexidade do mundo empresarial moderno, os contratos são intensamente negociados, em seus vários aspectos. Assim, não há como se ignorar que a inserção de uma cláusula compromissória num determinado pacto não é um fato aleatório ou desprovido de significado. É algo que tem uma razão de ser, tem uma lógica jurídica e econômica própria que deve ser respeitada. É lícito concluir, portanto, que quando as partes firmam uma convenção de arbitragem, passa a constar como um elemento relevante da equação econômica contratual a não submissão dos litígios ao Poder Judiciário, não apenas pelos custos diretos que o recurso ao Judiciário acarreta, mas sobretudo pelos custos indiretos, em termos de falta de especialização dos julgadores, de timing e de desgaste na relação comercial entre os contratantes”, in: FONSECA, Rodrigo Garcia. O princípio competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira, in: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 9, 2006. pp. 277-303.

⁶⁵⁹ ROSSONI, Igor Bimkowski. Produção antecipada de prova sem requisito de urgência e juízo arbitral no direito societário... p. 316.

⁶⁶⁰ “O que a teoria de Análise Econômica do Direito ensinaria no campo teórico é que o mercado é capaz de resolver sozinho e mais eficientemente seus problemas. Assim, investidores que valorizem acesso ao Judiciário, somente comprarão papeis de empresas que não prevejam arbitragem em seus estatutos sociais. De toda sorte, companhias que optarem pela via arbitral em seus estatutos poderão, a fim de evitar polêmicas, custear procedimento arbitral ou optar por câmaras de menores custos”. TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem societária em risco. In: **Artigos e ensaios de direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 84

inadequação, mas de liberdade dos árbitros para condução do processo de modo a garantir maior efetividade ao direito à prova⁶⁶¹.

Aliás, a presunção de que o estabelecimento de previsões específicas destinadas a regular o processo arbitral não é verdadeira: nem toda regra gera maior qualidade no tratamento do direito material.

Ademais, já existem soluções possíveis aos elevados custos da arbitragem. Podem as partes recorrer a procedimentos de arbitragem expedita ou a disposições relacionadas à instauração de um tribunal arbitral de urgência, previstos em diversos regulamentos de câmaras arbitrais. Além disso, podem as partes se socorrer a soluções como financiamento por terceiros (*third-party funding*), à celebração de contratos de seguro, ou, simplesmente, à escolha de câmaras arbitrais de menores custos⁶⁶².

⁶⁶¹ “Em regra, não se aplicam ao processo arbitral as disposições do Código de Processo Civil. Sendo fruto do consenso, a arbitragem e seu procedimento são em boa parte regidos pela vontade das partes e, supletivamente, por decisão dos árbitros. Daí que, especialmente no processo arbitral, as partes devem sempre ser incentivadas a desenhar conjuntamente o processo mais adequado ao seu litígio. [...] Isso é especialmente oportuno no campo arbitral, em que a própria atmosfera convencional estimula as partes a soluções de consenso. Dentro do fértil campo do desenho dos mecanismos de solução de conflitos, nada impede que, invertendo a prática usual, as partes partam de uma arbitragem com o fim específico de produção de provas, em procedimento análogo ao das ações cautelares de antecipação de prova, mas com ares da *discovery* do Common Law. Com o quadro probatório definido, poderão as partes tentar autocomposição, inclusive com o apoio de uma mediação. Se não chegarem a um bom termo, retomam à arbitragem para, agora sim, efetivamente solucionar o conflito mediante decisão adjudicada” In: YARSHELL, Flávio Luiz; MEIJAS, Lucas Britto. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**...p. 90

⁶⁶² Nancy Andriighi aponta essas ferramentas como forma de democratização da arbitragem e concretização de acesso à justiça: “Trata-se da adoção do denominado *Third-Party Funding* (Financiamento por terceiros), instrumento bastante corriqueiro na prática da arbitragem internacional, por meio do qual possibilita-se que ‘pessoas que não fazem parte da convenção de arbitragem, financiem o procedimento por meio do pagamento das custas arbitrais’. Por meio desse instrumento, terceiro financiador passa a arcar com as custas da arbitragem, o que inclui as taxas de administração, os honorários dos árbitros, eventuais custos com advogados, peritos e assistentes técnicos. [...] Outro instrumento que tem sido desenvolvido para enfrentar a hipossuficiência das partes é a adesão a contratos de seguro vinculados à arbitragem. Diferentemente do que ocorre no financiamento por terceiros, a segurador faz jus a uma bonificação ou prêmio independentemente do resultado da arbitragem, ficando responsável por eventual condenação do segurado. Ademais, ‘no financiamento por seguradoras o proveito de custos é total, desde taxas da Câmara Arbitral, custas de peritos, até os honorários do árbitro e dos advogados que acompanharão o procedimento’. Merecem ser mencionados, ainda, como mecanismo inovador para fomentar a utilização da arbitragem e, como corolário, o próprio acesso à justiça, a adoção da chamada ‘arbitragem expedita’ (*fast-track arbitration*), já adotada em cinco das onze Câmaras arbitrais com sede no Brasil recomendadas pelo *Ranking* da *Leaders League* e que consiste, em síntese, na simplificação do procedimento arbitral tradicional, normalmente envolvendo limite para o valor da causa, redução do número de árbitros, redução de prazos, limitação das provas que podem ser produzidas e restrição do número de audiências. Com a simplificação, é possível reduzir os custos da arbitragem, fatos que representa grande entrave para sua utilização”. ANDRIGHI, Nancy. *Acesso à justiça e arbitragem*, in.: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. pp. 415 e 416

Por fim, considerando o princípio da comunhão das provas, pode ser de interesse da parte requerida deixar de suscitar a existência de convenção de arbitragem para que a demanda prossiga perante o juízo estatal para a produção da prova.

- c) A desvinculação do direito à prova da relação material coberta pela cláusula compromissória.

O direito à prova é, inegavelmente, autônomo à relação de direito material existente entre as partes. Mas isso não significa que sua existência é, dele, completamente independente: “ainda que autônoma em relação ao direito material, a produção antecipada de provas não pode ser dele totalmente descolada, dado o seu caráter instrumental”⁶⁶³. É esse vínculo existente entre o direito à prova e a relação de direito material que, por exemplo, justifica a exigência de que a parte demonstre a existência de interesse jurídico na produção da prova pela via autônoma, a teor do art. 382, *caput*, do CPC/15⁶⁶⁴.

Ademais, como já visto, a interpretação da cláusula compromissória deve se dar de maneira inclusiva: presume-se que, ao celebrar convenção de arbitragem, as partes assumiram que todos os conflitos relacionados ao contrato (inclusive aqueles relacionados exclusivamente à prova⁶⁶⁵) estariam cobertas pela jurisdição arbitral. A exceção à sua incidência é que deve estar bem delineada na redação da cláusula compromissória. O fato de que a prova a ser produzida tem reflexos estratégicos mediatos e imediatos sobre a situação de fato que pode embasar futuro pleito ou celebração de acordo. Seria contraditório admitir que a cláusula arbitral cobre todos

⁶⁶³ ROSSONI, Igor Bimkowski. Produção antecipada de prova sem requisito de urgência e juízo arbitral no direito societário... p. 314.

⁶⁶⁴ CPC/15: “Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

⁶⁶⁵ Nesse sentido: “Considerando a autonomia das partes quando da assinatura da convenção arbitral, bem como a boa-fé e a justa expectativa de processamento por essa via, percebe-se que a competência arbitral deve ser respeitada para o processamento de produção autônoma da prova não urgente”. ABDO, Carlo Marinoni. ROCHA NETO, Edson Francisco. Produção antecipada de provas e arbitragem: a quem compete o julgamento quando inexistente urgência?, in. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59122/producao-antecipada-de-provas-e-arbitragem-a-quem-compete-o-julgamento-quando-inexistente-urgencia>. Acesso em: 08 abr 2024.

os conflitos oriundos de uma relação jurídica mas não a disputa em torno da produção de provas⁶⁶⁶.

A relação jurídica exposta no contrato é, geralmente, complexa. As partes têm diferentes obrigações e direitos, que podem ser observados, explícita ou implicitamente, em relação ao passado, presente e futuro. É nesse complexo que se encaixa o direito de produzir provas: é parte integrante do direito que a parte tem sobre a relação jurídica de seu interesse e, apesar de poder ser exercida autonomamente, encontra nela seu fundamento.

d) A ausência de conflito na ação de produção antecipada de provas

Como já dito, há efetivo conflito na ação de produção antecipada de provas, caracterizado pela disputa a respeito da (in)existência de um direito à prova em sentido estrito – isso é, o seu direito à produção autônoma da prova⁶⁶⁷. O conflito que inexiste é aquele que (possivelmente) será veiculado em ação própria; sobre o direito à prova há sim litígio^{668,669}.

⁶⁶⁶ “[...] Mas, se as partes desejaram ter um conflito ou conflitos derivados de determinada relação jurídica resolvidos por arbitragem, é preciso se entender que todas as pretensões de direito relacionadas àquele conflito estão, em princípio, no âmbito de abrangência da convenção de arbitragem, inclusive as pretensões de cunho probatório. Nesse ponto, a produção de prova por antecipação, para utilização em um contencioso futuro, está no âmbito da convenção de arbitragem. Por exemplo, em uma disputa societária, existindo cláusula de arbitragem nos instrumentos sociais e parasociais próprios, a pretensão para prestação de contas ou a exibição de documentos não cautelares estão, em princípio, no âmbito de abrangência da convenção de arbitragem. Ora, se o objetivo das partes era de que os litígios societários seriam desenvolvidos arbitralmente, não há razão para distinguir o direito à prova nesse contexto (litigioso) do exercício de qualquer outro direito relacionado à relação jurídico-societária abrangida pela convenção. [...] O simples fato de se cuidar de um direito à prova não ilide a vontade de submeter à arbitragem, caso a prova seja produzida tendo em vista o contencioso.” In: LESSA NETO, João Luiz. A produção antecipada de provas em situações não urgentes, o poder judiciário e a convenção de arbitragem. in. LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem...**p. 184 e 185.

⁶⁶⁷ YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: réquiem?, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 463

⁶⁶⁸ “As discussões, pois, que gravitam em torno do direito (ou não) à produção de tal ou qual prova, conduzem à conclusão de que as ações probatórias autônomas tratam de efetivos conflitos estabelecidos em torno da própria prova, cujo direito à produção é o que constitui a própria causa de pedir deduzida; e que, portanto, materializam real ou potencial oneração ou restrição à esfera jurídica do demandado (tal como acima se exemplificou com o sigilo e a privacidade)”. YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: réquiem?, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 472.

⁶⁶⁹ “É a produção antecipada da prova uma ação, como mencionado, com lide e conflitos próprios e pertinentes no âmbito probatório. Há uma natureza de tutela jurisdicional e não administrativa”. In:

É, inclusive, o que se extrai da leitura constitucional sobre a restrição do direito à defesa do art. 382, §4º, do CPC/15. A atividade de produção de provas representa, invariavelmente, algum grau de invasão sobre a esfera da parte e pode, como visto, atingir interesses e garantias salvaguardados pelo ordenamento jurídico⁶⁷⁰. Esse cenário justifica a necessidade de se oportunizar ao requerido “questionar a própria presença dos requisitos que autorizam a propositura da [...] ação”⁶⁷¹.

Não se pode negar que, usualmente, os conflitos submetidos à arbitragem se relacionam a disputas de direito material relacionadas ao inadimplemento de obrigações; mas isso não afasta a conclusão de que a prova também pode ser objeto de disputa. Por isso, a afirmação de que inexistente litígio na produção autônoma de provas não encontra amparo.

Não obstante, para Flávio Luiz Yarshell, a conclusão independe do caráter litigioso da demanda. O autor sustenta que, mediante a celebração de convenção de arbitragem, há escolha pela jurisdição arbitral para resolver qualquer tipo de questão que demande a heterocomposição – o que incluiria o processo de produção antecipada de provas, mesmo que se tratasse de processo de jurisdição voluntária:

“Mas, vai-se além: ainda que não se pudesse vislumbrar a existência de um conflito no plano do Direito material, mesmo assim controvérsia dessa ordem não poderia ser tida como condição absoluta para o exercício da jurisdição arbitral. Afinal, se as partes podem escolher qual jurisdição – se arbitral ou estatal – será a responsável por dirimir um conflito, por que não poderiam fazê-lo – ressalvados os argumentos de cunho mercadológico que não são objeto do presente estudo – para uma atividade que, excluído o elemento jurisdicional/conflituoso do procedimento, seria então, meramente homologatória?”

