

DO DIREITO AUTÔNOMO À PRODUÇÃO DA PROVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO PÓS-REFORMA TRABALHISTA

FROM THE AUTONOMOUS RIGHT TO THE PRODUCTION OF THE PROOF AS AN EFFECTIVE INSTRUMENT ACCESS TO THE POST-REFORM LABOR JUSTICE

Sérgio Cabral dos Reis*

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade estudar o direito autônomo à produção antecipada da prova, tal como previsto no art. 381, II e III, do CPC, e sua correlação com o efetivo acesso à Justiça do Trabalho. Trata-se de instituto não litigioso, por isso não prevê condenação em honorários advocatícios. É o direito puro e simples de produzir a prova, sem qualquer demonstração de urgência, revelando-se admissível nos casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (arbitragem, mediação etc.), ou então “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Nessa perspectiva, sem maiores riscos econômicos, o requerente pode averiguar previamente a extensão fática do litígio, para decidir, posteriormente, se a reclamatória trabalhista é viável ou não, ou mesmo se é melhor conciliar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autônomo à Prova. Acesso à Justiça do Trabalho Pós-Reforma Trabalhista. Tutela Adequada dos Direitos Trabalhistas.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the autonomous right to the evidence anticipated production, as foreseen in art. 381, II and III of the Civil Procedure Code (CPC), and its correlation with the effective access to Labor Justice. It is a non-litigious legal institution, so it does not provide attorneys' fees. It is the pure and simple right to produce evidence, without any demonstration of urgency, admissible in cases where “the evidence to be produced is capable of enabling self-determination or other suitable means of conflict resolution” (arbitration, mediation etc.), or that “the prior knowledge of the facts can justify or avoid the filing of action”. From this perspective, without major economic risks, the applicant can first ascertain the factual extent of the litigation, to subsequently decide whether her labor claim is feasible or not, or even if settle is a better option.*

KEYWORDS: *Autonomous Right to Proof. Access to Labor Justice After Labor Reform. Adequate Protection of Labor Rights.*

* *Doutor em Direito pela UFSC; membro da ABDPro e do Ipeatra; professor efetivo da UEPB e do Unipê; juiz do tribunal Regional do Trabalho da Paraíba.*

1 – Introdução

Após a chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), uma das maiores preocupações dos operadores da Justiça do Trabalho é com os riscos econômicos do processo. Como se sabe, atualmente, o reclamante, mesmo beneficiário da assistência judiciária gratuita, se tiver seus pedidos julgados improcedentes, pode sair devedor dos honorários advocatícios da parte adversa (791-A, § 4º, da CLT), como também, se for o caso, dos honorários periciais (art. 790-B da CLT). Sem questionar o acerto ou o eventual desacerto dessa regulamentação, e partindo da premissa de que ela é constitucional, procura este singelo artigo demonstrar que existem institutos previstos no sistema que podem remediar esses riscos econômicos, facilitando o acesso efetivo à Justiça do Trabalho, a exemplo do direito autônomo à produção de provas.

2 – Aspectos gerais da produção antecipada de provas e do direito autônomo à produção de provas

O direito autônomo à prova está disciplinado no capítulo destinado à produção antecipada de provas, previsto nos arts. 381, 382 e 383 do CPC, perfeitamente aplicáveis ao Direito Processual do Trabalho por inexistir qualquer incompatibilidade ontológica. Observe-se:

“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 auto-composição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

§ 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§ 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

DOCTRINA

§ 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

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.

§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.

Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovedor da medida.”

Apesar da existência do inquérito civil público para o MPT, trata-se de procedimento perfeitamente cabível nas ações coletivas¹. Merecem destaque, todavia, as ações individuais, pois, como se verá, aborda procedimento não litigioso e, com efeito, destituído de condenação em honorários advocatícios.

Observe-se, de logo, que não se trata de medida de natureza jurídica cautelar. Não há, no direito autônomo à produção da prova, direito referível em relação ao qual há uma suposta situação de urgência (*periculum in mora*).

1 No processo civil, referindo-se à importância da produção antecipada da prova nas chamadas “ações de improbidade”, cf. BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: RT, 2017. p. 93.

