

## BREVÍSSIMAS NOTAS A RESPEITO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA NA ARBITRAGEM

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 14/2007 | p. 52 - 56 | Jul - Set / 2007  
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2/2014 | p. 1105 - 1110 | Set / 2014  
DTR\2007\887

### Flávio Luiz Yarshell

Professor Livre Docente Associado da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

#### Área do Direito: Arbitragem

**Resumo:** Tema pouco versado na doutrina brasileira é a antecipação da prova no âmbito da arbitragem. Com efeito, nada obstante a expressa disposição contida no art. 22, § 4.º, da Lei 9.307/96, segundo a qual "havendo a necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa", a hipótese aventada apresenta peculiaridades que demandam soluções igualmente particulares, sempre norteadas pela premissa de que a arbitragem é solução resultante da autonomia da vontade das partes e que afasta, ao menos em princípio, a solução estatal. As considerações que seguem, confessadamente despretensiosas, propõem-se a examinar alguns dos aspectos relevantes do tema e, principalmente, a servir de convite a maior e melhor reflexão da doutrina.

**Palavras-chave:** Procedimento arbitral - Produção antecipada de provas - Medidas cautelares - Intervenção do Poder Judiciário

**Abstract:** Anticipated production of evidence in arbitration is a topic seldom mentioned in the Brazilian doctrine. Although art. 22, paragraph 4 of law 9.307/96 expressly states that "if coercive or injunctive orders become necessary, the arbitrators may request them from the State Court originally competent to decide the case", the hypothesis presents peculiarities which demand individualistic analysis, and one shall always keep in mind that arbitration is a solution resulting from the will of the parties, which, at least in principle, withdraws the interference by the state. The arguments that follow, admittedly humble, intend to examine some relevant aspects within this subject, in addition to serving as an invitation to further reflection upon the doctrine.

**Keywords:** Arbitration procedure - Preemptive evidence - Cautions measures - State intervention

#### Sumário:

Não parece haver dúvida, no direito brasileiro em vigor, quanto ao poder do árbitro, tanto que regularmente instituído o juízo arbitral, de editar medidas cautelares.

A propósito, embora até se reconheça que as partes possam excluir<sup>1</sup> ou limitar<sup>2</sup> consensualmente esse poder,<sup>3</sup> não havendo disposição com semelhante conteúdo é de se entender que o órgão arbitral está investido plenamente da prerrogativa de decidir se a controvérsia que lhe é submetida está sujeita a alguma forma de tutela de urgência.

Nesse caso, como destaca a doutrina na interpretação da regra do art. 22, § 4.º, da Lei de arbitragem brasileira, é preciso distinguir entre a *concessão* e a execução da medida cautelar,<sup>4</sup> sabido que é nessa segunda que reside o emprego da força, privativa do poder estatal. Portanto, quando se trata de decidir se a medida de urgência deve, ou não, ser determinada, essa prerrogativa é exclusiva do árbitro e escapa ao controle judicial o mérito da correspondente decisão. Em contrapartida, deduzido o pedido perante o árbitro - como deve ocorrer - não poderá a parte, diante de eventual negativa, pretender o socorro estatal subsidiário.<sup>5</sup>

Por outro lado, parece prevalecer entre nós entendimento doutrinário segundo o qual o pleito de medidas de urgência só pode ser dirigido ao árbitro a partir do momento em que o juízo arbitral esteja regularmente instituído.<sup>6</sup> É que, antes desse momento, não há órgão arbitral ao qual o interessado possa se dirigir e, em certa medida, parece lícito dizer que não se verifica um dos pressupostos processuais de existência do processo arbitral, que é a investidura.

Certo que, em doutrina colhe-se entendimento, a prestigiar a autonomia da vontade das partes, segundo o qual "se a convenção de arbitragem estipular, expressamente, que se instalará de forma emergencial o juízo arbitral para atender questões dessa natureza relacionada com o objeto do contrato, isto é, com a demanda acessória antecedente à instauração da lide principal", nesse caso "a medida somente poderá

ser concedida pelo árbitro ou tribunal arbitral".<sup>7</sup> Contudo, mesmo ali se reconhece que "a urgência da hipótese em concreto é que irá definir a competência para o conhecimento da lide acessória, independentemente do que foi estipulado na cláusula ou no compromisso arbitral".<sup>8</sup> Portanto, não parece que a simples existência da convenção de arbitragem seja, por si só, suficiente para autorizar que a medida de urgência seja deduzida no âmbito arbitral.

E, de fato, nas hipóteses em que o juízo arbitral já esteja instituído mas nas quais, por circunstâncias excepcionais a verificar em cada caso concreto, não haja tempo suficiente para dele se obter a tutela de urgência necessária, o recurso ao Poder Judiciário será lícito na medida em que se apresente como a única forma possível de preservar a garantia inscrita no art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3).