Aqui, se prevalecesse o raciocínio, quem poderia mais não poderia o menos, o que, mormente à luz do até então anunciado, não encontraria justificativa plausível [...]”⁶⁷².

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Teoria geral do processo e a produção antecipada da prova: ...in. YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Londrina, Thoth, 2024. p. 139

⁶⁷⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**, 3. ed., rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1155

⁶⁷¹ “[...] 2. A melhor interpretação do dispositivo é aquela que não veda em absoluto a resistência à decisão que defere a produção antecipada de provas, admitindo-se o afastamento da limitação de recorribilidade na hipótese em que a parte em face da qual é deferida a produção de provas pretende questionar a própria presença dos requisitos que autorizam a propositura da referida ação. [...]”. REsp n. 2.043.440/RJ, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/11/2023, DJe de 23/1/2024.

⁶⁷² YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: réquiem?, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 464

Apesar disso, caso o pedido formulado se enquadre na hipótese de mera justificação, sem caráter contencioso, realmente é possível se sustentar a desnecessidade de produção de provas ao juízo arbitral⁶⁷³. Nesse caso, o registro das informações corre ao interesse exclusivo da requerente, sendo desnecessária a composição da demanda pela contraparte ou terceiros. Trata-se, inclusive, de lógica constante no art. 382, §1º, do CPC/15⁶⁷⁴, que dispensa a citação de interessados quando inexistir caráter contencioso. Para que isso seja possível, no entanto, é necessário que efetivamente inexistam natureza contenciosa ou potencial conflito:

“Tanto quanto nos demais casos de produção antecipada, a justificação tem natureza contenciosa, quando realizada nas hipóteses dos incisos do art. 381 ou em outras situações a essas equiparáveis. Já quando se procede à justificação para meros fins comprobatórios não litigiosos, tem-se medida de jurisdição voluntária. Por exemplo, a justificação para a comprovação da morte de alguém que estava no local de uma catástrofe, para posterior lavratura de assento de óbito. A medida, em tal caso, é de simples documentação para fins registrares”⁶⁷⁵.

Por essas razões, verifica-se que a suposta ausência de conflito na produção antecipada de provas não é premissa verdadeira. Somente se justificará a dispensa da jurisdição arbitral em caso de justificação, sem qualquer vinculação a possível conflito ou reflexos sobre a esfera de direitos de terceiros.

- e) A ação probatória autônoma pode superar os limites objetivos e subjetivos da cláusula compromissória.

⁶⁷³ LESSA NETO, João Luiz. A produção antecipada de provas em situações não urgentes, o poder judiciário e a convenção de arbitragem. in. LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem...**p. 186

⁶⁷⁴ CPC/15: “Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. § 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso. [...]”

⁶⁷⁵ YARSHELL, Flávio Luiz, in. ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 767. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo ...** p. 591

O risco de se superarem os limites objetivos de arbitragem decorre da pressuposição de que a prova poderá ter por objeto fatos cuja origem não se confunde com a relação coberta pela convenção arbitral. A solução nesse caso é idêntica àquela que deve ser adotada em qualquer outra relação de direito material: da mesma forma que a cláusula não pode ser imposta sobre contratos que não são a ela relacionadas, não se admitirá, na arbitragem, produção autônoma de prova que não esteja no escopo objetivo da cláusula arbitral.

É de se admitir que haja na produção de provas, a possibilidade de, de modo acessório e/ou acidental, exporem-se eventos alheios à esfera de eficácia da convenção de arbitragem, situação que pode ocorrer até mesmo na instrução processual de um processo declaratório, sem que isso signifique a falta de jurisdição do tribunal sobre a produção da prova. Ademais, o art. 381, §3º, do CPC/15 estabelece a regra de que a produção autônoma da prova “não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta”⁶⁷⁶, o que afasta a possibilidade de usurpação de competência pelo tribunal arbitral.

Assim, não se pode afirmar que existe razão para se identificar nos limites objetivos da cláusula compromissória restrição à produção autônoma de provas na arbitragem. E é idêntica a conclusão quanto aos seus limites subjetivos.

Como visto, os limites subjetivos da arbitragem, em resumo, importam à identificação dos sujeitos que estão vinculados à convenção de arbitragem e aqueles que podem, de alguma forma, intervir no processo.

No contexto do processo arbitral, a participação de terceiros (que não litisconsortes necessários) não é necessária à validade do processo e seu ingresso não é obrigatório. Por mais que a produção da prova possa ser de seu interesse, os limites impostos pela cláusula compromissória não são, por eles, comprometidos. Não obstante, a prova produzida em processo autônomo somente poderá ser considerada eficaz perante aqueles que integraram a relação processual, mediante exercício do contraditório amplo a respeito de sua admissibilidade e produção.

Por isso, não há qualquer prejuízo na vedação ao seu ingresso no processo arbitral - que, se legitimados, poderão buscar a tutela do juízo estatal.

⁶⁷⁶ CPC/15: “Art. 381 [...] § 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.”

Por outro lado, caso se trate de litisconsórcio necessário preterido na formação do tribunal arbitral, bastará a notificação para que o litisconsorte para que passe a integrar a relação processual; caso o litisconsorte necessário não tenha concordado com a cláusula arbitral e não concordar com seu ingresso voluntariamente, não será possível o prosseguimento da arbitragem. Somente nessa última hipótese haverá risco de inutilidade da prova produzida, tendo em vista que sua utilização perante o litisconsorte necessário será ineficaz.

Em qualquer dos casos, seja em relação aos limites subjetivos, seja em relação aos limites objetivos, não se verifica peculiaridade da produção autônoma de provas. Argumentos relacionados à superação da cláusula arbitral podem ser igualmente suscitados para quaisquer outros conflitos que, eventualmente, possam se submeter à arbitragem.

Assim, não há qualquer risco de serem superados os limites da cláusula compromissória quando não houver litisconsórcio necessário que não foi contemplado pela cláusula compromissória⁶⁷⁷. Por isso, sendo citado a integrar processo de produção autônoma de provas em trâmite perante o juízo estatal, poderá o signatário do acordo arbitral suscitar a existência de convenção de arbitragem (art. 373, X, CPC/15⁶⁷⁸).

f) Conclusão parcial

Feitas essas considerações, apresenta-se a conclusão de que, como regra geral, o tribunal arbitral terá jurisdição para processar e julgar a ação de produção autônoma de provas. Na omissão da cláusula compromissória, inexistindo declaração de vontade em sentido contrário, a competência para julgamento e processamento da ação de produção antecipada de provas será do juízo arbitral.

⁶⁷⁷ YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. Produção antecipada de prova desvinculada da urgência na arbitragem: réquiem?, in.: **Processo Societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 463

⁶⁷⁸ CPC/15: “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - convenção de arbitragem;”

O ajuizamento da demanda no Judiciário, no mais das vezes, revelará tentativa de se esquivar do compromisso assumido, e não servirá como forma de viabilizar, justificar ou evitar a arbitragem⁶⁷⁹.

4.2 REQUISITOS PARA PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVAS NA ARBITRAGEM.

A experiência dos tribunais arbitrais quanto à produção antecipada de provas está vinculada, principalmente, à ideia de que a medida se assemelha às medidas preliminares e/ou assecuratórias⁶⁸⁰, e não de produção autônoma de provas sem o requisito da urgência, como permite o direito brasileiro⁶⁸¹⁻⁶⁸².

Em análise da lei modelo da UNCITRAL é possível identificar que: (i) pressupõe-se a prévia instauração do tribunal arbitral; e (ii) é necessária a demonstração de urgência da medida. Evidentemente, não se trata do modelo previsto na legislação processual brasileira, em que se dispensa o requisito da

⁶⁷⁹ Da mesma forma entende Joaquim de Paiva Muniz: “Atente-se, ademais, para o risco desse tipo de ação pode ensejar estratégias processuais, de modo que a parte a proponha não para viabilizar, justificar ou evitar arbitragem, mas sim fazer a prova segundo o procedimento típico do Poder Judiciário, usualmente distinto do procedimento arbitral. Apesar de o árbitro ter direito a realizar sua própria instrução probatória, não estando vinculado pelo resultado da produção antecipada de provas judicial, seria ingênuo crer que está não poderia influenciar aequal, o que pode gerar desconforto”. MUNIZ, Joaquim de Paiva. Tutelas de urgência e cooperação judicial, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024. p. 542.

⁶⁸⁰ Nesse sentido: “Access to evidence is something which international arbitrators have considered on previous occasions as necessary to ensuring the fairness of the proceedings, or more specifically the equality of arms. Therefore, it is theoretically consistent with this principle for a tribunal to issue emergency, or preliminary, orders if necessary to preserve vital evidence for use during the proceedings. As will be discussed more fully below, the purpose and standards applied to interim orders concerning document production require different considerations than those normally applied to interim or provisional orders in other matters”. In: O’MALLEY, Nathan D. **Rules of evidence in international arbitration: an annotated guide**. London: InformaLaw, 2013. p. 101.

⁶⁸¹ Ilustra esse cenário o artigo 17.2(d) da Lei Modelo da UNCITRAL: “Article 17 1. The arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures. 2. An interim measure is any temporary measure by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party, for example and without limitation, to: [...] (d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute”.

⁶⁸² Em comentário ao Art. 26(2)(d) da “UNCITRAL Arbitration Rules”, que tem redação idêntica: “As evidence is a fundamental ingredient in most arbitration proceedings it is not surprising that under many arbitration laws and rules the arbitral tribunal is empowered to make orders which have the effect of preserving evidence. Measures of this kind may also be argued to include demands relating to the attendance of witness, although this would be open to debate. Article 26(2)(d) only speaks of a measure to ‘preserve’ evidence, which, on plain meaning, does not connote an obligation to create an evidentiary record from a witness attending a hearing.”. In: CROFT, Clyde; KEE, Christopher; WAINCYMER, Jeff. **A guide to the UNCITRAL arbitration rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 292.

urgência e que tem por pressuposto ser antecedente ao conflito declaratório de direito material.

Ocorre que, com o reconhecimento de que o direito à prova pode ser exercido autonomamente, inclusive dispensando previsão típica, tais requisitos são inaplicáveis às disputas que adotarem o direito brasileiro. Nesse caso, poderá o requerente meramente as razões pelas quais tem direito de ver determinada prova ser produzida e como essa prova poderá ser útil – tudo isso como justificativa apta à demonstração de seu interesse processual.

O pedido deverá se demonstrar razoável, certo e determinado. Isso porque a flexibilidade da ação de produção autônoma de provas, somada à liberdade procedimental do contexto da arbitragem, não podem servir como ferramenta para realização de *fishing expeditions* – pedidos demasiadamente amplos que objetivam que se realiza devassa processual.

Essa limitação foi observada no contexto arbitral no caso *Phoenix Action v. Czech Republic*, no qual a vagueza do pedido foi razão para indeferimento da produção cautelar de provas:

“The Tribunal does not see what right of the Claimant such a vague and general request is deemed to protect. It should be emphasized that this last request is an application for disclosure of unspecified evidence rather than a proper request for provisional measures. This seems to be analogous to what is sometimes called a “fishing expedition”.

This is not to say that a request for production of documents can never be made in a request for provisional measures. However, the granting of such provisional measure requesting one of the parties to produce documents or other evidence is only warranted if it is necessary in order to protect evidence that could otherwise – that is without the provisional measure – be lost or jeopardized”^{683_684}.

Além disso, devem ser observados, também no contexto da arbitragem, os limites internos e externos à produção de provas, inclusive quanto à sua

⁶⁸³ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5 – *Decision on Provisional Measures* – Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0667.pdf>

⁶⁸⁴ Em comentário à decisão: *“As the tribunal noted above, because a fishing expedition would not be allowed in a normal document production request, so it should not be permitted in a request for interim measures. Issues such as relevance, burden (or overly broad request) or possibly equal treatment and fairness, may be grounds for resisting the requested provisional measure”*. In: O’MALLEY, Nathan D. **Rules of evidence in international arbitration**: an annotated guide. London: InformaLaw, 2013. p. 104.

confidencialidade⁶⁸⁵. Para tanto, apesar da ampla discricionariedade dos árbitros na produção de provas, é necessário que se observe a natureza da limitação probatória em questão.

Tratando-se de limitação na qual o aspecto material, seja por sua relação com garantias processuais ou direitos fundamentais, sua observância pelo tribunal arbitral é obrigatória, o que também ocorre com as limitações logicamente inerentes ao meio de prova. Caso a limitação se dê por razões eminentemente processuais, será possível sua relativização pelo tribunal arbitral.