Não há necessidade, portanto, de demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Também não há qualquer exigência de que uma ação principal seja promovida, sob pena de ineficácia do procedimento antecipado².

É certo que a tradicional produção antecipada de provas como medida cautelar já existia no CPC/73 (arts. 846-851) e também está prevista no CPC/2015 (art. 381, I)³, permanecendo, desse modo, como um inegável instrumento de prevenção de danos ao pretense direito material referível e, conseqüentemente, de utilidade do processo dito principal⁴. Não é desse instituto, todavia, que se trata neste artigo, cujo objeto também não é a produção antecipada da prova procedimentalmente incidental⁵.

Aborda-se aqui, repita-se, o direito autônomo à prova, que consiste em específico procedimento destinado à certificação de que a prova foi produzida regularmente⁶. Em seu procedimento, portanto, não há outro objetivo que não seja a produção da prova. Ora, se no CPC/73 a antecipação da produção da prova se voltava, exclusivamente, a garantir a eficácia do processo e servir de instrumento para auxiliar na formação da convicção do juiz, no CPC/2015, a prova pode ser requerida para permitir às partes que conheçam melhor os fatos e, com efeito, as suas chances de êxito em um eventual litígio judicial.

Observe-se que o § 5º do art. 381 do CPC permite a produção antecipada da prova sem qualquer caráter litigioso, com a finalidade de justificar documentalmente a existência de algum fato ou relação jurídica. Nesse caso, como se busca apenas a documentação, não há intenção, ao menos *a priori*, de utilizar a prova obtida em processo futuro⁷.

Para fins do processo do trabalho atual, todavia, interessa mais o procedimento com “potencial litigiosidade imediata”, mas a parte não tem conhecimento completo acerca dos fatos da causa. Nesse sentido, admite-se o direito

2 ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 252.

3 São clássicos os exemplos da testemunha gravemente enferma, que não pode esperar a data da audiência de instrução, e do imóvel com estrutura comprometida ou em vias de demolição, para a antecipação da produção da prova pericial.

4 Como se sabe, as medidas acautelatórias, com o CPC/2015, perderam a autonomia procedimental que detinham no CPC/73.

5 Observe-se que a produção antecipada da prova é uma ação autônoma e pode ter caráter preparatório ou preventivo, quando ainda não ajuizada a demanda relativa ao litígio. O instituto pode assumir natureza incidental, todavia, se essa demanda já foi ajuizada, mas ainda não alcançou a fase de instrução. O presente artigo, portanto, trata da primeira situação, ou seja, do direito autônomo à produção da prova em caráter informativo e eventualmente preparatório de futuro processo.

6 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 419.

7 ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 96-97.

autônomo à produção da prova, quando o propósito do autor for simplesmente ter conhecimento pleno dos fatos, para, somente depois, decidir pelo ajuizamento, ou não, da demanda, como também nos casos em que a parte não queira, desde logo, ajuizar a demanda em razão de ter dúvida quanto às reais causas do evento danoso ou sua extensão⁸.

Nessa perspectiva, conforme disciplinado no art. 381, II e III, do CPC, a produção antecipada da prova passa a ser um procedimento admitido nos casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (arbitragem, mediação, etc.), ou então “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”⁹.

3 – Da experiência estrangeira acerca da produção antecipada de provas como direito autônomo à prova

O direito autônomo à prova é um instituto inspirado no direito estrangeiro¹⁰, principalmente na tradição do *Common Law*, a exemplo da *discovery* americana e da *disclosure* inglesa, que têm como finalidade o intercâmbio cognitivo, com o escopo de esclarecer as circunstâncias fáticas da lide, para facilitar a sua solução consensual ou a decisão, pela parte que ainda estava em dúvida, de propor ou não a demanda judicial¹¹.

