

## IGOR BIMKOWSKI ROSSONI<sup>1</sup>

### **Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção.**

1. Introdução. 2. O direito autônomo à produção probatória sem o requisito da urgência. 3. A tutela de urgência prévia ao procedimento arbitral. 4. Competência do juízo arbitral para o processamento da produção antecipada de provas sem requisito da urgência. 5. Argumentos contrários à competência do juízo arbitral para o processamento da produção antecipada de provas sem requisito da urgência. 6. Conclusão.

1. Passados mais de 20 anos da promulgação da Lei 9.307/96 (“LAB”), não há mais dúvidas a respeito da importância da arbitragem para o ordenamento jurídico brasileiro<sup>2</sup>, em especial para a solução de litígios societários<sup>3</sup>. Dentro de uma evolução natural da arbitragem, determinadas controvérsias que existiam no início da vigência do diploma, como a própria constitucionalidade da Lei 9.307/96, hoje não mais permanecem. Por outro lado, a sua consolidação, o seu aprimoramento e a sua utilização em escalada exponencial<sup>4</sup> trouxeram novos temas para o debate.

Um dos assuntos que tem recebido atenção de estudiosos é o referente à produção probatória prévia à instauração do procedimento arbitral. Mesmo já admitida antes da Lei 13.129/15, que alterou a LAB, ela ganhou evidência com a inclusão do art. 22-A no referido diploma legal<sup>5</sup>. O novo dispositivo normativo permitiu que as partes

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutor e Mestre pela USP. Bacharel pela UFRGS. Membro do IBDP e CEARPO. E-mail igor.rossoni@silveiro.com.br

<sup>2</sup> GRACIE, Ellen. A importância da arbitragem. Em A. WALD, *Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico (Coleção doutrinas essenciais; v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *passim*.

<sup>3</sup> WALD, Arnoldo. *A arbitralidade dos conflitos societários: contexto e prática*. Em YARSCHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário - Volume II*. São Paulo: Quartier Latin. 2015. p. 91

<sup>4</sup> Arnold Wald fala em “*verdadeira explosão da arbitragem*” no âmbito da América Latina (WALD, Arnoldo. A anti-suit injunction no direito brasileiro. Em *Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e mediação (Coleção doutrinas essenciais, v.2)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1063.

<sup>5</sup> Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

recorram ao “*Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência*”. Dentre as medidas de urgência mais importantes está a produção antecipada de provas.

Mas e se não houver urgência na produção probatória? A quem competiria conduzir a produção antecipada de provas sem requisito da urgência para eventual demanda submetida à arbitragem? De um lado, as normas que disciplinam a arbitragem não regulam essa hipótese; de outro, a doutrina não tem dado a devida atenção a tal faceta da questão.

O presente trabalho busca, portanto, trazer breves considerações, sem qualquer pretensão de definitividade, acerca da competência para a produção antecipada de provas quando inexistente o requisito da urgência previamente a eventual juízo arbitral. As ponderações ora realizadas não são exclusivas para os litígios societários, tendo um caráter mais geral e extensível a qualquer disputa arbitrável. Todavia, dada a grande utilização da arbitragem como método alternativo e eficaz de solução dos litígios societários<sup>6</sup>, decorrente da íntima conexão existente entre eles<sup>7</sup>, não há como negar a especial importância que a produção antecipada de provas possui nas controvérsias envolvendo a sociedade ou os seus sócios. O escopo do trabalho é, pois, sobretudo, o de chamar a atenção para o tema na tentativa de que a lacuna seja preenchida pela comunidade acadêmica.