Em todo caso, deverá se assegurar ao requerido o direito de se manifestar quanto ao direito autônomo à prova, alegado pelo requerente. Caso o tribunal entenda que esse direito efetivamente existe, caberá ao requerido participar de todas as etapas da produção da prova.

4.3 DOCUMENTOS EM POSSE DE TERCEIROS

Embora os tribunais arbitrais possam determinar a produção de provas, seus poderes não se estendem a terceiros perfeitos – aqueles que, não celebraram a convenção de arbitragem, sobre os árbitros quais não detém jurisdição⁶⁸⁶. Nesses casos, considerando que o tribunal não pode ordenar a sua produção, os documentos em posse de terceiros sofrem tratamento diverso daqueles que estão em poder das partes.

Para obter os documentos, o tribunal arbitral poderá expedir cartas e/ou ofícios em que solicitará ao terceiro a exibição das provas que entender necessárias.

⁶⁸⁵ “Issues might arise if a party seeks to use documents or testimony from someone connected with the other party (e.g., an ex-employee) who is still subject to a confidentiality obligation. In such cases, the other party (e.g., the ex-employer) may argue that the evidence is being obtained in a breach of a bidding obligation and should be excluded. Similar objections might arise if a third-party hands over evidence obtained in breach of a non-disclosure agreement. In all such cases, an arbitral tribunal possesses a discretion to exclude the testimony or documents entirely. Whether to exercise that discretion will depend greatly upon the nature of the original confidentiality undertaking, as well as the context in which the evidence was obtained”. In: NELSON, Timothy G. Admissibility issues related to the origin of the evidence. In: FERRARI, Franco. ROSENFELD, Frederich Jakob. **Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: key concepts and issues**. Kluwer Law International, 2022. pp. 287-300. p. 295

⁶⁸⁶ “An arbitral tribunal may order either party to make discovery of documents or to answer interrogatories on oath. However, it cannot order discovery against third parties, as its jurisdiction is necessarily limited to the parties themselves.”. RAJOO, Datuk Sunda. **Law, practice and procedure of arbitration**. 2. ed. Kuala Lumpur: LexisNexis Malaysia. p. 510

A sua eventual recusa, contudo, não poderá ser objeto de qualquer tipo de sanção, já que o terceiro não se submete aos poderes dos árbitros.

É possível que a negativa de terceiros em produzir documentos tenha repercussão sobre a parte contra a qual a prova poderia depor. Essa possibilidade dependerá do grau de controle que uma parte exerce sobre o terceiro: inexistindo qualquer relação de controle entre as partes, não haverá porque se extrair qualquer conclusão negativa; tratando-se de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico ou havendo relação de controle sobre elas, será justificada a adoção de penalidades⁶⁸⁷.

4.4 AS CONSEQUÊNCIAS PARA O COMPORTAMENTO NÃO COOPERATIVO DA PARTE NA PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVAS NA ARBITRAGEM

O interesse de uma parte em obter documentos da outra é bastante semelhante àquele que justifica o pedido de depoimento pessoal: há uma expectativa de que documentos em posse da contraparte tenham maior peso probatório na demonstração de fatos que lhes são desfavoráveis⁶⁸⁸.

Embora a legislação brasileira, ao contrário da estadunidense, francesa e inglesa⁶⁸⁹, não preveja expressamente que os árbitros têm poderes para determinar a

⁶⁸⁷ “Em relação à inferência negativa: *The less that a party to the proceedings truly has control over a third party who has possession of a document, the less an adverse inference would be justifiable. The concept of control should be interpreted in a practical and realistic fashion. Is the relationship between the party against whom the order is sought and the person in possession of the document such that the former could reasonably be expected to gain access from the latter? That should include situations where the party against whom the application is made could have power over a third party, either through a corporate group or some contractual or other right to gain access to the document*”. WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and Evidence in International Arbitration**. Kluwer Law International, 2012. p. 864

⁶⁸⁸ Como esclarece Rodrigo Ramina de Lucca, há uma lógica semelhante entre o interesse em obter o documento em posse da parte contrária e o interesse de colher seu depoimento pessoal: “[...] aquilo que a parte alega em seu desfavor é considerado confissão [...] daí o interesse da parte adversária em colher o depoimento pessoal: eventuais contradições ou confissões no depoimento servirão como instruimento de convencimento do julgador. Situação semelhante ocorre com a produção de provas – documentos ou coisas – que estejam em poder exclusivo da parte adversa ou cuja produção depende de ação ou omissão exclusiva sua”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem. Provas e Arbitragem...** p. 249.

⁶⁸⁹ “Podemos citar, a título de exemplo de leis que preveem expressamente que os árbitros têm poderes para determinar a exibição de documentos, as leis de arbitragem da Inglaterra, dos Estados Unidos, da França e de Singapura. Entretanto, vale lembrar que grande parte das legislações não fazem referência expressa à competência dos árbitros para determinar a exibição forçada de prova documental. Contudo, tal fato, por si só, não é um empecilho à adoção desse tipo de medida, uma vez que, comumente, as leis nacionais estabelecem que os árbitros estão investidos de amplos

exibição de documentos, entende-se suficiente a previsão genérica constante no art. 22 da Lei 9.307/1996⁶⁹⁰. Se os árbitros tem amplos poderes para admitir ou inadmitir provas, inclusive de ofício, também tem poderes para determinar a exibição de documentos.

Ocorre que nem sempre a parte a quem se dirige a ordem lhe dará cumprimento adequadamente, o que pode se dar não apenas pela simples negativa em apresentar documentos, mas também pelo despejo de quantidades capazes de assoberbar as partes e o tribunal⁶⁹¹. Em qualquer desses casos, ao contrário do que ocorre com a recusa da parte em apresentar documento relacionado a fato cuja distribuição do ônus naturalmente lhe incumbe, não basta o estabelecimento do ônus da prova como regra de julgamento⁶⁹².

Para combater o comportamento não cooperativo, o tribunal arbitral tem à sua disposição uma série de medidas que podem ser empregadas com o objetivo de fazer cumprir suas ordens de produção de provas. Esse acervo passa a ser analisado abaixo.

4.4.1 Distribuição desigual dos custos da arbitragem

poderes para conduzir o procedimento e determinar a produção de todas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia” In: OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais ... p. 51.

⁶⁹⁰ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

⁶⁹¹ “Existe a possibilidade de a parte apresentar os documentos, mas de maneira pouco colaborativa. Por exemplo, a parte pode vir a exhibir uma grande quantidade de documentos, todos abrangidos pelo escopo do requerimento; porém, de forma desorganizada, dificultando sua análise pela parte solicitante. Em situações como essa, a parte interessada poderá solicitar ao tribunal arbitral que ordene que os documentos sejam reapresentados de forma minimamente organizada. Isso porque documentos desordenadamente apresentados podem se equiparar ao não cumprimento da ordem de exibição. Outra tática que pode vir a ser considerada como obstrutiva é o despejo de uma grande quantidade de documentos desnecessários, apresentados unicamente com o fim de prejudicar a análise por parte da parte solicitante, conhecida na prática como document dump” in. OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais ... p. 74

⁶⁹² LUCCA, Rodrigo Ramina de. Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem. **Provas e Arbitragem**...p. 250.

Os custos do procedimento arbitral são, geralmente, elevados. Por isso, a forma de sua distribuição é bastante relevante às partes. Embora a LArb não estabeleça critérios fixos para a sua distribuição, ao contrário do que ocorre no processo judicial, é comum que os regulamentos das câmaras de arbitragem prevejam o modo com o qual se dará a distribuição desses custos entre as partes e, ao fim do processo, a possibilidade de restituição ao vencedor pelo vencido.

A depender das disposições estabelecidas pelo regulamento e pelo acordo de arbitragem, o tribunal terá discricionariedade para distribuição dos custos e, inclusive, utilizar o comportamento das partes como critério para sua divisão. Essa medida pode ser empregada como forma de coibir o comportamento “guerrilheiro” de uma das partes ao se recusar indevidamente a apresentar documentos ou de insistir em pedidos de produção de provas demasiadamente genéricos, protelatórios e/ou inúteis. Nesse caso, “a distribuição dos custos não configura uma sanção pecuniária imposta à parte em razão da não apresentação do documento, mas uma consequência pelo seu comportamento pouco colaborativo”⁶⁹³.

Apesar de ser mecanismo positivo para coibir o comportamento não cooperativo, a eficácia da medida, desacompanhada de outros meios destinados ao mesmo fim, é posta em dúvida pela doutrina especializada⁶⁹⁴.

4.4.2 Imposição de multa

Não há dúvida quanto à possibilidade de condenação da parte em multa por litigância de má-fé, na sentença arbitral. Foi a escolha do legislador brasileiro, ao permitir a hipótese expressamente, no art. 27 da LArb⁶⁹⁵, que “fez constar do texto comentado a possibilidade de fixação de pena por dolo processual”⁶⁹⁶. A imposição

⁶⁹³ OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais.... p. 75

⁶⁹⁴ LAL, Hamish... [et. al.]. Abuse of document production in international arbitration: remedies when the adverse inference fall short, in. **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Kluwer Law International, vol. 86, 2020. p. 401.

⁶⁹⁵ LArb: “Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fe, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”.

⁶⁹⁶ CARMONA, Carlo Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 391.

de penalidade de multa à parte que não cumpre as determinações do tribunal arbitral “segue a contemporânea tendência de reforçar a efetividade do processo arbitral”⁶⁹⁷.

Apesar disso, a possibilidade de imposição de multa pela negativa da parte em cumprir ordens procedimentais de exibição de documento é bastante controversa. Na experiência internacional, a imposição de *astreintes* pelo tribunal arbitral é prevista no direito francês e belga, mas expressamente repelida na lei sueca^{698,699} e, indiretamente, pelo direito italiano⁷⁰⁰. Especificamente no direito brasileiro, não parece correta a afirmação de que faltam poderes aos árbitros para a aplicação de multa, embora a lei brasileira não trate da questão diretamente⁷⁰¹.

Diante disso, há controvérsia na doutrina quanto à (im)possibilidade de o tribunal arbitral fixar penalidade pecuniária em razão do descumprimento de suas determinações em arbitragens domésticas. Em primeiro lugar, e como argumento central da corrente que entende pela impossibilidade de impor sanções pecuniárias, apresenta-se como fundamento a falta de *imperium* dos árbitros⁷⁰².

⁶⁹⁷ MOURRE, Alexis. *Chapter 2: Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration*, in. LY, Filip J.M. De; LÉVY, Laurent. **ICC Dossier nº 5: Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2008. p. 55

⁶⁹⁸ “Por exemplo, a possibilidade de aplicação de *astreintes* tem amparo nos arts. 1.468 do Código de Processo Civil francês e 1.700(4) do Código Judiciário belga, mas é expressamente proibida na Lei Sueca de Arbitragem” In. OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais à luz das regras da IBA, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 70, p. 74.

⁶⁹⁹ A respeito da legislação francesa: “*El tribunal puede ordenar a las partes, bajo sanción coercitiva, cualesquiera medidas provisionales o conservatorias (mesures provisoires ou conservatoires) que juzgue oportunas, con excepción del embargo preventivo (saisie conservatoire) o garantías judiciales, cuya adopción corresponde exclusivamente a los Tribunales del estado*”. MULLERAT, Ramón. *Allons enfats (arbitres) de la patrie.. 50 pinceladas impresionistas sobre los puntos más relevantes de la nueva Ley de Arbitraje francesa 2011*, in. **Revista del Club Español del Arbitraje**, vol. 11, 2011. p. 71.

⁷⁰⁰ “*In Italy, Article 818 of the Code of Civil Procedure excludes the power of arbitral tribunals to order provisional or conservatory measures, which therefore also applies to judicial penalties ment to enforce such measures. As to substantial judicial penalties, they would probably also have to be ruled out*”. In.: MOURRE, Alexis. *Chapter 2: Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration*, in. LY, Filip J.M. De; LÉVY, Laurent. **ICC Dossier nº 5: Interest, Auxiliary and Alternative ...** p. 57

⁷⁰¹ O posicionamento encontra-se alinhado, nesse aspecto, com o posicionamento do *Chartered Institute of Arbitrators*, adotado no *International Arbitration Practice Guideline: Managing Arbitrations and Procedural Orders*: “*If there are no express provisions granting the arbitrators the powers to sanction a party’s disruptive procedural behaviour, and provided that there is no prohibition under the arbitration agreement including the applicable arbitration rules and/or the lex arbitri, arbitrators should consider whether they have an inherent power to do so*”. Disponível em: <https://ciarb.org/media/4198/guideline-6-managing-arbitrations-and-procedural-orders-2015.pdf>

⁷⁰² OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais p. 74.