Estabelecidas as premissas de que (i) o árbitro está autorizado a conceder medidas cautelares; (ii) o árbitro somente não pode executá-las porque não lhe é autorizado o emprego da força para tanto; (iii) o requerimento de medidas cautelares ao órgão arbitral somente é admissível quando aquele esteja regularmente instituído e (iv) antes disso, eventual tutela de urgência deve ser pleiteada diretamente ao Poder Judiciário, impõe-se examinar como isso se aplica à produção antecipada de prova.

Partindo-se da premissa de que a antecipação da prova se dá através de medida cautelar - como ocorre no direito positivo brasileiro - e suposto seja ela, em dada situação, providência preparatória, parece não haver como afastar a regra válida para as medidas cautelares em geral. Vale dizer: não instaurado validamente o juízo arbitral (suposto haver resistência de uma das partes), não há como a postulação da medida ser dirigida a um órgão arbitral que, a rigor, não existe.<sup>9</sup> Nesse caso, por mais que se busque preservar a autonomia da vontade das partes, não há como descartar a via estatal, sem que isso, obviamente, possa ser qualificado como renúncia tácita à solução arbitral.

Certo que não se pode dar à produção antecipada de prova a mesma solução cabível para outras medidas cautelares de cunho patrimonial, sem outras cogitações. É que, no caso da antecipação da prova, o objeto da medida não é - não ao menos diretamente - determinado patrimônio, como ocorre nas hipóteses de seqüestro ou de arresto, para ilustrar. O objeto da medida é a prova, cujo destinatário é a pessoa a quem será atribuído o poder de julgar a controvérsia propriamente dita. Por isso, e sem que seja necessário apelar para o desgastado princípio da oralidade (no qual inserido o ainda mais combalido princípio da identidade física do julgador), é de inegável conveniência que a prova seja produzida com a presença daquele que, afinal de contas, deverá julgar a controvérsia, mediante a valoração da prova produzida.<sup>10</sup>

Tal constatação, se não afasta a solução já indicada, de remeter o interessado para pleito perante o Poder Judiciário, pode levar a outra cogitação, que consiste em admitir, desde que isso seja possível e factível no caso concreto, que os futuros árbitros sejam autorizados a participar ativamente da colheita da prova,<sup>11</sup> lembrando-se, embora não seja exatamente a hipótese, que a jurisprudência admite intervenção de terceiros sob a forma de assistência, para garantir o contraditório e "a eficácia da prova produzida".<sup>12</sup>

Também é certo que, de forma diversa do que mais freqüentemente possa ocorrer em outras medidas cautelares, no caso da produção antecipada de prova pode não ser necessária a prática de atos coercitivos, bastando que se determine a realização da prova, com a respectiva consumação, sem qualquer coação. É pensar em uma prova pericial, em que bastará a designação do perito e o exame ou vistoria (caso esses independam da vontade das partes, p. ex., para apresentar as pessoas ou coisas sujeitas à perícia); ou na oitiva de testemunhas, isto é, de terceiros que a tanto não resistam; ou mesmo na solicitação de documentos em poder de terceiros que, da mesma forma, não oponham resistência.

Nesses casos, a ida ao Judiciário seria - como é para o direito brasileiro - dispensável. Contudo, tal constatação, embora não deixe de ser relevante em alguma medida, é ainda insuficiente para afastar a solução acima alvitada (de remessa da parte ao Judiciário) porque, como já ressaltado, não havendo investidura, não há árbitro a quem as partes possam se dirigir; ainda que para postular o que normalmente dispensaria a intervenção do Judiciário.

Naturalmente, havendo consenso dos envolvidos na produção antecipada antes da instituição do juízo arbitral, a prova poderá ser colhida por pessoa ou órgão a quem, mais adiante, será atribuída a qualidade de árbitro. Nesse caso, de duas uma: ou se confirma, posteriormente, a instituição da arbitragem integrada pelo árbitro ou árbitros que presidiram a colheita antecipada da prova ou, diversamente, não se confirma. Na primeira hipótese, não deve surgir problema, pela correspondência que ali se estabeleceu. Já na segunda situação, a arbitragem terá sido instaurada exclusivamente para a produção antecipada da prova, sendo esse o seu objeto e nada mais do que isso. Embora atípica, nada há que reparar nessa segunda solução. Caberá ao órgão encarregado de julgar a controvérsia propriamente dita - arbitral ou não - a valoração da prova colhida antecipadamente. Aliás, nessa segunda hipótese, nada impede que as partes estabeleçam que o objeto da arbitragem é a produção e homologação

(antecipadas) da prova e que se comprometam a resolver a controvérsia propriamente dita, se necessário, também por meio de arbitragem, mas a cargo de órgão diverso.