Em determinados ordenamentos jurídicos, a exemplo do sistema anglo-americano, comprovar parece ser um dever ou uma obrigação da parte. No procedimento da *discovery* norte-americana¹², por exemplo, o juiz pode compelir uma parte (ou um terceiro) a revelar informações que estiverem em seu poder

8 LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 270.

9 Registre-se que, antes da chamada Reforma Trabalhista, parte da doutrina não vislumbrava eficácia prática na hipótese prevista no art. 381, III, do CPC. Nesse sentido, ilustrativamente, cf. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 518. Não se concorda com esse posicionamento, todavia, pelos motivos que serão expostos no decorrer deste artigo doutrinário.

10 Acerca da produção oral diretamente pelas partes no direito estrangeiro, cf. MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017. p. 237-253.

11 ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 97.

12 Para uma visão geral sobre o tema, na doutrina brasileira, por todos, cf. CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 245, p. 425-444, jul. 2015.

e que sejam relevantes para o deslinde da causa¹³. Essas informações podem ser extraídas de depoimentos, documentos e outras provas de cada parte, em momento anterior ao julgamento, evitando-se a surpresa. Tem-se entendido, nesse contexto, que a finalidade da *discovery* é que, normalmente por determinação judicial, uma parte apresente informações sobre fatos relevantes da causa à parte contrária¹⁴, para que esta, antes da fase do *trial*¹⁵, possa avaliar os riscos da demanda¹⁶. Diante dessa análise, que comumente ocorre em período de negociação anterior ao início dos procedimentos junto ao tribunal¹⁷, o instituto tem se apresentado como um instrumento de solução de conflitos de forma consensual¹⁸⁻¹⁹.

Sendo assim, por um lado, o requerimento da *discovery* deve envolver fatos efetivamente relevantes do litígio e, de outro, não pode criar uma carga excessivamente onerosa à parte contrária. Ademais disso, a *discovery* não abrange documentos sigilosos, que tenham privilégio de confidencialidade, e deve-se ter o cuidado, naturalmente, para que a finalidade do instituto não seja desviada para uma inconveniente *fishing expedition*. A parte que descumprir a ordem judicial pode sofrer as sanções previstas na *Rule 37 (b) (2) (A)* das *Federal Rules of Civil Procedures*, dentre as quais a “limitação de seus direitos

13 JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 41. No mesmo sentido, cf. SERENI, Angelo Piero. *El proceso civil en los Estados Unidos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1958. p. 73.

14 FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomsom West, 2005. p. 398-400.

15 O estágio que compreende o oferecimento da demanda e o encerramento da *discovery* denomina-se *pretrial stage* (fase de pré-julgamento). Essa estágio, como se percebe, é extremamente importante, pois, além de outros aspectos, evita a surpresa de provas no julgamento. Nesse sentido, cf. SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 8.

16 É interessante observar que a demanda pode ser modificada em consequência de novos elementos que surjam no decorrer da *discovery*.

17 Nesse sentido, cf. SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 5.

18 Sobre o tema, cf. ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making*. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 277-283. A doutrina tem defendido a necessidade de se importar e adaptar o instituto para o Brasil, pois o prévio conhecimento de boa-fé sobre as informações relevantes, que potencialmente podem ser utilizadas em eventual processo judicial, não somente possibilita a análise, pelas partes, das suas chances de sucesso, mas também privilegia a construção de soluções autocompositivas que pacificam com justiça. Nesse sentido, cf. LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 455-479, abr. 2015.

19 FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovery*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 204, p. 131-152, fev. 2012.

à prova e ao contraditório” e “a configuração de *contempt of court*”²⁰, além do pagamento de despesas processuais, incluindo os honorários advocatícios.

Na Inglaterra, atualmente, fala-se em *disclosure*, em vez da clássica *discovery*²¹. Conforme se observa na regra 31.7 do Código de Processo Civil inglês, o dever de revelação ocorre em momento anterior ao próprio ajuizamento da demanda e, nos casos em que esta já foi proposta, na fase anterior ao julgamento, tendo como um de seus objetivos a obtenção de soluções auto-compositivas²². Assim como ocorre com o instituto similar norte-americano, se a revelação de informações e documentos for incompleta, e a demanda seja proposta, é possível a penalização por *contempt of court*²³.