2. A doutrina, mesmo antes da entrada em vigor do novo CPC, já defendia com razão a existência de um direito autônomo à prova independentemente do requisito da urgência<sup>8</sup>. Assim, como refere Yarshell, deve-se reconhecer a “*existência de um direito autônomo à produção da prova, de forma não diretamente vinculada ao pleito de declaração do direito material*”<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> TIMM, Luciano B., TELLECHEA, Rodrigo. A arbitragem como forma de resolução de conflitos nos acordos de acionistas. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário - Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 401

<sup>7</sup> JORGE WARDE JR., Walfrido, CUNHA, Fernando Antônio Maira da. A arbitragem e os limites à atuação do judiciário nos litígios societários. Em YARSHELL, Flávio Luiz, PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 739.

<sup>8</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 129; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. *passim*.

<sup>9</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova*. p. 310.

O novo CPC, no art. 381, II e III, veio a consagrar tal entendimento. Passou-se a admitir expressamente a produção antecipada quando “*suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito*” ou quando “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*”. Assim, o conhecimento do material fático probatório existente pode permitir a melhor compreensão da situação fática, bem como os riscos de uma decisão desfavorável. Isso contribui para que as partes possam realizar acordos e pôr fim aos litígios antes mesmo da instauração da demanda principal<sup>10</sup>.

O direito à prova está consagrado constitucionalmente (art. 5º, LVI e LV, da CF/88) e constitui em um dos elementos fundamentais para a consecução de um processo justo e de uma decisão final igualmente justa<sup>11</sup>. Alçado o direito à prova à condição de direito fundamental<sup>12</sup>, é possível afirmar que se trata de verdadeiro direito subjetivo, devendo ser assegurado tanto aos litigantes da jurisdição estatal, quanto da jurisdição arbitral. Tanto é assim que o art. 32, VIII, da LAB permite a impugnação judicial da sentença arbitral que viole a garantia do contraditório (art. 21, § 2º, da LAB), princípio o qual, em uma acepção mais ampla, engloba o próprio direito à prova.

Nesse sentido, é indiferente ao direito autônomo à prova se eventual controvérsia de direito material será dirimida no juízo estatal ou no juízo arbitral. Em ambas as hipóteses, a produção antecipada pode ser de fundamental importância para as partes obterem elementos que permitam concluir pelo ingresso ou não em juízo<sup>13</sup>, ou, como já referido, pela busca da autocomposição. Certo é que o direito à produção antecipada da prova sem requisito da urgência deve poder ser exercitado, qualquer que seja o juízo competente para o processamento da demanda “principal”.

---

<sup>10</sup> Em sentido análogo: WALD, *A arbitralidade dos conflitos societários: contexto e prática*. p. 105.

<sup>11</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. O processo justo e a decisão justa no ordenamento brasileiro. *Res Severa Verum Gaudium*, 2009, passim. TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, II. 1997. Passim.

<sup>12</sup> Nesse sentido: CARDOSO, Oscar Valente. O direito à prova como um direito fundamental. *Revista dialética de direito processual*. 2009. vol. 74, passim; RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova (22 de março de 2018). Fonte: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001624b7262965b3a9e7c&docguid=I641c33c02fdb11e3a161010000000000&hitguid=I641c33c02fdb11e3a161010000000000&spos=3&epos=3&td=4&context=13&crumb-action=append&crumb->

<sup>13</sup> YARSHELLL. *Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova*. p. 211.

3. Consoante mencionado anteriormente, nas hipóteses em que se faz necessário recorrer a medidas de urgência para a tutela do direito, dentre as quais se destaca a produção antecipada de provas, o art. 22-A da LAB permitiu que, “antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”. Assim, em princípio, ainda não constituído o tribunal arbitral (art. 19 da LAB) e em sendo urgente a necessidade da asseguuração probatória, é lícito que as partes recorram à jurisdição estatal.

Vale destacar que, mesmo antes da alteração legislativa, a jurisprudência pátria admitia que as partes se socorressem do juízo estatal para assegurar o resultado útil do processo por meio de medidas de apoio<sup>14</sup>. A escolha de tal via para a tutela do direito, a toda evidência, não implicava, como hoje também não implica, renúncia à jurisdição arbitral<sup>15</sup>.