Ocorre que a simples imposição da multa não tem relação com a prática de atos constritivos, executórios ou coativos (que caracterizam o poder de império do Judiciário), mas de meios coercitivos. Nesse sentido, a medida não pode se confundir com a esfera de atuação restrita ao Judiciário:

“Además puede sostenerse que la multa coercitiva impuesta por un árbitro no implica en sí misma una medida de constreñimiento para el deudor: únicamente la decisión de la corte que confiera exequátur a la decisión del árbitro, o que permita su ejecución, implicaría el uso de la fuerza. Desde esta perspectiva, ordenar una pena judicial no representaría el ejercicio de un poder de imperium merum sino que sería una medida accesoria dirigida a asegurar la eficacia de la decisión tomada por el árbitro en ejercicio de su jurisdicción. En otras palabras, formaría parte del imperium mixtum, y no habría razón por lo tanto para negar la arbitralidad de semejante remedio accesorio a la jurisdicción”⁷⁰³.

O que não detêm os árbitros é poder para executar suas determinações, mas não para aplicar medidas coercitivas; em outras palavras “o que se exclui da competência do juízo arbitral, porém, é o cumprimento das medidas de natureza coercitiva”^{704_705}. Nesse sentido:

“Como visto na seção anterior [...] não falta ao tribunal arbitral poder coercitivo, mas sim poder executivo. Os árbitros não podem executar suas próprias decisões, o que é muitas vezes interpretado como ausência do poder coercitivo, mas, na verdade, isso somente significa a ausência do poder executivo. O poder de pressionar alguém a realizar algo é diferente do poder de obrigar/forçar alguém a realizar algo”⁷⁰⁶.

Da mesma forma entende Joel Dias Figueira Jr., em análise da controvérsia doutrinária a respeito da competência do tribunal arbitral para fixar penalidades pecuniárias ao descumprimento de suas determinações:

⁷⁰³ MOURRE, Alexis. *Multas coercitivas y ejecución en especie en arbitraje internacional*, in. **Revista del Club Español del Arbitraje**, vol. 10, 2011. p. 26.

⁷⁰⁴ NALIN, Paulo. PUGLIESE, William Soares. Tutelas provisórias emitidas pelo Poder Judiciário brasileiro em apoio à arbitragem, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 50, 2016. p. 89.

⁷⁰⁵ É o que se pode extrair entendimento exposto no julgamento do Recurso Especial nº 1.297.974/RJ, que esclarece que se exclui dos árbitros a competência para dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, mas não para impô-las: “Evidentemente, a competência do juízo arbitral se limita ao deferimento da cautelar, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*”. In.: (REsp n. 1.297.974/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/6/2012, DJe de 19/6/2012)

⁷⁰⁶ SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. Das astreintes no processo arbitral: reflexões sobre o poder coercitivo do tribunal arbitral no Direito Luso-brasileiro, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 58, 2018. p. 77

“Existem entendimentos doutrinários no sentido de que a fixação da multa coercitiva não é da competência do árbitro ou tribunal arbitral, mas do Estado-juiz, a ser fixada no momento do cumprimento da carta arbitral, e que essa decisão não tem natureza mandamental. Não compartilhamos deste entendimento, primeiramente porque é o conteúdo do ato decisório que define a sua natureza jurídica e, portanto, se nele estiver inserida uma ordem (fazer, não fazer, entregar ou dar), o cumprimento da determinação emanada do árbitro ou tribunal arbitral haverá de ser atendido espontaneamente; é justamente no comando de ordem que reside a natureza mandamental da providência, e, para que encontre força coercitiva e iniba a recalcitrância, mister se faz que órgão julgador privado defina as *astreintes*, a forma e o tempo de incidência.

[...]

Destarte, se desatendida a ordem emanada do árbitro ou tribunal arbitral, a sua efetivação mediante coerção será realizada somente com a atuação do juiz estatal, tendo em vista que o árbitro não detém o *ius imperi*. Ao final, a multa que reverterá em favor da parte contrária será cobrada na própria jurisdição privada e, se não houver pagamento espontâneo, o interessado haverá de dirigir-se novamente ao Estado-juiz”⁷⁰⁷.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que falta previsão legal autorizativa à aplicação das *astreintes*, tendo em vista a inaplicabilidade das disposições do CPC/15 ao processo arbitral. Ocorre que a imposição de multa tem caráter misto, de direito material e processual, que dispensaria regramento processual específico:

“Por estar prevista em um diploma processual, a dinâmica regulatória da multa coercitiva acaba sendo mais voltada para coerção das decisões judiciais, tendo um caráter mais destacado de direito adjetivo. Porém, não se pode negar que a figura é totalmente inspirada pelas *astreintes*, o que significa dizer que a figura acaba sendo uma norma mista, também destinada à tutela do cumprimento das obrigações”⁷⁰⁸.

Outro fundamento para a impossibilidade de aplicar penalidades pecuniárias em razão de sua incompatibilidade com a disponibilidade inerente à arbitragem⁷⁰⁹. O argumento, de Rodrigo Ramina de Lucca, pode ser sintetizado da seguinte forma: considerando que a participação da parte é facultativa e regulada pelo sistemas de ônus processuais, a resolução do caso concreto a partir das conclusões extraíveis da

⁷⁰⁷ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem** ... p. 305

⁷⁰⁸ SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. Das *astreintes* no processo arbitral... p. 62

⁷⁰⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem. **Provas e Arbitragem**...p. 251.

satisfação ou não dos ônus probatórios (bem como da inferência negativa) é bastante para que se afaste a necessidade de aplicação de penalidades pecuniárias⁷¹⁰.

O argumento de que a liberdade das partes e o sistema de ônus processuais é bastante para que se afaste a imposição de penas coercitivas não convence. É possível que a imposição de inferências negativas não seja suficiente à tutela do direito material: embora a inferência negativa seja útil à conclusão de existência ou inexistência de um fato, não é possível dela se extrair respostas sobre *como* ele ocorreu, *quanto* dele decorre ou *porque* ele se realizou. Nesse sentido, a doutrina internacional aponta que “na visão da parte da parte inadimplente, a possibilidade de o tribunal arbitral extrair inferências negativas é preferível à apresentação de documentação desfavorável”⁷¹¹.

Ademais, ao aceitar a arbitragem, as partes têm a oportunidade de estabelecer limites aos poderes dos árbitros e, ao deixar de fazê-lo, concordam com a sua discricionariedade e ampla flexibilidade procedimental. Inserida nesses elementos está a possibilidade de adoção de medidas coercitivas – como a imposição de sanções pecuniárias⁷¹².

⁷¹⁰ “[...] se a participação da parte é facultativa mesmo em processos judiciais que versam sobre direitos considerados indisponíveis, com ainda mais razão deve ser facultativa no ambiente liberal e dispositivo das arbitragens, no qual necessariamente serão discutidos direitos disponíveis. De fato, todos os atos praticados em uma arbitragem são exercícios de faculdades em observância dos ônus processuais: [...]. esses exemplos de faculdades que podem ser exercidas pelo titular de acordo com a sua própria vontade e mediante exercício de sua própria autonomia privada. Além disso, e mais importante, a adoção de medidas impositivas à produção da prova é simplesmente desnecessária. Também a produção da prova em favor da parte adversa pode ser considerada um ônus, cuja consequência do descumprimento é a inferência negativa”. In: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem*. **Provas e Arbitragem...** p. 254.

⁷¹¹ “*Where a party elects not to produce relevant and material evidence, a tribunal will likely continue the proceedings with the theoretical potential consequence coming at the end of the proceedings. In the view of the non-complying party, the possibility that a tribunal may draw an adverse inference in its final award is a preferred outcome to disclosing the ‘bad documents’*”. In: LAL, Hamish... [et. al.]. *Abuse of document production in international arbitration: remedies when the adverse inference fall short*, in. **Arbitration...** p. 397.

⁷¹² Apesar disso, há divergência relevante quanto à possibilidade de revisão judicial das penalidades aplicadas pelo tribunal arbitral: “[...] há dois posicionamentos distintos e diametralmente opostos em se tratando da revisão judicial de astreintes fixadas por Tribunal Arbitral: primeiro, pela impossibilidade de revisão das astreintes pelo Poder Judiciário, prestigiando a exclusividade da jurisdição arbitral para dirimir essa questão; e o segundo, pela possibilidade de rever judicialmente as astreintes, sobretudo o seu valor, por força da inexistência de preclusão acerca da fixação de astreintes e com o fito de evitar eventual enriquecimento sem causa da parte que seria beneficiada pelo pagamento da multa”, in: SUASSUNA, Marcela Melichar; GUIMARÃES, Larissa Figueiredo Cerceau. *A fixação de astreintes pelo tribunal arbitral e a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário: uma análise de decisões no âmbito dos tribunais estaduais brasileiros*, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 76, 2022. pp. 41-59.

4.4.3 Condução coercitiva de testemunhas

A condução coercitiva de testemunhas é medida expressamente prevista pela Lei 9.307/96 em seu art. 22, §2^o⁷¹³⁻⁷¹⁴. Nesse caso, deverá o juiz togado, ao receber a comunicação enviada pelo árbitro, determinar “a condução coercitiva da testemunha que comprovadamente tenha sido intimada a comparecer para prestar depoimento e, sem motivo justificado, tenha deixado de atender à convocação”⁷¹⁵.

Nesse caso, a oitiva da testemunha se dará perante o próprio tribunal arbitral, e não perante o juiz togado, a não ser que seja necessário o seu deslocamento para fora da comarca em que reside⁷¹⁶. Nesses casos, caberá aos árbitros dirigirem-se à testemunha ou tomar seu depoimento por videoconferência:

“Na condução coercitiva de testemunhas perante o Juízo Arbitral por ocasião da instrução probatória no processo arbitral, cabe ao juiz de direito providenciar a condução da testemunha ao árbitro e não proceder à sua oitiva em audiência e se realizar no Fórum. Deve o juiz de direito, no entanto, atentar-se ao fato de que a testemunha não tem a obrigação de deslocar-se para fora da sua Comarca. Nesses casos, cabe ao Tribunal Arbitral deslocar-se para operacionalizar a oitiva da testemunha, ressaltando o fato de que se for de interesse dos árbitros, a colheita do testemunho pode se dar por meio de vídeo conferência, desde que disponha meios materiais à testemunha de forma que tal oitiva não enseje deslocamento para fora de sua Comarca”⁷¹⁷.

Assim, havendo resistência da testemunha, seja durante a instrução de processo arbitral ou em sua produção autônoma, será possível sua condução coercitiva.

⁷¹³ “Art. 22. [...] § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem”.

⁷¹⁴ Em comentário ao dispositivo: “Caso seja configurada ausência de testemunha devidamente intimada, o árbitro poderá requerer à autoridade judiciária que determine a condução coercitiva, com fundamento no artigo 22, §2º, da Lei em estudo, que será feita por carta arbitral [...]”. in: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem** ... p. 307

⁷¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário, in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 6, 2005. p. 26.

⁷¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2024. p. 326

⁷¹⁷ SILVA, João Paulo Hecker da. **Processo societário**: tutelas de urgência e da evidência. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 335

4.4.4 Inferências negativas e redistribuição do ônus da prova

As inferências e a redistribuição do ônus da prova são medidas possíveis para que se combata a recusa da parte a produzir provas determinadas pelo tribunal arbitral⁷¹⁸ - sendo vistas como alternativas mais viáveis do que a imposição de sanções ou acionamento do Judiciário⁷¹⁹. Os institutos podem apresentar, no julgamento, consequências semelhantes, mas não se confundem.

A inferência negativa, mecanismo solidificado na doutrina internacional como ferramenta para conclusão de processos arbitrais⁷²⁰, implica a presunção de que a parte, ao deixar de apresentar determinado documento, tem por objetivo ocultar elemento adverso aos seus interesses⁷²¹. O raciocínio que se desenvolve nas inferências negativas é semelhante àquele exercitado pelo julgador ao observar as máximas da experiência⁷²²: entende-se que a recusa em apresentar determinado documento ocorre porque, provavelmente, o documento é contrário aos interesses da parte⁷²³.

⁷¹⁸ KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due process** ...pp. 153 e 154.