Observe-se que a Itália também tem um instituto similar ao disciplinado no direito brasileiro. O art. 696-*bis* do *Codice de Procedura Civile* prevê, independentemente de qualquer demonstração de urgência, um procedimento

20 INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 206. No mesmo sentido, cf. RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015. p. 100-101. *Contempt of court* é uma expressão que significa, na prática, o descumprimento de uma ordem judicial, com consequências que vão da penalidade patrimonial (aplicação de multas) à restrição de liberdade (prisão), limitada a dois anos. Se alguém descumprir uma *injunction* contra si, será responsabilizado por desacato ao tribunal. De igual modo, se deixar de cumprir mandado de declaração de bens, no caso de *injunction* de indisponibilidade, ou deixar de honrar compromisso assumido junto ao tribunal. É interessante observar que, mesmo que o tribunal revogue a ordem proferida anteriormente, persistirá a responsabilização por desacato. Por outro lado, cumpre esclarecer que o *contempt of court* não se aplica apenas às partes, pois os terceiros que receberem ordem do tribunal, caso não a cumpram **adequadamente, também poderão ser responsabilizados**. Nesse sentido, cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 301-305. Sobre as origens do *contempt of court* na tradição da *Common Law*, consulte-se o seguinte estudo clássico: BEALE JR., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. *Harvard Law Review*, vol. XXI, n. 3, p. 161-174, jan. 1908. Para uma pesquisa mais ampla sobre o tema, cf. DOBBS, Dan B. Contempt of court a survey. *Cornell Law Review*, vol. 56, n. 2, p. 188-284, jan. 1971. Na língua francesa, com foco na análise de casos envolvendo as mídias inglesa e escocesa de suposto desacato aos tribunais e suas consequências, cf. GODARD, Joelle. Contempt of court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, Dalloz, n. 2, p. 367-382, avr./juí. 2000.

21 De acordo com Oscar Chase, a diferença fundamental entre as práticas norte-americana e inglesa é a amplitude das exigências que podem ser feitas em relação à parte contrária. De forma mais restrita, na Inglaterra, a requisição de documentos no *pretrial* limita-se àqueles relacionados às alegações fáticas da petição inicial. Ademais, o testemunho privado ao estilo norte-americano não está disponível na Inglaterra, onde a tomada de depoimentos orais fora do tribunal somente é permitida mediante prévia autorização judicial e restringe-se a situações em que a testemunha está impossibilitada de comparecer à sessão de julgamento. Nesse sentido, cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005. p. 60.

22 JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 41.

23 LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 468, abr. 2015.

especial sumário para uma consulta prévia da parte com a finalidade de auto-composição da lide.

4 – Questões procedimentais acerca da produção antecipada de provas e sua utilidade na Justiça do Trabalho

O direito autônomo à prova, como se percebe, não tem como pressuposto a demonstração de uma situação de urgência. Dessa forma, aproveitando essa experiência estrangeira, uma parte, por exemplo, pode revelar à outra a existência de um documento que eventualmente desestimele o litígio, inclusive perante a Justiça do Trabalho. O mesmo caso pode ocorrer pelo resultado negativo de uma perícia ou da oitiva de alguma testemunha. Esses aspectos informativos, repita-se, podem auxiliar decisivamente acerca de uma solução autocompositiva ou de uma desistência da litigiosidade²⁴.

Observe-se, todavia, que, como a litigiosidade nessa espécie de procedimento de produção antecipada da prova é meramente potencial, há quem afirme que a natureza jurídica do instituto é de “jurisdição voluntária”²⁵.

Todas as provas podem ser produzidas nesse procedimento autônomo, com exceção da prova documental, pois, nesse caso, o reclamante deve valer-se da ação de exibição de documentos (arts. 396-404 do CPC).