Importa ter presente que a produção antecipada de provas não visa apenas a produzir a prova; a finalidade dela é, antes, a de assegurar a sua produção (*ad perpetuam memoriam*)<sup>16</sup>. Tal medida pode ser útil para as mais diversas situações concretas, como, dentre outras, a de impedir a destruição de documentos ou livros contábeis, a de realizar a prova pericial impedindo a alteração da situação fática, a de ouvir a parte ou inquirir testemunhas (art. 847 do CPC/73). Especificamente para os litígios societários, a doutrina lembra a importância da produção antecipada de provas para a apuração de haveres em sociedade em liquidação e para a garantia do direito de fiscalização do sócio ou de acionista<sup>17</sup>. Assegurar a memória de situações fáticas é, muitas vezes, crucial para a defesa em juízo dos direitos.

Evidentemente que, para a configuração da competência do juízo estatal, nos termos do art. 22-A da LAB, a parte deverá justificar a necessidade da medida e demonstrar sumariamente a existência da urgência na concessão da tutela (*pericolo di*

---

<sup>14</sup> STJ. REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012.

<sup>15</sup> Assim, por exemplo, consta do regulamento do CAM-CCBC: “8.2.2. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não serão considerados como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerão a competência do Tribunal Arbitral”

<sup>16</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar 4ª Ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 369.

<sup>17</sup> SILVA, João Paulo Hecker da. *Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários.* Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. pp. 246-248, 283-285.

*tardività*) ou do perigo da infrutuosidade do provimento (*pericolo di infruttuosità*)<sup>18</sup>. Se a urgência, em sentido amplo, não for o fundamento para o deferimento da tutela do direito, sem entrar no mérito da sua efetiva comprovação ou não, não se estará diante da hipótese prevista no art. 22-A da LAB, pondo-se em xeque a própria competência do juízo estatal.

Na realidade, do dispositivo normativo do art. 22-A da LAB podem-se extrair duas normas, uma geral e uma mais específica. Pela interpretação do dispositivo, ao permitir que as partes se socorram do judiciário em hipóteses de urgência, por um lado, confirma-se o princípio geral da competência do tribunal arbitral para decidir qualquer questão pertinente à relação de direito material eventualmente submetida à arbitragem; por outro lado, estabelece-se regra específica pela qual, verificada a urgência, as partes podem se valer da jurisdição estatal para a tutela do direito.

A regra estabelecida pelo art. 22-A da LAB, entretanto, não possui caráter absoluto<sup>19</sup>. Não é obrigatório que as partes se socorram do juízo estatal para a tutela de situações em que se verifica a urgência. É possível que elas, de acordo com a autonomia da vontade, estabeleçam validamente (i) tanto a competência exclusiva do juízo estatal para a apreciação e concessão de medidas de urgência, com exclusão do juízo arbitral<sup>20</sup>, (ii) quanto a previsão de instalação de árbitros de emergência para a apreciação e a concessão de medidas de urgência, com a exclusão do juízo estatal<sup>21</sup>.

A definição dependerá, portanto, do caso concreto e das disposições da cláusula compromissória. A norma do art. 22-A da LAB é, na realidade, de aplicação subsidiária, ou seja, só pode ser invocada para a definição da competência do juízo no caso de silêncio da cláusula compromissória. Em havendo definição por acordo de vontades (cláusula compromissória), o regramento nela estabelecido deve prevalecer.

---

<sup>18</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936. Pp. 55-58.

<sup>19</sup> O direito italiano adotou orientação diversa, reversando ao juízo estatal, como regra geral, a concessão de medidas de urgência: “Art. 818. *Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge*”. Sobre o ponto: BIANCHI, Giorgio. *L'arbitrato nelle controversie societarie*. Padova: CEDAM, 2001. p. 84.