⁷¹⁹ “*Rather than impose sanctions or seek judicial enforcement of disclosure orders, arbitrators are more likely to draw adverse inferences from a party’s refusal to produce requested documents or witnesses. This authority is recognized in some institutional rules, as well as the IBA Rules. The tribunal’s power to draw adverse inferences is also well-recognized in arbitral authority and national court decisions. There are cases where national courts have concluded that a tribunal exceeded its authority in drawing adverse inferences, but this is rare*”, in: BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**, 3. ed. Kluwer Law International, 2021. pp. 224 e 225

⁷²⁰ Born, Gary B. **International Commercial Arbitration**, 3. Ed, Kluwer Law International, 2021. p. 2486

⁷²¹ PINTO, José Elilio Nunes. Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem, in: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 25, 2010. p. 16

⁷²² “A presunção ou inferência negativa que o julgador faz sobre a ocorrência do fato probando é norteadora por conhecimentos gerais, universalmente aceitos, seja sob a forma de experiência, seja sob a forma de observação ou princípio científico. Esses critérios cognoscitivos abrangem uma esfera ampla e indefinida de proposições e são comumente chamados de máximas da experiência. Na extração das inferências adversas, o julgador segue esse mesmo caminho. Se conceituada sem maior detalhamento, essa técnica consiste no estabelecimento de uma conclusão negativa pelo julgador a partir da recusa da parte em produzir uma prova que esteja sob seu controle”. MELO, Naiane Lopes Soares de. **Arbitragem e valor probatório da conduta da parte**, 1. Ed. São Paulo: Almedina, 2023. p. 115

⁷²³ “Na arbitragem internacional, a relutância da parte em exhibir determinado documento não resta impune. Nesses casos, o tribunal arbitral aplica a denominada ‘inferência negativa’, admitindo, por consequência, que o fato de a parte deixar de apresentar um determinado documento, sem que para isso tenha uma justificativa aceitável ou, até mesmo, qualquer justificativa, fundamenta-se na circunstância de aludido documento ser adverso aos interesses daquela mesma parte”, in: PINTO, José Emilio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de provas na arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Internacional**.... p. 87

As inferências negativas têm escopo limitado, de modo que não afastam o ônus da prova da parte que dela se beneficia⁷²⁴⁻⁷²⁵. Seu alcance é objetivo: atingem o *fato* ao qual a prova se dirige a demonstrar⁷²⁶.

Os requisitos autorizadores da adoção de inferências negativas variam consideravelmente entre regulamentos, instrumentos de *soft law* e entendimentos doutrinários – estando, também, submetido à discricionariedade dos árbitros⁷²⁷. Exemplo disso é o caso *Metal-Tech v. Republic of Uzbekistan*, no qual o tribunal arbitral reforçou sua autoridade para definir os critérios que devem ser empregados para definir *standards* de prova, a inversão do ônus probatório, estabelecimento de presunções e emprego de inferências:

*“Rules establishing presumptions or shifting the burden of proof under certain circumstances, or drawing inferences from a lack of proof are generally deemed to be part of the lex causae. In the present case, the lex causae is essentially the BIT, which provides no rules for shifting the burden of proof or establishing presumptions. Therefore, the Tribunal has relative freedom in determining the standard necessary to sustain a determination of corruption”*⁷²⁸.

⁷²⁴ VAN POPPERL, Vera Van Houtte. *Chapter 5: Adverse inferences in international arbitration*, in: GIOVANNINI, Teresa; MOURRE, Alexis. **ICC Dossier No. 6 Written Evidence and Discovery in International Arbitration: new issues and tendencies**, *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 6. Kluwer Law International, 2009. p. 199

⁷²⁵ Em comentário às IBA Rules, em contexto de arbitragem internacional: *“Drawing a negative inference does not mean that the burden of proof is shifting from one party to the other. Indeed, drawing negative inferences becomes relevant in situations in which the party bearing the burden of proof is not able to provide the necessary evidence without the evidence to be produced by the other party and, in case the other party were to refuse production, would lose without a negative inference. The negative inference is used to substitute for a piece of essential evidence. The burden of proof - understood as the rule on which party has to bear the consequences if a certain allegation is not proven - does not shift. However, when an arbitral tribunal threatens negative inferences in relation to the production of documents by the party not bearing the burden of proof, obviously the burden to produce the necessary evidence shifts”*, in: ZUBERBÜNLER, Tobias... [et. al.]. *Article 9: Admissibility and Assessment of Evidence*, in: ZUBERBÜNLER, Tobias... [et. al.]. **IBA Rules of evidence: commentary on the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration**, 2. ed. Schulthess Juristische Medien, 2022. p. 223

⁷²⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem*. in: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno. **Provas e arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 267

⁷²⁷ *“There are no universally accepted criteria for drawing adverse inferences in international arbitration, given arbitrators’ wide discretion to find facts and appraise the probative value of evidence”*. In: SHARPE, Jeremy K. *Chapter 16: Adverse Inferences*, in: FERRARI, Franco; ROSENFELD. **Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: key concepts and issues**. Kluwer Law International, 2022. p. 371

⁷²⁸ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>.

As *IBA Rules on taking of evidence* apresentam quatro hipóteses, nos art. 9.6 e 9.7, para a incidência de inferências negativas: (i) a ausência de justificativa para a recusa em apresentar a prova requerida pela parte contrária, cuja produção não foi objeto de impugnação tempestiva; (ii) a ausência de justificativa para recusa em apresentar prova cuja produção foi determinada pelo tribunal arbitral; (iii) a insuficiência da justificativa apresentada para deixar de apresentar qualquer prova solicitada pela parte contrária, que não tenha sido objeto de impugnação tempestiva; (iv) a insuficiência da justificativa apresentada para negar a produção de prova determinada pelo tribunal arbitral. O que fazem as regras da IBA, nesse caso, é estabelecer as situações que autorizam a medida, sem delinear claramente os seus requisitos.

O *Chartered Institute of Arbitrators* apresenta ainda como requisitos para a adoção de inferências negativas (i) que prova seja admissível, relevante e pertinente; (ii) que a parte tem controle sobre a prova; (iii) que foi oferecida oportunidade de produzir a prova; (iv) que a inferência não seja contrária à prova dos autos e que seja consistente com o conjunto probatório; (v) que não haja explicação razoável para justificar a inexistência da prova – bem como que sejam observadas as circunstâncias do caso concreto⁷²⁹.

Na doutrina, consagraram-se os requisitos indicados por Jeremy K. Sharpe⁷³⁰: (i) a parte que busca a aplicação de inferências negativas deve produzir todas as evidências que corroboram o resultado da inferência negativa; (ii) a prova que se pretende produzir deve ser acessível à parte contra a qual se pretende aplicar a inferência negativa; (iii) a inferência que se busca deve ser razoável e consistente com a prova dos autos e logicamente relacionada à natureza da prova que não foi exibida; (iv) a parte que busca a inferência deve ter produzido *prima facie*; e (v) a parte contra

⁷²⁹ “Before drawing such adverse inferences, arbitrators need to satisfy themselves that (1) the evidence is admissible, relevant and material; (2) the evidence is in the control of the recalcitrant party; (3) the recalcitrant party was given sufficient time and opportunity to produce it; (4) the inference is not contradicted by other evidence and is consistent with the evidence submitted by the opposing party; (5) there is no satisfactory explanation as to the party’s failure to produce a requested evidence; and (6) any other relevant circumstances of the case”,. Disponível em: <https://ciarb.org/media/4198/guideline-6-managing-arbitrations-and-procedural-orders-2015.pdf>

⁷³⁰ Sua menção, na doutrina nacional, pode ser encontrada, por exemplo, em: DIAS, Aline; GOMIDE, Giulia Cavallieri. Meio de prova na ausência de prova: inferência negativa, in. LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem**: teoria, cultura, dogmática e prática. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 279

a qual se pretende produzir a inferência negativa deve ter ciência de sua obrigação em apresentar a prova⁷³¹.

As inferências negativas podem apresentar *resultado* semelhante à redistribuição do ônus da prova, mas são institutos que não se confundem. É o que aponta Guilherme Rizzo do Amaral:

“As I have mentioned earlier, adverse inferences do not shift the burden of proof nor do they lower the standard of proof. They constitute a mental process through which the arbitrator fills the gap of missing direct evidence with a complex gap-filler comprised of different elements. For that mental process to be legitimate and accepted, it must fulfil the requirements dictated by the lex arbitri”^{732,733}.

Em arbitragens domésticas é incomum o emprego de inferências negativas, embora não haja dúvida a respeito de sua compatibilidade com o direito brasileiro⁷³⁴. As inferências negativas desempenham o papel de cálculo a ser realizado pela parte dos possíveis prejuízos que podem ser causados em caso de descumprimento da ordem de exibição de documentos. É, essencialmente, uma sanção pelo comportamento não cooperativo⁷³⁵ ou à adoção de táticas de guerrilha⁷³⁶.

⁷³¹ “This article distills from arbitral awards and decisions the following requirements for drawing inferences leading to an adverse award: (1) the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought; (2) the requested evidence must be accessible to the inference opponent; (3) the inference sought must be reasonable, consistent with facts in the record and logically related to the likely nature of the evidence withheld; (4) the party seeking the adverse inference must produce *prima facie* evidence; and (5) the inference opponent must know, or have reason to know, of its obligation to produce evidence rebutting the adverse inference sought”. SHARPE, Jeremy K. Drawing Adverse Inferences from the non-production of evidence. In.: **Arbitration International**, vol. 22. p. 551

⁷³² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of proof and adverse inferences in international arbitration: proposal for na inference chart*, in. **Journal of International Arbitration**, vol. 35, 2018. p. 28.

⁷³³ Em sentido contrário: “The crucial but unproven fact is, at first, often aired to the arbitral tribunal based on allegations, suspicions and leads which are in themselves not sufficient to convince the arbitral tribunal that the alleged fact is true. They are, however, sufficient to arouse the arbitral tribunal's curiosity and, accordingly, the arbitral tribunal might order the respondent to produce documents or make an appropriate witness available for cross-examination. If the respondent refuses, the arbitral tribunal could assume the unproven fact to be true unless the respondent proves otherwise. This is effectively shifting the burden of proof for this specific fact”. GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Chapter 9: Adverse Inferences in International Arbitral Practice, in: KRÖLL, Stefan M.; MISTELIS, Loukas A. **International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution**. Kluwer Law International, 2011. p. 187

⁷³⁴ DIAS, Aline; GOMIDE, Giulia Cavallieri. Meio de prova na ausência de prova: inferência negativa, in. LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem...** p. 272 e 274

⁷³⁵ GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse Inferences in International Arbitral Practice, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, vol. 22, n. 2, 2011. p. 46.

⁷³⁶ HORVATH, Gunter J.; NEIL, Amanda. Guerrilla Tactics in International Arbitration, in. **Asian Dispute Review**, Hong Kong International Arbitration Centre, 2017, Vol. 19, pp. 131 – 137. p. 135.

Disso difere da inversão do ônus da prova, que tem maior vínculo com sua característica como *regra de instrução* e, portanto, é essencialmente processual, sendo desnecessário qualquer comportamento da parte contrária⁷³⁷, bastando a impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção probatória (art. 373, §2º, CPC) – mostrando maior flexibilidade em comparação a outros ordenamentos, como o português⁷³⁸.