Consumada que seja a antecipação da prova perante o juiz estatal, nenhuma relevância terá a instituição do órgão arbitral para além do prazo de trinta dias, não havendo qualquer razão para deixar de reconhecer, nessa hipótese, a construção jurisprudencial segundo a qual a regra do art. 808, II, do CPC (LGL\1973\5) não se aplica à produção antecipada de prova.<sup>13</sup>

1. Assim, Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 268.
2. Assim, José Cretella Neto. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 138.
3. Hipóteses em que, naturalmente, subsistiria sempre a possibilidade de as partes demandarem a concessão e cumprimento de medidas cautelares perante o Poder Judiciário, diante da garantia da inafastabilidade (art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3)). O que não é possível, conforme observou corretamente Joel Dias Figueira Júnior, é a exclusão da possibilidade de se obter tutela de urgência, seja na via arbitral, seja na judicial (cf. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 220-222).
4. De acordo, Carlos Alberto Carmona. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *RePro* n. 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 87, p. 87. Da mesma forma, Pedro A. Batista Martins. O Poder Judiciário e a arbitragem - quatro anos da Lei 9.307/96 - 1ª parte. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 2000, v. 9, p. 323.
5. Assim, Aristóteles Atheniense. As medidas coercitivas no juízo arbitral. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 2003, v. 19, p. 314. No mesmo sentido, Joel Dias Figueira Júnior, (cf. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 224-225), é que as partes convencionem a exclusão da possibilidade de pleitear tutela cautelar, seja para o árbitro, seja para o Judiciário.
6. De acordo: Pedro A. Batista Martins. O Poder Judiciário e a arbitragem - quatro anos da Lei 9.307/96 - 1ª parte. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 2000, v. 9, pp. 323-324; Athos Gusmão Carneiro. Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares antecipatórias. *Civil law e common law*. Incompetência da justiça estatal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 2004, v. 375, p. 244; Selma Maria Ferreira Lemes. A inteligência do art. 19 da Lei de arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 2003, v. 20, p. 420.
7. Cf. Joel Dias Figueira, *Arbitragem* cit., pp. 224-225.
8. Cf. Joel Dias Figueira, *Arbitragem* cit., p. 225.
9. Essa a solução que vigora no direito italiano, o qual, a bem da verdade, não exclui apenas a produção antecipada de prova mas a concessão de qualquer medida cautelar pelo árbitro (art. 818 do CPC (LGL\1973\5)). Para exame da matéria, veja-se, por todos, Chiara Besso. *La prova prima del processo*. Torino: Giappichelli Editore, 2004, pp. 244 e ss., com outras referências bibliográficas.
10. Em boa medida, as críticas que são feitas ao princípio da oralidade e que o desprestigiam, perdem força no âmbito da arbitragem, na premissa de que não haja, dentro daquela instância, uma esfera recursal e que, portanto, a prova seja valorada precisamente por quem presidiu a respectiva colheita, não havendo o fenômeno de cassação e substituição (art. 512 do CPC (LGL\1973\5)) que, de fato, invalida em grande medida os fundamentos do referido princípio (na medida em que os julgadores do recurso não se submetem à imediação, à concentração dos atos em audiência e à identidade física). De igual modo, fala em favor da oralidade a circunstância de que não há revisão judicial do mérito do julgamento arbitral.
11. Assim ocorre no direito alemão, em alguma medida. Sendo necessária a intervenção do Judiciário, em razão da impossibilidade de o órgão arbitral produzir determinada prova, então se faculta a participação dos árbitros na respectiva produção (cf. Peter L. Murray e Rolf Stürmer. *German civil justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 482 e nota 398, que se refere ao art. 1.050 da ZPO). Certo que, na hipótese lá prevista, já há árbitros constituídos e a circunstância de a produção da prova ser remetida

ao Judiciário decorre do reconhecimento da impossibilidade de que seja produzida pelo órgão arbitral já instituído (basicamente em função da necessidade do emprego de coerção). Mas, mesmo sem o órgão formalmente já instituído, no caso da produção antecipada, se for possível, em dado caso concreto, estabelecer quem será - ou até quem está em vias de ser constituído como árbitro, a providência pode e deve ser determinada.

12. Cf. STJ, 3ª T., REsp 213.556-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.08.2001, DJU 17.09.2001. Não é, repita-se, caso de intervenção de terceiros, sob forma de assistência, o que está sugerido no texto. Contudo, o princípio ali referido abona a tese preconizada.

13. Cf. Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. Código de Processo Civil (LGL\1973\5) e *legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 890-891, nota 6 ao art. 808.