<sup>20</sup> TJSP. Apelação 1093560-14.2016.8.26.0100; Relator Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Data do Julgamento: 20/034/2017; Data de Registro: 24/04/2017.

<sup>21</sup> RANZOLIN, Ricardo, DAVID, Henrique de. Consolidação do sistema de urgência na arbitragem - com as modificações introduzidas pela Lei 13.129/15 e pelo Novo CPC. Em NASCIBENI, Asdubral Franco MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo (Coord). *20 anos da Lei de Arbitragem*. Brasília: OAB, Conselho Federal. pp. 313-314

Deve-se destacar que a alteração legislativa foi importante para que não pairasse mais dúvidas quanto à possibilidade de se recorrer ao juízo estatal quando se tratar de situação que demande o deferimento de tutela de urgência, por qualquer das suas modalidades, e quando inexistir previsão na cláusula arbitral de instalação de árbitro de emergência. Com isso o legislador infraconstitucional assegurou em concreto o preceito constitucional de acesso à justiça adequada e efetiva aos litigantes (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Como refere a doutrina, não se podem descartar situações excepcionais em que – não obstante a previsão expressa de utilização de árbitro de emergência, ou mesmo já constituído o tribunal arbitral – se faça necessário recorrer à jurisdição estatal para a 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<sup>22</sup>. Nessas hipóteses, “*diante da necessidade de medidas liminares sem a possibilidade de atuação eficaz do árbitro, a eficácia negativa da convenção arbitral é flexibilizada, aplicando-se o brocardo quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*”<sup>23</sup>.

Assim, por exemplo, no caso de um dos litigantes estar dilapidando propositalmente o patrimônio durante a constituição do tribunal arbitral, a única medida eficaz para a tutela do direito da outra parte é solicitar diretamente ao juízo estatal o arresto de bens. Caso o pedido fosse direcionado ao juízo arbitral, muito provavelmente, a tutela do direito poderia se tornar inútil considerando a pouca probabilidade de cumprimento voluntário da ordem e todos os trâmites burocráticos necessários para fazer cumprir referida ordem por meio da cooperação com o juízo estatal.

4. Mas e se inexistir urgência? Estabelecida a premissa da existência de um direito autônomo à prova independentemente do requisito da urgência e havendo cláusula compromissória para dirimir eventuais conflitos da relação de direito material, põe-se a

---

<sup>22</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. Em WALD, Arnoldo. *Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência (Coleção doutrinas essenciais; v.2)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1109.

<sup>23</sup> RANZOLIN, DAVID. *Consolidação do sistema de urgência na arbitragem - com as modificações introduzidas pela Lei 13.129/15 e pelo Novo CPC*. pp. 315-316;

seguinte questão: não sendo urgente, qual é o juízo competente para processar a produção antecipada de provas, o juízo estatal ou o juízo arbitral? Ou, sob um outro ângulo, a produção antecipada de prova sem requisito da urgência é arbitrável?

Quanto a esta questão, o operador do direito que buscar a resposta na LAB não a encontrará. E é até compreensível que a LAB não traga regramento. Em não havendo urgência para a tomada de medidas, a LAB parte do pressuposto de que, regra geral, todas as questões serão decididas incidentalmente quando já formado o tribunal arbitral (art. 19 da LAB), e não em procedimento prévio.

Inexistindo resposta na LAB, em respeito à autonomia da vontade, deve-se analisar a cláusula arbitral e verificar se as partes estabeleceram regramento para tal situação. Se houver regramento para tal hipótese, ainda que não seja comum tal previsão em cláusulas compromissórias, deve-se prestigiar o pactuado entre as partes, quer seja o juízo estatal o escolhido para processar a produção antecipada de provas, quer seja o juízo arbitral.

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 à jurisdição 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<sup>24</sup>.