É possível pleitear a oitiva antecipada de testemunhas, por exemplo, para fins de comprovação de suposta relação de emprego, de trabalho em regime de horas extras ou de ocorrência de ato ilícito gerador de danos morais e materiais. Admite-se também a produção antecipada de perícia grafotécnica, para comprovar a falsidade da assinatura de um eventual recibo de quitação trabalhista. De igual modo, é possível a produção antecipada de prova pericial, a fim de comprovar o nexo de causalidade entre uma doença e o meio ambiente de trabalho proporcionado pela empresa empregadora. Enfim, são várias as questões fáticas que podem ser objeto de produção probatória antecipada, e o procedimento de colheita de provas, no particular, não apresenta qualquer singularidade, é o mesmo sistema que já ocorre nas reclamações trabalhistas habituais.

24 Alexandre Freitas Câmara, corretamente, observa que essas demandas de descoberta probatória têm uma relevante função no sistema, pois, com certa dose de bom senso, podem evitar processos desnecessários. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 244.

25 DIDIER Jr., Fredie. Produção antecipada da prova. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 495.

Em sua petição inicial, o requerente deve demonstrar a pertinência da prova a ser produzida e as alegações fáticas que eventualmente serão deduzidas no processo futuro. É que, como a produção antecipada da prova tem intuito informativo de elementos suficientes de convicção, deve haver uma relação de instrumentalidade entre a prova requerida e o conteúdo da eventual futura demanda²⁶. Nesse sentido, devem-se identificar, com precisão, os argumentos fáticos que precisam ser verificados, e a avaliação judicial limita-se à apreciação da pertinência entre a prova requerida e o litígio afirmado.

Impõe-se observar que, no processo do trabalho, o pleito de produção antecipada de provas constitui exceção à regra da liquidação dos pedidos (§ 1º do art. 840 da CLT), pois não há pedido de condenação da parte reclamada. Deve haver, por outro lado, atribuição de valor à causa, pois, dentre outros motivos, eventualmente pode haver condenação em litigância de má-fé²⁷.

Para que a prova seja eivada de legitimidade, impõe-se citar a reclamada, para que seja observado o contraditório. Se o juiz vislumbrar potencial litigância do reclamante com outros interessados, ou seja, de terceiros também interessados na prova a ser produzida, a exemplo de algum ente potencialmente denunciado à lide, ele pode, de ofício, determinar a citação deles, tratando-se de hipótese típica de intervenção *iussu iudicis*²⁸.

26 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 569-572.

27 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 938.

28 DIDIER Jr., Fredie. Produção antecipada da prova. *Direito probatório*. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 500. Sobre a dinâmica procedimental da intervenção *iussu iudicis*, cf. CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 237-250. A intervenção de terceiros *iussu iudicis* ocorre por ordem do juiz, instituto previsto em outros ordenamentos jurídicos democráticos, a exemplo da Itália, França e Espanha. Uma das hipóteses adequadas de admissibilidade desse instituto são os “casos em que terceiros podem ser afetados pela eficácia da sentença” (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 138). Na Itália, a intervenção *iussu iudicis* está prevista no art. 107 do *Codice di Procedura Civile*, que preconiza que o juiz, quando considera oportuno que o processo se desenvolva com a presença de um terceiro a quem a causa é comum, deve ordenar-lhe a intervenção. Na França, disciplina o art. 332 do *Code de Procedure Civile* que o juiz pode convidar as partes a chamar ao processo todos os interessados, quando sua presença parecer necessária à solução do litígio. Em matéria não contenciosa, ele pode ordenar o chamamento de terceiros cujos direitos ou encargos possam ser afetados pela decisão. Na Espanha, conforme prescreve o art. 150.2 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, por ordem do tribunal, também se notificará a pendência do processo às pessoas que, segundo os autos, possam ser afetadas pela decisão que encerre o procedimento. Essa comunicação também será feita, com os mesmos requisitos, quando o tribunal tiver indícios de que as partes estão utilizando o processo com fins fraudulentos. Observe-se que os entes públicos e outros eventuais terceiros que forem convocados para atuar no processo poderão escolher o polo em que pretendem atuar, ou mesmo permanecerem inertes, mas esse fato não impede que o litígio seja resolvido de maneira mais ampla. Cf. CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 229.