Cabe destacar, nesse sentido, que a inaplicabilidade das disposições do CPC/15 ao processo arbitral não resulta na impossibilidade de se redistribuir o ônus da prova de forma equitativa⁷³⁹. A redistribuição do ônus da prova tem natureza de *princípio* do processo e se justifica no devido processo legal:

“A falta de normatividade (em sede arbitral) sobre o tema não permite, porém, a aplicação pura e simples da regra do Código de Processo Civil. O princípio, entretanto, deve ser levado em conta pelo tribunal arbitral, nada impedindo que – preferencialmente na audiência de organização do procedimento que tratei acima (ou em outra oportunidade, desde que a parte a quem se atribuir o ônus probatório não seja impedida ou prejudicada em sua atividade probatória) – determinem os julgadores (motivadamente) a distribuição mais equânime dos encargos probatórios; Trata-se de medida de equilíbrio, com a relativização da regra geral de feição romanista (*ei qui affirmat, non ei qui negat, incumbit probatio*) cuja aplicação pura parece incompatível com o

⁷³⁷ É o que se decidiu no caso ICSID nº ARB/20/38: “*However, the Committee finds that it is not feasible to claim that the Tribunal may have failed to state the reasons ‘by shifting the burden of proof’, as asserted by the Applicant. Which party correctly bears the burden of proof is an issue of procedure and not of reasons. Therefore, the Committee decides that the Applicant’s request to annul the Award for lack of reasons by shifting the burden of proof is rejected because it is manifestly without legal merit*”. In: Nachingwea U.K. Limited (UK), Ntaka Nickel Holdings Limited (UK) and Nachingwea Nickel Limited (Tanzania) v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/20/38. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/180648.pdf>

⁷³⁸ “Assim, as peculiaridades da causa podem conduzir o juiz ao inverter o ônus da prova, atribuindo-lhe a quem não detinha originalmente o encargo. Nesse contexto, é irrelevante a identificação do responsável pela dificuldade de produção da prova – que poderá, eventualmente, derivar justamente da recusa da outra parte em cooperar com a instrução probatória ou de qualquer outro evento. No sistema brasileiro, portanto, admite-se a redistribuição do ônus da prova nos casos de ‘impossibilidade’ ou ‘excessiva dificuldade’, que podem ter sido causadas por motivos alheios ao processo, como decorrência de conduta ilícita da parte onerada ou qualquer outra circunstância. O CPC/15 não exige uma comprovação de culpa do adversário e a impossibilidade de produção da prova, tal como ocorre no sistema português. Os requisitos do CPC brasileiro são mais genéricos e, conseqüentemente, de mais fácil preenchimento”. AMARAL, Paulo Osternack. **Prova por declarações de parte**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 130

⁷³⁹ Em comentário a caso concreto, relacionado à possibilidade de inversão do ônus da prova: “Se houve, comprovadamente, um ataque cibernético de uma parte em relação à outra, então não é a vítima quem tem de demonstrar que houve prejuízo – embora a existência dele seja necessária. É a parte fraudadora quem deverá demonstrar que, a despeito da prática de sua conduta ilícita, não houve prejuízo no procedimento”. In: BECERRA, Eduardo de Carvalho. Ataques cibernéticos em arbitragens: reflexões em torno da homologação de sentenças estrangeiras, in: **Spain Arbitration Review**, vol. 45, 2020. p. 68.

desenvolvimento de relações jurídicas cada vez mais complexas e assimétricas”⁷⁴⁰.

Assim, embora parte da doutrina veja com cautela a possibilidade de se determinar a redistribuição do ônus da prova no processo arbitral⁷⁴¹, é certo que o instituto pode ser utilizado pelos árbitros. No entanto, diversamente do que ocorre com as inferências negativas, sua finalidade é essencialmente instrutória, e não sancionatória.

Assim, a inversão do ônus da prova pode ser aplicada antes mesmo da recusa da parte em produzir determinada prova, ao passo que a inferência negativa tem como pressuposto essa resistência.

Em processos de produção autônoma da prova não é possível que sejam diretamente aplicadas as inferências negativas, tendo em vista que não se pretende a declaração de existência ou inexistência de um fato. Apesar disso, é possível que o comportamento da parte no processo antecedente seja utilizado como fundamento para que, desde logo, faça-se incidir o instituto.

4.4.5 Obtenção coercitiva do documento

Embora a LArb não preveja a medida expressamente, como faz com a condução coercitiva de testemunhas, é possível que o tribunal arbitral recorra ao Poder Judiciário para obtenção de documentos que estão em posse de uma das partes ou de terceiros.

No caso de documento em posse da parte do procedimento arbitral, poderá o tribunal arbitral expedir carta arbitral ao juiz togado para que sejam adotadas as medidas coercitivas cabíveis, inclusive a busca e apreensão de documentos⁷⁴². O

⁷⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei 9.307/96, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 318.

⁷⁴¹ “Deve ser vistas com reservas a inversão de ônus da prova em sede de arbitragem, pois, nessa seara, está-se diante de direitos disponíveis, partes maiores e capazes e que ostentam posição de igualdade (até mesmo porque, se assim não fosse, poder-se-ia questionar a validade da convenção de arbitragem). Outrossim, a arbitragem é um método de solução de disputas em que impera a vontade das partes. Logo, eventual iniciativa do árbitro à inversão do ônus da prova deve ser excepcionalíssima, sob pena de comprometer a posição equidistante, independente e imparcial” in: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; MARQUES, Lilian Patrus. O procedimento arbitral II, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**... pp. 486 e 487.

⁷⁴² Trata-se de procedimento semelhante àquele adotado para efetivação da tutela de urgência: “Tais providimentos, porém, não podem ser atuados praticamente pelo árbitro, que não possui *imperium*.”

recurso ao Poder Judiciário, entretanto, deve ser limitado aos casos em que não foi possível obter os documentos pelos outros meios disponíveis ao tribunal e que o recurso às inferências negativas não é útil à resolução do caso. Nesse caso, após a obtenção forçada dos documentos, será possível dar prosseguimento ao processo arbitral.

A maior dificuldade se revela quando o documento se encontra em posse de terceiro. Novamente é relevante a distinção entre terceiros perfeitos (aqueles que não estão incluídos na convenção de arbitragem) e terceiros imperfeitos (que celebraram a convenção arbitral), sendo que o tribunal arbitral não detém jurisdição sobre os primeiros.

Desse modo, o tribunal arbitral poderá somente expedir ofício ao terceiro perfeito para que apresente os documentos, mas não terá poderes para fazer valer qualquer tipo de medida coercitiva. Havendo resistência, não haverá alternativa na via arbitral: será necessário o ajuizamento de ação probatória autônoma na via judicial, com o objetivo de que o Poder Judiciário determine a exibição do documento⁷⁴³⁻⁷⁴⁴. Nesse caso, deverá se aguardar a exibição da prova no processo estatal para que se prossiga o processo arbitral.

Por essa razão é que se faz necessário o auxílio judicial. Uma vez concedida a medida de urgência, cautelar ou antecipatória, deverá o árbitro (ou o presidente do tribunal arbitral) requisitar ao Estado-juiz a prática dos atos necessários à efetivação da medida deferida. Assim, por exemplo, se o árbitro determinar a busca e apreensão cautelar de um certo bem, deverá ser requisitada ao juiz a prática dos atos necessários para a localização e apreensão do bem sobre o qual deve recair a constrição. Do mesmo modo, se o árbitro conceder medida antecipatória de tutela para o fim de proibir a prática de certa atividade nociva, incumbirá ao juiz, a quem isso será requisitado, determinar a prática dos atos de força necessários a inibir a prática danosa". In: CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 2. pp. 26 e 27

⁷⁴³ “[...] caso o documento esteja em posse de terceiro, a parte interessada na sua exibição poderá formular este pedido, admitindo-se até mesmo que o tribunal arbitral oficie o terceiro solicitado a exibição. Contudo, havendo resistência, deverá ser proposta a ação judicial prevista nos artigos 400 e seguintes do Código de Processo Civil perante o juízo estatal, uma vez que o terceiro, não sendo parte da convenção de arbitragem, não poderá ser demandado por esta via [...]”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; MARQUES, Lilian Patrus. O procedimento arbitral II, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABEL, Caio. **Tratado de arbitragem**... p. 492.

⁷⁴⁴ A lei de arbitragem francesa, de outro lado, permite aos árbitros requererem ao tribunal estatal que determine se determine ao terceiro a entrega do documento, sob pena de imposição de medidas coercitivas voltadas à sua produção: “*Si una parte desea referirse a un documento, privado o público, en el cual no ha sido parte o se halla en poder de un tercero, dicha parte puede, a invitación del Tribunal arbitral, pedir al Tribunal de gran instancia que cita a dicho tercer a fin de obtener la entrega del documento. Si el presidente estima que la demanda se halla fundada, puede ordenar bajo sanción coercitiva su entrega en original, copia o extracto, según los casos, en las condiciones y con las garantías que establezca. Hay que hacer notar que la ley no ha optado en este caso por el juez de apoyo, sino por el presidente del Tribunal de gran instancia.*” In. MULLERAT, Ramón. *Allons enfats (árbitres) de la patrie.. 50 pinceladas impresionistas sobre los puntos más relevantes de la nueva Ley de Arbitraje francesa 2011*, in. **Revista del Club Español del Arbitraje**...p. 71

4.4.6 Análise do comportamento no processo declaratório posterior

A produção autônoma da prova possui limitações que impedem que se obtenha, da inércia do requerido em tornar possível a produção de uma prova, a conclusão de que um ônus probatório não foi satisfeito para fins de julgamento de mérito de uma pretensão⁷⁴⁵. Apesar disso, a conduta adotada pela parte pode desempenhar papel relevante em futuro processo.

É bem verdade que não há coisa julgada material na ação de produção autônoma de provas, mas há estabilidade em relação à conduta das partes. O comportamento não cooperativo poderá ser utilizado como fundamento para que se limite a atuação das partes em processo posterior, em razão da vedação ao comportamento contraditório. Isso significa, principalmente, que: (i) a ausência de prova não poderá beneficiar a parte que agiu em descumprimento das ordens impostas pelo tribunal arbitral; e (ii) que não poderá fazer uso de prova sonogada no processo de produção autônoma de prova posteriormente.

Nesse contexto, havendo recusa da parte ou adoção de comportamentos de guerrilha, poderá o tribunal arbitral registrar por ordem procedimental ou sentença que a o resultado da produção autônoma da prova foi comprometida em razão da atuação da parte, declinando ainda as razões apresentadas para tanto. Em futuro e eventual processo, não será tolerado comportamento contraditório, com a produção da prova.

⁷⁴⁵ “A ausência de contraditório exclui qualquer cogitação a respeito da possibilidade de revelia ou de confissão ficta, caso o requerido, citado, não se manifeste e não compareça para reinquirir as testemunhas, falar sobre os documentos ou apresentar a prova que se encontra em seu poder.” GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil...** p. 127.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no estudo promovido, foram atingidas diversas conclusões parciais que, analisadas conjuntamente, tornam possível responder às perguntas que justificaram o presente trabalho. As conclusões parciais do presente trabalho são apresentadas a seguir.

1. Quanto à aplicabilidade das normas de direito processual na arbitragem: (a) as regras de direito processual judiciário, dispostas no Código de Processo Civil, não são cogentes à arbitragem, a menos que as partes tenham concordado em sentido contrário; (b) o processo arbitral, em que pese, a princípio, esteja desvinculado das regras de direito processual judiciário, deve respeitar as garantias constitucionais e o modelo constitucional de processo; e (c) o delineamento do modelo constitucional do processo arbitral é realizado expressamente pela lei, ao apresentar as hipóteses taxativas em que se justifica a pretensão de declarar a nulidade da sentença arbitral.

2. Quanto aos limites objetivos e subjetivos da convenção de arbitragem: (a) a vinculação das partes à convenção de arbitragem depende de declaração de vontade nesse sentido, ainda que não seja expressa; (b) não é possível a inclusão de terceiros que não tenham participado da convenção de arbitragem no processo arbitral sem o consentimento das partes; (c) embora os limites objetivos da convenção de arbitragem sejam definidos por sua redação, deve-se outorgar interpretação no sentido de que as exceções devem ser feitas expressamente.

3. Quanto ao direito à prova: (a) é sujeito a limites internos, externos e intrínsecos aos meios de prova; (b) os limites internos são os filtros de relevância e de pertinência, que devem ser vistos como círculos concêntricos, em que a relevância possui raio menor, incluído na pertinência; (c) os limites externos são vinculados a outras espécies de direitos ou garantias extraíveis do ordenamento jurídico; (d) os limites intrínsecos aos meios de prova são aqueles que, em razão da particularidade da prova, impõe restrições à sua produção; (e) o direito à produção autônoma de provas não possui caráter eminentemente processual, razão pela qual pode ser exercido na arbitragem; (f) as normas que regulam a produção autônoma de provas tem natureza eminentemente processual, embora decorram logicamente da natureza da ação probatória autônoma, de modo que, apesar de não serem cogentes, orientam o exercício do direito na arbitragem; (g) as normas que limitam o exercício do direito

à prova podem ou não ter fundamento que supere a natureza meramente processual, tornando-se necessária a análise do caso concreto.

4. Quanto à ação de produção autônoma de provas: (a) é ação com mérito próprio, no qual se veicula pretensão de tutela jurisdicional em sentido estrito, não se limitando a jurisdição voluntária; (b) submete-se ao exame dos pressupostos processuais de legitimidade e interesse, embora tais elementos não se caracterizem da mesma forma que no procedimento comum; (c) tem contraditório amplo quanto ao direito à produção autônoma da prova, embora a cognição do juízo seja limitada quanto ao objeto da ação; (d) é fungível em relação às demais ações probatórias, notadamente quanto à ação de exibição de documentos; (e) a sentença proferida na ação de produção antecipada de provas, embora não faça coisa julgada, traz estabilidade quanto às condutas adotadas pelas partes em processo posterior.