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)<sup>25</sup>; a existência ou não da urgência não é, a nosso sentir, elemento diferenciador (“u”) que permita excepcionar a

---

<sup>24</sup> LEMES, Selma. M. Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Em Arnoldo. Wald, *Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico (Coleção doutrinas essenciais; v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 239.

<sup>25</sup> Sobre a disponibilidade processual das partes, consulte-se: RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *A disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018. *passim*.

regra geral e impor uma norma especial<sup>26</sup> 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 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.

Inexistindo urgência e previsão na cláusula compromissória quanto à competência para o processamento da produção antecipada de provas, deve-se aplicar a regra geral, qual seja, a da competência do tribunal arbitral para o seu processamento com exclusão do juízo estatal<sup>27</sup>. Nesse mesmo sentido, refere a doutrina que, “*salvo exceção que conste expressamente na cláusula compromissória, a renúncia à jurisdição estatal abrange todas as questões que possam se inferir dos limites objetivos da arbitralidade da controvérsia*”<sup>28</sup>.

No âmbito do direito societário, é comum que as cláusulas compromissórias constantes de estatutos ou acordos de acionistas estabeleçam, genericamente, que serão submetidas à arbitragem todas as controvérsias decorrentes da interpretação e execução dos instrumentos contratuais. De igual modo, há relativo consenso tanto sobre a validade de referida cláusula, quando da interpretação extensiva dela<sup>29</sup>.

Ainda que autônoma em relação ao direito material, a produção antecipada de provas não pode ser dele totalmente descolada, dado seu caráter instrumental, devendo, portanto, ser incluída dentro dos limites objetivos da cláusula arbitral. Assim, cabe ao juízo arbitral processar eventual produção antecipada de provas sem requisito de urgência, salvo se existir previsão expressa na cláusula em sentido contrário. Conforme refere Yarshell, ainda que atípica a medida, nada há que se reparar nessa solução; “a

---

<sup>26</sup> *Sobre a análise dos elementos da regra geral, regra especial e regra excepcional, consulte-se: IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. Quarta Edizione. Milano: Giuffrè. 1999. pp. 54-55.*

<sup>27</sup> Em sentido contrário, MAZZOLA, Marcelo; TORRES, Rodrigo Assis. A produção antecipada de prova viola o juízo arbitral? Análise sobre um importante elemento de pacificação social. Em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-producao-antecipada-de-prova-viola-o-juizo-arbitral-16112017>, acesso em 24/03/2018.

<sup>28</sup> MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra.. *Medidas liminares em arbitragem e sociedades limitadas*. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin. p. 242.

<sup>29</sup> BIANCHI. *L'arbitrato nelle controversie societarie*. p. 85.



*arbitragem terá sido instaurada exclusivamente para a produção antecipada da prova, sendo esse o seu objeto e nada mais do que isso*<sup>30</sup>.

Em síntese, proposta a produção antecipada de provas sem requisito de urgência no juízo estatal, tendo o juiz verificado a existência de cláusula compromissória arbitral pela alegação de uma das partes, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito (art. 337, X, c/c art. 485, VII, do CPC)<sup>31</sup>. Já, se a matéria não foi alegada em sede de contestação (art. 337, X, do CPC), não pode o juízo conhecer de ofício da exceção de arbitragem, havendo a aceitação da jurisdição estatal e a renúncia da jurisdição arbitral (art. 337, §§ 5º e 6º, do CPC).

5. Da análise realizada acima, chegou-se à conclusão de que cabe ao juízo arbitral processar a produção antecipada de provas sem requisito de urgência na hipótese de inexistir disposição específica na cláusula compromissória em sentido contrário. Resta agora analisar os argumentos que poderiam ser levantados contra tal conclusão.

Um primeiro argumento seria que o procedimento prévio de produção antecipada de provas sem requisito da urgência não seria arbitrável. Tal objeção parte do entendimento de que o procedimento arbitral visa a solucionar efetivas controvérsias. Ainda que o argumento impressione, ele não procede.