DOUTRINA

Conforme preleciona Humberto Theodoro Jr., “o procedimento da antecipação de prova é sumário e não contencioso”²⁹. Assim, como se restringe a produção das provas indicadas na petição inicial, revela-se bastante simples, e o contraditório, por conta dessa simplicidade, é meramente parcial, restrito aos pressupostos para a utilização do instituto e às questões relativas à prova em si (ilicitude, contradita de testemunhas ou parcialidade do perito, por exemplo) e à regularidade do procedimento (incompetência do juízo ou questionamento sobre a parcialidade do juiz, por exemplo).

Eventual arguição da ilegitimidade³⁰ deve ser aferida à luz da teoria da asserção, ou seja, no plano abstrato das alegações da petição inicial, e não cabe à parte reclamada, por exemplo, aduzir defesa relacionada ao mérito do eventual futuro processo, pois, como a atividade do juiz limita-se a deferir o pedido relativo à proposição da prova e a determinar sua respectiva produção³¹, as questões relativas à valoração da prova e os seus eventuais efeitos jurídicos somente devem ser verificados nesse outro processo.

“Não se permite, por isso, no curso da ação probatória, a discussão acerca da probabilidade da existência do direito que poderá vir a ser objeto da prova”³². Na realidade, conforme preconiza o § 4º do art. 382 do CPC, no procedimento de produção antecipada de prova não se admitirão defesa e recurso.

Como visto, alguns temas processuais podem ser defensivamente suscitados pela parte reclamada, e também se excepciona dessa regra a recorribilidade da decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário. Essa decisão pode ocorrer, por exemplo, se o requerente, deixando transcorrer o prazo para emenda, não delimitar o litígio em sua petição inicial ou não apontar qual é a espécie de prova que pretende antecipadamente produzir³³. Nesse caso, no processo do trabalho, será cabível o recurso ordinário³⁴.

29 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 935.

30 Admitindo esse argumento defensivo, cf. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 271.

31 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 354.

32 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015. p. 587.

33 BONIZZII, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil*: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC. São Paulo: RT, 2017. p. 96-97 e 101.

34 No processo civil, a doutrina é firme no sentido de ser a apelação o recurso cabível. Há quem defenda, todavia, que, se o requerente cumular pedidos probatórios – produção de mais de uma prova –, e o juiz, por decisão interlocutória, admitir apenas alguns deles, o recurso cabível será o agravo de instrumento, por se tratar de decisão com conteúdo meritório (art. 1.015, II, do CPC). Nesse sentido, cf. DIDIER Jr.,

Observe-se que, como não há defesa na produção antecipada da prova, caso o reclamante formule requerimento de desistência, a homologação não dependerá do consentimento do reclamado.

Impõe-se perceber, todavia, que a produção antecipada de prova tem natureza dúplice³⁵, de modo que o reclamado também tem direito à prova acerca das alegações fáticas da petição inicial. Nesse sentido, admitindo pedido contraposto, preconiza o § 3º do art. 382 do CPC que “os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”.

Assim, se o reclamante, diante de possível demanda relacionada a acidente de trabalho, pleitear a produção de prova pericial, nada impede que a empresa reclamada requeira a produção de prova testemunhal. Aproveita-se o mesmo procedimento para ampliar o arsenal probatório das partes, o que pode ensejar a conciliação ou até mesmo a desistência do intuito de promover posteriormente outro processo.

Ao final do procedimento, o juiz proferirá sentença meramente formal³⁶ ou homologatória³⁷ do acerto acerca do procedimento de produção da prova.

Observe-se que, na sentença, não há qualquer declaração sobre sua veracidade e suas consequências sobre a lide, e não há qualquer declaração capaz de fazer coisa julgada material, há apenas “documentação judicial” de fatos³⁸.

Na forma do art. 383 do CPC, os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

Observe-se que, de acordo com o § 3º do art. 381 do CPC, a produção antecipada da prova não torna prevento o juízo para a ação que, eventualmente,

Fredie. Produção antecipada da prova. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 502. Em sentido contrário, todavia, Marcelo José Guimarães Bonizzi: “Na hipótese de indeferimento parcial, ocioso dizer, não há recurso cabível e nem precisa haver, porque essas provas que foram indeferidas poderão ser produzidas no futuro, quando houver a necessidade de instaurar um processo judicial. Na ausência de prejuízo para as partes, é legítima a ausência de recurso”. Cf. BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie* segundo o novo CPC. São Paulo: RT, 2017. p. 105.