5. Quanto ao pedido de produção autônoma de provas em sede arbitral: (a) os árbitros, via de regra, tem jurisdição sobre o pedido de produção autônoma de provas, seja ele baseado na urgência ou não; (b) em casos de urgência excepcional, poderá a parte requerer a produção da prova perante o juízo estatal, a despeito da previsão de ser necessária a submissão do conflito à arbitragem; (c) caso não haja resistência do requerido, a prova será produzida; (d) havendo resistência, caberá ao tribunal arbitral decidir se existe ou não direito à prova; (e) caso o requerido se negue a produzir a prova, o tribunal arbitral poderá adotar medidas coercitivas e/ou recorrer ao Poder Judiciário para que sejam adotadas medidas voltadas à obtenção forçada da prova.

Diante disso, permite-se responder às questões que justificaram o presente estudo da seguinte forma: é, sim, viável o pedido de produção autônoma de provas na arbitragem. Não incidem sobre a arbitragem as regras do CPC/15 que estabelecem o procedimento para produção antecipada de provas, embora essas disposições sejam reflexo lógico das limitações do pedido de produção autônoma. Os árbitros deverão observar as limitações ao direito da prova de acordo com a natureza dos limites impostos (se de direito material ou processual), bem como garantir o contraditório do requerido.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

ABDO, Carlo Marinoni. ROCHA NETO, Edson Francisco. Produção antecipada de provas e arbitragem: a quem compete o julgamento quando inexistente urgência?, in. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2022.

ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de; PONIZI, Fernando Figueiredo. Breves reflexões sobre os princípios constitucionais processuais na arbitragem, in. ABBOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente. **Revista Jurídica ESMP-SP**, vol. 3, 2013.

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de urgência no direito ambiental**: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015.

ALVIM, Arruda. GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e juízo arbitral, in: **Revista dos Tribunais**, vol. 1.046. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**, 2. ed. São Paulo: Saravia, 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação Monitória, in. **Revista de Processo**, vol. 79, 1995.

ALVIM, Teresa Arruda. Direito Probatório – Prova e Tecnologia, in **Processo, Ciência e Tecnologia**: intersecções entre direito e inovação na era digital. Londrina: Thoth, 2024.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Burden of proof and adverse inferences in international arbitration: proposal for an inference chart*, in. **Journal of International Arbitration**, vol. 35, 2018.

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

AMARAL, Paulo Osternack. **Prova por declarações de parte**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

AMARAL, Paulo Osternack. **Manual das Provas Cíveis**. Londrina: Editora Thoth, 2023.

ANCEL, Bertrand. O controle de validade da Convenção de arbitragem: o efeito negativo da ‘competência-competência’, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 6.

ANDERSON, Terence. SCHUM, David. TWINING, William. **Analysis of Evidence**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito?, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, 2015.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 369 a 404: das provas: disposições gerais [livro eletrônico], v. VIII. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; MARQUES, Lilian Patrus. O procedimento arbitral II, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Direito à prova. in: **Revista de Processo**, vol. 39, 1985.

ARAÚJO JUNIOR, Gediél Claudino de. **Código de Processo Civil Anotado**: dicas de prática jurídica, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ARAUJO, Clarice von Oertzen de. Semiótica e investigação do direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo Lógico-Semântico**, vol. 1, 2. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

ARAUJO, José Henrique Mouta. LEMOS, Vinicius Silva. A produção antecipada de provas como um procedimento especial e sua necessária sistematização, in. **Revistas de Processo**, vol. 339, 2023.

ARAUJO, Yuri Maciel. **Arbitragem e devido processo legal**, 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

ARRUDA ALVIM, Angélica... [et. al.]. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Não sujeição do terceiro anuente à cláusula de compromisso arbitral prevista em contrato, in. **Pareceres**, vol. 1, 2012.

ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo.** Salvador: Juspodivm, 2019.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. TAKEISHI, Guilherme Toshihiro. MENEZES, Isabella Simão. Notas sobre a produção antecipada da prova e arbitragem: uma crítica do recente posicionamento do STJ, in: **Revista de processo**, vol. 345. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.

AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica.** Salvador: Juspodivm, 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas e arbitragem.** 2021. 284. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Unidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

BECERRA, Eduardo de Carvalho. Ataques cibernéticos em arbitragens: reflexões em torno da homologação de sentenças estrangeiras, in: **Spain Arbitration Review**, vol. 45, 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, in: **Revista de Processo**, vol. 290, 2019.

BENETI, Ana Carolina. BARALDI, Eliana. CUNHA, Elina. Extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias. VERÇOSA, Fabiane. **Arbitragem e mediação: temas controvertidos.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BERNINI, Marcela Tarré. NASCIMENTO, Vitor Szpiz do. A prova inútil e meramente protelatória e a cultura arbitral, in: LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BONATO, Giovanni. *Il sistema probatorio nel processo civile italiano*, in: **Revista da Faculdade e Direito UFMG**, n. 71. Belo Horizonte, 2017.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**, 3. ed. Kluwer Law International, 2021.

BRAGA, Paula Sarno. BRAGA, Paula Sarno. Seção X: da Prova Pericial. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 2 [livro eletrônico]. São Paulo: Sariava, 2017.

BUENO, Júlio César. Princípios que governam a arbitragem II, in: VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico], 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas, 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2022.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2015 [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 6, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** [livro eletrônico], 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

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

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlo Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei 9.307/96, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. In. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 24.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz – São Paulo: Atlas, 2017.

CARPES, Artur. **O que provar?** Admissibilidade e eficiência da justiça civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CARPES, Artur. Por uma justiça civil mais eficiente: critérios objetivos de admissibilidade da prova, in: OSNA, Gustavo... [et. al.]. **Direito Probatório**. Londrina: Thoth, 2023.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de urgência e processo arbitral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARRETEIRO, Matheus Aimoré, in: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas**: os limites ao indeferimento da produção da prova. Londrina: Thoth, 2022.

CASADO, Márcio Mello; A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e a sua aplicação no processo civil – **Revista de processo**, vol. 209/2012.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. FERREIRA, Mariana Martins-Costa. in: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 31. ed., 2015.

CINTRA, Najla Lopes. Mediação privada: aspectos relevantes da Lei 13.140/2015, in: **Revista dos Tribunais**, vol. 967, 2016.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, 2. ed. Bolonha: il Mulino, 1998.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Primeiros comentários ao código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *The presentation of evidence in international commercial arbitration: binding gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence*, in: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 21, 2009.

COSTA, Guilherme Recena. **Partes e terceiros na arbitragem**. 2015. 293. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Unidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

COSTA, Patrícia Ayub da. **Táticas de guerrilha na arbitragem internacional**: mecanismos de prevenção, controle e sanção. Londrina: Thoth, 2023.

CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico], 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROFT, Clyde; KEE, Christopher; WAINCYMER, Jeff. **A guide to the UNCITRAL arbitration rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CUNHA, Ígor Martins da. ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. A capacidade de testemunhar após as modificações promovidas pelo estatuto da pessoa com deficiência, in.: **Revista de Direito e Medicina**, vol. 11, 2022.

DELEBECQUE, Philippe. *La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. Vic. 1re, 6 novembre 1990)*, **Revue de 'Arbitrage**, vol. 1, 1991.

DIAS, Aline; GOMIDE, Giulia Cavallieri. Meio de prova na ausência de prova: inferência negativa, in. LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem: teoria, cultura, dogmática e prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. A carta psicografada como fonte de prova no processo civil, in. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, vol. 51, 2014.

DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. in: DIDIER Jr, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC: doutrina selecionada**, v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. III, 9. ed. São Paulo: Editora Juspoivm, 2024

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, in. **Revista de Processo**, vol. 34, 1984.

DONNINI, Rogério José Ferraz; Bona fides: do direito material ao processual – **Revista de processo**, vol. 251, 2016.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de terceiros na arbitragem**. São Pauo: Quartier Latin, 2019.

FERRARI, Franco. ROSENFELD, Frederich Jakob. **Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: key concepts and issues**. Kluwer Law International, 2022.

FERRARI, Pietro. *The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: is there any reason for this doctrine to exist?* In. **Journal of International Arbitration**, vol. 26, 2009.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem comentada**, 3. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

FERREIRA, William Santos. **Breves comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

FERRER, Jordi. **Valoração racional da prova**, 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem** [livro eletrônico], 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

FINKLESTEIN, Cláudio; CASADO FILHO, Napoleão; BIOZA, Daniel Mendes. 'Quo vadis kompetenz-kompetenz': Dissecando a conduta do STJ no CC 151.130/SP. In: **Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 9, 2006.

FRAZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade**. Londrina: Editora Thoth, 2023.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Teoria geral do processo e a produção antecipada da prova: desafios diante das diversas especificidades, in. YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Londrina, Thoth, 2024.

GAGO, Robert; FERNANDES, Wanderley. Extensão objetiva da cláusula arbitral, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 43, 2014.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. Convenção arbitral III, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024.

GASPARETTI, Marco Vanin. Convenção de arbitragem e litisconsórcio necessário: desvinculação de signatários. **Revista de Processo**, vol 341, 2023.

GENTELE, Oskar. *Combating Due Process Paranoia in Swedish Arbitration*, in. **Stockholm Arbitration Yearbook**, Kluwer Law International, 2019.

GIRSBERGER, Daniel. VOSER, Nathalie. The Arbitration Agreement and the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, in. **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**, 4. ed.

GODINHO, Robson Renault. A admissibilidade e a racionalidade da prova: algumas notas a partir de um contexto subjetivista do direito probatório brasileiro, in. **Processo Ciência e Tecnologia: Intersecções entre direito e inovação na era digital**. Londrina: Thoth, 2024.

GODINHO, Robson Renault. Seção IX: da prova testemunhal. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GÓES, Gisele Fernandes. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GOLDMAN, Alvin I. *Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society*, in **The Journal of Philosophy**, vol. 88, 1991.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil** [livro eletrônico], vol II, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. Adverse Inferences in International Arbitral Practice, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, vol. 22, n. 2, 2011.

GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. *Chapter 9: Adverse Inferences in International Arbitral Practice*, in: KRÖLL, Stefan M.; MISTELIS, Loukas A. **International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution**. Kluwer Law International, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e litisconsórcio, in.: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 50, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, 4. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

HAACK, Susan. **Evidence Matters: Science, proof and truth in the law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.

HAACK, Susan. *The expert witness: lessons from the U.S Experience*, in: ***Humana.Mente Journal of Philosophical Studies***, vol. 28, 2015.

HAINING, Kristy. ZELLER, Bruno. *Can Separability Save Kompetenz-Kompetenz When There is a Challenge to the Existence of a contract?* in. ***The international Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management***, vol. 76, 2010.

HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. Os limites objetivos da coisa julgada nas ações probatórias autônomas, in. ***Revista de Processo***, vol. 326, 2022. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

HONATIAU, Bernard. OHLROGGE, Leonardo. *40th Year Anniversary of the Dow Chemical Award*, in. ***40 ASA Bulletin***, 2/2022.

HONATIAU. Bernard. **Complex Arbitrations**: multi-party, multi-contract, multi-issue – a comparative study, 2. ed. Kluwer Law International, 2020.

HORVATH, Gunter J.; NEIL, Amanda. *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, in. ***Asian Dispute Review***, Hong Kong International Arbitration Centre, 2017, Vol. 19.

KHODYKIN, Roman Mikhailovich. *Chapter 7: Documentary Evidence*, in. FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich Jakob. ***Handbook of evidence in international arbitration: key concepts and issues***. Kluwer Law International, 2022.

KHODYKIN, Roman Milkhailovich; MULCAHY, Carol. FLETCHER, Nicholas. ***A guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration***. Oxford University Press, 2019.

KIDANE, Won L. ***The culture of International Arbitration***. New York: Oxford University Press, 2017.

KROETZ, Tarcísio de Araújo; CAVALI, Rodrigo Costenaro; BONFIM, Alexandre Bley Ribeiro. Notas sobre a Equivalência Funcional entre o Compromisso Arbitral e a Cláusula Compromissória Completa, in: ***Revista Brasileira de Arbitragem***, vol. 01.

KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. ***Due process in international commercial arbitration***, 2. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

LAL, Hamish... [et. al.]. Abuse of document production in international arbitration: remedies when the adverse inference fall short, in. ***Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management***, Kluwer Law International, vol. 86, 2020.

LAMAS, Natália Mizrahi, in. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. ***Curso de Arbitragem***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LAZARI, Rafael de; MARGRAF, Alencar Frederico. Antecipação das provas testemunhais e o dilema das falsas memórias: uma análise sob o julgamento do

recurso em habeas corpus 61.488 e a relativização da Súmula 455 do STJ, in. **Revista dos Tribunais**, vol. 1.014, 2020.