É bem verdade que, dentro da normalidade, os procedimentos arbitrais são instalados para a solução de litígios em função de supostos inadimplementos contratuais dos mais variados gêneros. Isso, todavia, não impede que, ainda que atípico, seja constituído o juízo arbitral para a produção antecipada de provas. Nessa hipótese, assim como na jurisdição estatal<sup>32</sup>, a função do juízo é apenas homologatória, não se pronunciando o árbitro “*sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas*” (art. 382, § 2º, do CPC).

---

<sup>30</sup> YARSHELL, *Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem*. p. 1110.

<sup>31</sup> TJSP; Agravo de Instrumento 2112321-56.2014.8.26.0000; Relator: Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do Julgamento: 05/12/2014; Data de Registro: 05/12/2014.

<sup>32</sup> STJ. AgInt no REsp 1581727/AM, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017; AgInt no AREsp 740.062/MT, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 15/02/2017; AgInt no REsp 1399938/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 29/11/2016.

Destaca-se também que em nada se modifica a atividade do árbitro ou a finalidade última da arbitragem quando presente o requisito da urgência para a produção probatória. Curiosamente, nessa hipótese ninguém questiona a possibilidade de utilização da arbitragem quanto à produção antecipada de provas, nos termos do art. 22-A da LAB. Por conseguinte, sendo idênticas as atividades do árbitro e do juiz estatal na produção antecipada de provas, seja existindo urgência para a antecipação probatória, seja inexistindo, ela é arbitrável.

Um segundo argumento contrário à competência do juízo arbitral para a produção antecipada de provas seria a ausência de império para a determinação de medidas e cumprimento de ordens. De fato, a única diferença relevante entre o juízo estatal e o juízo arbitral é que este é desprovido de império. No mais, a jurisdição arbitral é tão jurisdição quanto a estatal.

Todavia essa mesma dificuldade que pode enfrentar o juízo arbitral em procedimento prévio de produção antecipada de provas, também pode ser encontrada, quando já constituído o tribunal arbitral, na fase instrutória da demanda principal. Assim, por exemplo, poderá ocorrer de determinada testemunha, sócio ou administrador da companhia, se recusar a comparecer para prestar depoimento. Evidentemente que, encontrando óbices para o cumprimento de suas determinações, seja no procedimento prévio, seja na fase instrutória, será necessário que o árbitro ou o tribunal recorram à colaboração do juízo estatal (art. 22, § 2º, da LAB). Para isso, expedir-se-á a competente carta arbitral “*para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral*” (art. 22-C da LAB e art. 237 do CPC).

Se o argumento ora analisado fosse procedente e impedisse a produção probatória antecedente pelo juízo arbitral, também impediria o tribunal de instruir a demanda submetida ao procedimento arbitral. Além disso, impedir-se-ia o juízo arbitral de decidir acerca de medidas de urgências prévias ou incidentes ao procedimento arbitral. Quanto às últimas, mais uma vez, ninguém duvida da competência do juízo arbitral para seu deferimento<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> SILVA. *Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários*. p. 305; MÜSSNICH, TRAVASSOS. *Medidas liminares em arbitragem e sociedades limitadas*. pp. 243-244.

Verifica-se, portanto, que o argumento da falta de império para negar a competência do juízo arbitral para a produção antecipada de provas sem requisito de urgência não deve ser acolhido. É de se esperar que as partes que se submeteram livremente à arbitragem cumpram voluntariamente todas as determinações dos árbitros. Entretanto, caso isso não ocorra, o ordenamento brasileiro previu meios (carta arbitral) para que as determinações sejam cumpridas.

Por fim, um último argumento contrário à competência arbitral para o processamento da produção probatória em procedimento prévio diz respeito à dificuldade de acesso à justiça. Não é nova a discussão que envolve a existência de cláusulas compromissórias nos estatutos sociais (art. 109, § 3º, da LSA), em especial de companhias abertas listadas em bolsa<sup>34</sup>.