35 YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1.038-1.040.

36 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 245.

37 ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 252.

38 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 937.

vier a ser proposta. É que, na sentença, vale repetir, o juiz não fará qualquer juízo de valor acerca dos efeitos jurídicos decorrentes da prova produzida³⁹. Essa é uma questão que incumbe às partes. Nada impede, todavia, que o juiz, em audiência, já tente conciliá-las, eliminando o eventual litígio. Nessa perspectiva, um dos objetivos do direito autônomo à produção da prova será atingido.

Não havendo consenso, o juiz deverá incluir em sua sentença um capítulo condenatório relativo às despesas processuais. Nesse ponto, a produção antecipada de provas revela-se essencial ao acesso efetivo à Justiça do Trabalho. É que, apesar de as partes terem o ônus de arcar com as despesas relativas às provas requeridas – honorários periciais, por exemplo –, se forem beneficiárias da assistência judiciária gratuita, quem deve arcar com elas é a União. Trata-se de corolário lógico do direito fundamental ao acesso à justiça.

Ademais, como não há litígio efetivo no procedimento de produção antecipada da prova, não há condenação em honorários advocatícios⁴⁰, a não ser que o reclamante seja considerado litigante de má-fé⁴¹.

Nessa perspectiva, um trabalhador de boa-fé pode, por exemplo, instruir, de forma prévia, todas as questões fáticas relacionadas à sua pretensa demanda em face da empresa empregadora⁴², para analisar, em seguida, se é viável o processo posterior, ou mesmo se não é melhor tentar conciliar previamente o litígio, e isso, vale enfatizar, sem a preocupação com eventual condenação em honorários advocatícios. Por esse motivo, a demanda probatória autônoma viabiliza o efetivo acesso à Justiça do Trabalho.

5 – Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que o direito autônomo à produção de provas revela-se como um instituto essencial ao acesso à Justiça do Trabalho contemporânea, pois, no intuito de aferir a viabilidade probatória do seu pretense direito, ou mesmo obter a conciliação com a parte contrária, a parte reclamante,

39 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 281.

40 BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: RT, 2017. p. 101.

41 YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno Dantas (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1.044.

42 É possível produzir provas relativas às demandas habituais da Justiça do Trabalho, a exemplo dos pedidos de reconhecimento de relação de emprego e dos relacionados às diversas modalidades de questões relacionadas aos pedidos de indenizações por danos morais e materiais, inclusive decorrentes de suposto acidente de trabalho.

DOCTRINA

se beneficiária da assistência judiciária gratuita e não litigante de má-fé, não será responsabilizada pelas despesas decorrentes do processo, inclusive honorários advocatícios e periciais. Trata-se de um instituto que deve ser manejado responsabilmente, viabilizando, dessa forma, a tutela adequada dos direitos trabalhistas, sem prejuízo de ensejar soluções de consenso.

Referências bibliográficas

- ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- BEALE Jr., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. *Harvard Law Review*, vol. XXI, n. 3, p. 161-174, jan. 1908.
- BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: RT, 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 245, p. 425-444, jul. 2015.
- CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York/London: New York University Press, 2005.
- CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017.
- DIDIER Jr., Fredie. Produção antecipada da prova. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DOBBS, Dan B. Contempt of court a survey. *Cornell Law Review*, vol. 56, n. 2, p. 188-284, jan. 1971.
- FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovery*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 204, p. 131-152, fev. 2012.
- FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomsom West, 2005.
- GODARD, Joelle. Contempt of court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, Dalloz, n. 2, p. 367-382, avr./juil. 2000.
- INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000.

DOCTRINA

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 455-479, abr. 2015.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015.

ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making*. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SERENI, Angelo Piero. *El proceso civil en los Estados Unidos*. Buenos Aires: EJE, 1958.

SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova – comentários aos arts. 381-383 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

Recebido em: 20/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018