LEE, João Bosco. Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da lei de arbitragem no tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 11.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo civil**: artigos 405 a 441: da prova documental. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Fatos e provas novos no processo civil** [livro eletrônico]: momento da alegação e da prova. Ação rescisória. Ação Revisional. Renovação da Ação Coletiva. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

LEITES, Giovana Perette. SIMÕES, Gabriel F. L. Valoração da prova na lei brasileira de arbitragem, in. LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem**: teoria, cultura, dogmática e prática. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 48.

LESSA NETO, João Luiz. GUANDALINI, Bruno. **Provas e Arbitragem**: teoria, cultura, dogmática e prática. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

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

LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. **Boa-fé no processo civil**: um estudo sobre a aplicação e extensão do princípio. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em direito. Curitiba, 2023.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**: tradução e notas de Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

LOPES, João Batista. Hierarquia de provas no processo civil, in. **Revista de processo**, vol. 333, 2022.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Inferências negativas e a exibição de documentos e coisas na arbitragem. **Provas e Arbitragem**: teoria, cultura, dogmática e prática. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação, in. **Revista de Processo**, vol. 188, 2010.

LY, Filip J.M. De; LÉVY, Laurent. **ICC Dossier nº 5: Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2008.

MAGALHÃES, José Carlos. **Problemas de direito empresarial e arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

MAIA, Marina Leal Galvão. As cláusulas escalonadas no ordenamento jurídico brasileiro: breves considerações sobre as cláusulas med-arb e seus efeitos, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 72. Kluwer Law International, 2021.

MARGHITOLA, Reto. **Document production in international arbitration**. Kluwer Law International, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAZZOLA, Marcelo. TORRES, Rodrigo de Assis. A produção antecipada da prova no judiciário viola a competência do juízo arbitral e a competência do árbitro?. In: **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. Londrina: Thoth, 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia de. Admissibilidade da prova testemunhal – questões sobre o artigo 401 do código de processo civil, in. **Revista dos Tribunais**, vol. 784, 2001.

MEIRELES, Carolina Costa. A estabilidade processual decorrente do procedimento antecipado de prova, in. **Civil Procedure Review**, v. 13, 2022.

MEIRELES, Carolina Costa. Produção antecipada de provas e arbitragem: uma análise sobre competência, in. **Revista de Processo**, vol. 303, 2020.

MELO, Naiane Lopes Soares de. **A arbitragem e o valor probatório da conduta da parte**. São Paulo: Almedina, 2013.

MELO, Paulo Cordeiro de. **A perícia no novo código de processo civil**. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

MERCEREAU, Ana Gerdau de Borja. Arbitragem e Contrato, In: **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MONTEIRO NETO, João Pereira. Pedido genérico: reflexões à luz do novo Código de Processo Civil, in. **Revista de Processo**, vol. 243. 2015.

MOSES, Margaret L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. New York: Cambridge University Press, 2008.

MOURRE, Alexis. *Chapter 2: Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration*, in. LY, Filip J.M. De; LÉVY, Laurent. **ICC Dossier nº 5: Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2008.

MOURRE, Alexis. *Multas coercitivas y ejecución en especie en arbitraje internacional*, in. **Revista del Club Español del Arbitraje**, vol. 10, 2011.

MULLERAT, Ramón. *Allons enfats (arbitres) de la patrie.. 50 pinceladas impresionistas sobre los puntos más relevantes de la nueva Ley de Arbitraje francesa 2011*, in. **Revista del Club Español del Arbitraje**, vol. 11, 2011.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Tutelas de urgência e cooperação judicial, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024.

MURIEL, Marcelo A. Produção de provas na arbitragem, In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista, **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrrônio R. Muniz, 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NALIN, Paulo. PUGLIESE, William Soares. Tutelas provisórias emitidas pelo Poder Judiciário brasileiro em apoio à arbitragem, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 50, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. GUILHARDI, Pedro. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da lei de arbitragem, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**.

NARDELLI. Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie... [et. al.]. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3**: provas. Salvador: Juspodivm, 2016.

NASSER, Paulo Magalhães. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico], 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Flávia Bittar. LOPES, Christian Sahb Batista. Medidas cautelares em arbitragem, in. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro. **20 anos da lei de arbitragem** [livro eletrônico]: homenagem a Petrrônio R. Muniz, 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa Julgada**. Antônio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NIHADA, Karla Saory Moriya; A defesa do réu na ação probatória, in. **Produção Antecipada da Prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos - org. Bruno Augusto Sampaio Fuga, Daniel Colgano Rodrigues, Thiago Caversan Antunies – Londrina, Thoth, 2019.

NUNES, Thiago Marinho. A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 5, 2005.

O'MALLEY, Nathan D. **Rules of evidence in international arbitration: an annotated guide**. London: InformaLaw, 2012.

OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais à luz das regras da IBA, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 70.

OLIVEIRA, Blecaute Silva. A prova e o fato. In: OSNA... [et. al.] **Direito Probatório**. Londrina: Thoth, 2023.

OLIVEIRA, Inaê Siqueira de. **Trasmissão da cláusula compromissória**, Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Subseção III: da produção da prova documental. In: STECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OSNA, Gustavo... [et. al.]. **Direito Probatório**. Londrina: Thoth, 2023.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. Cláusula Escalonada, in: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACHOAL, Thaís Amoroso. **A coletivização da prova**: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Procedimento I, in: LEVY; Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; LEITE, Amanda Kalil Soares. A produção antecipada de provas sem o requisito da urgência e a arbitragem. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. Londrina, Thoth, 2024.

PESSOA, Thiago Simões. **Ação coletiva de produção antecipada de provas**. Curitiba, Juruá, 2020.

PICELI, Rui Guimarães; FRANCO, Wagner. Adequada busca de resolução de conflitos societários mediante cláusula de escalonamento. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, vol. 78, 2017.

PILKOV, Konstantin. Evidence in international arbitration: criteria for admission and evaluation, in. **Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management**, vol. 80, 2014.

PINTO, José Elilio Nunes. Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 25, 2010.

PINTO, José Emilio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de provas na arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PINTO, Paulo Mota. Transmissão da Convenção de Arbitragem, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 78, 2023.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**, 6. ed. Napoli: Jovene, 2014.

PIZZOL, Patrícia Miranda; MIRANDA, Filson Delgado. A tutela de urgência como instrumento de acesso à justiça, in: **Revista de Processo**, vol. 302, 2020.

PONGRACZ, Irina A. *The 'group of companies' doctrine – between myth and reality*, in. **Revista Română de Arbitraj**, vol. 5, 2011.

RAJOO, Datuk Sunda. **Law, practice and procedure of arbitration**. 2. ed. Kuala Lumpur: LexisNexis Malaysia.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental: do documento aos documentos. Do suporte à informação**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**, 3. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

REICHELDT, Luis Alberto. A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo, in.: **Revista de Processo**, vol. 228, 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A importância da cláusula compromissória nos contratos empresariais como fortalecimento das relações negociais, **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol 28, 2011.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Medidas cautelares e urgentes na arbitragem: nova disciplina normativa, in. ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe.

Arbitragem e mediação [livro eletrônico]: a reforma da legislação brasileira, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem comentada**, 3. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

ROSSONI, Igor Bimkowski. Produção antecipada de prova sem requisito de urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção, in.: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. **Processo Societário**, vol. 3. Quartier Latin, 2018.

ROWLEY, J. William. **The guide to challenging and enforcing arbitration awards**, 2. ed. London: Law Business Research, 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe. LOSS, Juliana. O papel institucional do STJ no fortalecimento da arbitragem e do estado democrático de direito, in: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: sistematização das liminares – São Paulo: Atlas, 2011.

SAMPAIO, Amanda N. *Soft-law, rules and party autonomy*, in. VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaituba: Editora Foco, 2024.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Silas Silva. In, **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação [livro eletrônico], 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Seção II: da produção antecipada da prova. In: STECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHWEBEL, Stephen M.; MANTON, Ryan; SOBOTA, Luke. **International Arbitration: three salient problems**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

SHARPE, Jeremy K. *Chapter 16: Adverse Inferences*, in: FERRARI, Franco; ROSENFELD. **Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: key concepts and issues**. Kluwer Law International, 2022.

SHARPE, Jeremy K. Drawing Adverse Inferences from the non-production of evidence. In.: **Arbitration International**, vol. 22.

SHAUER, Frederick. **The proof: uses of evidence in law, politics, and everything else**. Cambridge: *Harvard University Press*, 2022.

SILVA, João Paulo Hecker da. **Processo societário: tutelas de urgência e da evidência**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. O papel do juiz no fortalecimento da arbitragem: efeito negativo da competência-competência v. *anti-suit injunctions*. in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 60, 2018.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. Das astreintes no processo arbitral: reflexões sobre o poder coercitivo do tribunal arbitral no Direito Luso-brasileiro, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 58, 2018.

SOLIMERE, Fábio. *The doctrines of kompetenz-kompetenz and separability and their contribution to the development of International Commercial Arbitration*, in. **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, vol. 80, 2014.

SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boardi; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simandi; DELLORE, Luiz. **Teoria geral do processo contemporâneo**, 7. ed. Barueri: Atlas, 2024.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. In. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STEPHEN, James Fitzjames. **A digest of the law of evidence**. London: Macmillan and Co. 1876.

SUASSUNA, Marcela Melichar; GUIMARÃES, Larissa Figueiredo Cerceau. A fixação de astreintes pelo tribunal arbitral e a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário: uma análise de decisões no âmbito dos tribunais estaduais brasileiros, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 76, 2022.

SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. **Russel on arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e efeitos da sentença na ação de impugnação de deliberação societária. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo societário**, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Desconsideração de personalidade jurídica, execução e convenção arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 78, 2023.

TALAMINI, Eduardo. Fundamentação da sentença arbitral e o devido processo. In: ABOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

TALAMINI, Eduardo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico], 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, in.: **Revista de Processo**, vol. 260, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Suspensão do processo judicial para realização de mediação, in. **Revista de Processo**, vol. 277, 2018.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: processo comum de conhecimento e tutela provisória. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEODORO, Viviane Rosolia. Princípios da arbitragem: o princípio kompetenz-kompetenz e suas consequências, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 51, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

TONIN, Mayara Gasparoto. ISFER, Mayara Roth. Apontamentos sobre a efetividade do sistema de aplicação da lei (*enforcement*) no mercado de valores mobiliários brasileiro, in. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 9, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Subseção III: da produção da prova documental. In: ARRUDA ALVIM, Teresa... [et. al.] **Breves Comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

TWINING, William. **Rethinking Evidence: explanatory essays** [livro eletrônico], 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press

VALLE, Martim Della. Considerações sobre os pressupostos processuais em arbitragens, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 12.

VAN POPPERL, Vera Van Houtte. *Chapter 5: Adverse inferences in international arbitration*, in. GIOVANNINI, Teresa; MOURRE, Alexis. **ICC Dossier No. 6 Written Evidence and Discovery in International Arbitration: new issues and tendencies**, *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 6. Kluwer Law International, 2009.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Breves comentários ao novo código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VÁSQUEZ, Carmem. **Prova pericial**: da prova científica à prova pericial. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

VAUGHN, Gustavo Fávero; SANCHES, Matheus Soubhia. Em torno do conflito positivo de competência entre juiz e árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 56, 2018.

VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Rafael; TABET, Caio. **Tratado de arbitragem**. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

VERÇOSA, Fabiane. A produção de provas, in: LEVY; Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VERÇOSA, Fabiane. **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VERÇOSA, Fabiane. **Audiência remota de instrução na arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Reflexões sobre a Tutela Cautelar na Arbitragem, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 7, 2005.

WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012.

WALD, Arnoldo. A desconsideração na arbitragem societária, in. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 44, 2015.

WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil** [livro eletrônico], 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

XAVIER, Rafael Branco. Desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu, in. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 66.

YARSHELL, Flávio Luiz, in. ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao código de processo civil**, 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**, 3. ed., rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz... [et. al.]. **Arbitragem no Brasil e no direito comparado: reflexões sobre direito empresarial, societário, consumidor, internacional e novas tecnologias**. São Paulo: Almedina, 2023.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo. **50 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Londrina: Thoth, 2024.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZUBERBÜNLER, Tobias... [et. al.]. **IBA Rules of evidence: commentary on the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration**, 2. ed. Schulthess Juristische Medien, 2022.