Nesse sentido, não há como se negar que os elevados custos da arbitragem, se comparados com a propositura de demanda judicial, inibem ou mesmo inviabilizam, do ponto de vista econômico, o acesso à justiça para o pequeno investidor. Se tal argumento pode ser utilizado para a demanda dita principal, com mais razão seria para a produção probatória prévia ao procedimento arbitral.

Tal objeção só poderia ser lançada pelo pequeno investidor que está vinculado à convenção de arbitragem por ela estar inserta no estatuto social, argumento que não pode ser utilizado pela própria sociedade ou por sócios que firmaram acordo de acionistas. Entretanto, ainda assim, ele não pode ser aceito para afastar a competência do juízo arbitral.

A produção antecipada de provas sem requisito da urgência é manejada - ou não - de acordo com a conveniência do interessado. Não há perigo no perecimento do meio de prova, de forma que não se possa aguardar à instrução probatória quando já instalado o procedimento arbitral. A propositura da demanda dá-se para que a parte tenha acesso a mais elementos de forma a aprimorar seu conhecimento sobre a relação de direito material e a sua posição nela.

---

<sup>34</sup> VIEIRA, Maíra de Mero; BENETTI, Giovana Valentiniano; VERONESE, Lígia Espolaor; BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho. Arbitragem nos conflitos societários, no mercado de capitais e a reforma do regimento da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) da BM&FBovesta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2014. *passim*.

Esse argumento só faria sentido se o juízo estatal reconhecesse a sua competência para o processamento da demanda principal em detrimento do juízo arbitral. Ou seja, se a competência do juízo arbitral para a proteção do direito “principal” fosse afastada por violação à cláusula constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), o mesmo raciocínio deveria ser aplicado no caso de produção antecipada de provas prévia ao juízo arbitral. Entretanto, tendo a jurisprudência reconhecido a validade da cláusula compromissória, com a necessidade de submissão dos pleitos ao juízo arbitral<sup>35</sup>, não há como negar a competência do juízo arbitral para a produção antecipada. Nesse sentido, a sorte do acessório deve seguir a do principal.

6. A LAB estabelece como regra geral a competência do juízo arbitral para decidir de todas as questões submetidas à arbitragem, salvo disposição expressa em contrário. Referido diploma estabelece ainda norma de aplicação subsidiária (art. 22-A da LAB), segundo a qual, não havendo previsão contratual em sentido contrário, ou mesmo na omissão da cláusula compromissória, permite-se às partes que recorram ao Poder Judiciário para a concessão de medidas de cautelares ou medidas urgência.

No caso da produção antecipada de provas sem requisito de urgência, salvo disposição em contrário na cláusula compromissória, a competência para seu processamento é regulada pela regra geral da LAB, isto é, cabe ao juízo arbitral o seu processamento. A função do árbitro, tal qual a do juiz estatal, será basicamente de homologação das provas produzidas.

---

<sup>35</sup> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. ESTATUTO DA PETROBRÁS. CLÁUSULA COMPROMISSÁRIA ESTATUTÁRIA. Nos termos do artigo 58 do Estatuto da PETROBRÁS, disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404/76 devem ser resolvidas por meio de arbitragem. Se no estatuto da empresa há previsão da solução de conflitos pela arbitragem, ou seja, se há cláusula compromissória, não poderá o sócio abster-se de aderi-la, uma vez que, o acesso às regras expostas no estatuto, é público, sob pena de inviabilizar a condução das relações internas da sociedade anônima. O investidor não é obrigado a fazer parte da companhia. Se optar pelo ingresso, presume-se que avaliou e acatou voluntariamente as disposições estatutárias. Até porque, o registro do estatuto social na junta comercial, ou sua inscrição na bolsa de valores ou no mercado de balcão, ratifica a presunção de pleno conhecimento pelos acionistas. A exigência de aceitação expressa não encontra respaldo nem na Lei das Sociedades Anônimas, nem na Lei da Arbitragem; Não há falar em ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial. O princípio contido no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente nestes casos deve ser acionado. (TRF4, AC 5009846-10.2015.4.04.7201, Quarta Turma, Relator Cândido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 16/12/2016)

Os argumentos analisados contrários a essa conclusão – quais sejam, a não arbitralidade da produção antecipada, a ausência de poderes para imposição de medidas e a violação do direito ao acesso à justiça – não são aptos a infirmá-la.

Conforme referido no início do trabalho, não se busca aqui a pretensão de esgotamento do tema ou mesmo de verdade absoluta. Caso as considerações ora apresentadas resultem em debate doutrinário, o trabalho terá alcançado o seu objetivo.

## **BIBLIOGRAFIA**

BIANCHI, Giorgio. *L'arbitrato nelle controversie societarie*. Padova: CEDAM, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CARDOSO, Oscar Valente. O direito à prova como um direito fundamental. *Revista dialética de direito processual*. vol. 74, 2009. pp. 64-75.

GRACIE, Ellen. A importância da arbitragem. Em WALD, Arnaldo. *Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico (Coleção doutrinas essenciais; v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 907-912.

JORGE WARDE JR., Walfrido, CUNHA, Fernando Antônio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do judiciário nos litígios societários. Em. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. pp. 725-758

LEMES, Selma M. Ferreira (2014). Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Em WALD, Arnaldo. *Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico (Coleção doutrinas essenciais; v.1)* (pp. 215-245). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. Medidas liminares em arbitragem e sociedades limitadas. Em YARSHELL, Flávio Luiz, PEREIRA, Guilherme Setoguti. P., *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. pp. 239-254.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *A disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018.

RAMOS, Vitor Lia de Paula. *Direito fundamental à prova*. Fonte: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001624b7262965b3a9e7c&docguid=I641c33c02fdb11e3a161010000000000&hitguid=I641c33c02fdb11e3a161010000000000&spos=3&epos=3&td=4&context=13&crumb-action=append&crumb->, acesso em 22/03/2018.

RANZOLIN, Ricardo, DAVID, Henrique de. Consolidação do sistema de urgência na arbitragem - com as modificações introduzidas pela Lei 13.129/15 e pelo Novo CPC. Em NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ; Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo. *20 anos da Lei de Arbitragem*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. pp. 303-324

ROSSONI, Igor Bimkowski. O processo justo e a decisão justa no ordenamento brasileiro. *Res Severa Verum Gaudium*. Porto Alegre, 2009. pp. 31-45.

SILVA, João Paulo Hecker da. *Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. São Paulo.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar 4ª Ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Marzo de 1997. vol. II, pp. 315-328.

TIMM, Luciano B.; TELLECHEA, Rodrigo. A arbitragem como forma de resolução de conflitos nos acordos de acionistas. Em YARSHELL, Flávio Luiz, PEREIRA, Guilherme Setoguti. P., *Processo Societário - Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 401-426

VIEIRA, Maíra de Melo; BENETTI, Giovana Valentiniano; VERONESE, Lígia Espolaor; BOSCOLO, Ana Teresa Abreu Coutrinho. Arbitragem nos conflitos societários, no mercado de capitais e a reforma do regimento da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) da BM&FBovesta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2014. pp. 193-231.

WALD, Arnaldo. A anti-suit injunction no direito brasileiro. Em *Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e mediação (Coleção doutrinas essenciais, v.2)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 1055-1071

WALD, Arnaldo. A arbitralidade dos conflitos societários: contexto e prática. Em YARSHELL, Flávio Luiz, PEREIRA, Guilherme Setoguti. P. *Processo Societário - Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 91-116

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

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. Em A. WALD, *Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência (Coleção doutrinas essenciais; v.2)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 1005-1110.