

CAPÍTULO 3

PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

ANIELE PISSINATI

Advogada. Pós graduanda em Direito e Processo do Trabalho com Ênfase no novo CPC, pela EMATRA (Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná). Graduada em Direito pela Unopar/Londrina. Mestre em Ciência Animal – Produção Animal, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Zootecnia pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

RADSON RANGEL F. DUARTE

Juiz do trabalho da 18ª Região (Goiás) desde 1997. Mestrando em Direito e Desenvolvimento no Estado Democrático em Direito (USP - Ribeirão Preto)
Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da UNICERRADO.

1 COLOCAÇÃO DO TEMA

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 regula a produção antecipada da prova nos artigos 381 a 383.

No processo do trabalho, diante da decorrência do princípio da oralidade, sob o aspecto da característica da concentração dos atos em audiência, as provas devem ser produzidas em audiência. Assim, determina os arts. 845 e 849, ambos da CLT:

Art. 845. O reclamante e o reclamado comparecerão

à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

Art. 849. A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.

Como se vê, a imposição legal é de que as provas (orais) devem ser produzidas em audiência. Todavia, Schiavi¹ explica que há situações, no entanto, em que o processo não pode aguardar sua tramitação normal para a produção de provas, sob consequência de perecimento do direito e impossibilidade material da realização da prova, o que abre espaço para o procedimento de produção antecipada de provas.

Registra-se que há omissão do texto da CLT sobre esse procedimento, o qual é compatível com o processo trabalhista, razão pela qual entende-se pela integral aplicabilidade das regras sobre a produção antecipada de provas nesta seara processual². Assim, os objetivos, da produção antecipada da prova são nobres e absolutamente compatíveis com o processo do trabalho, de modo que os artigos 381 e seguintes do CPC/2015, com as necessárias adequações, podem ser perfeitamente invocados no campo da processualística laboral.

O presente capítulo pretende tratar, portanto, do tema em alguns aspectos específicos no processo do trabalho. Aqui não discorreremos sobre todos requisitos e problemáticas, pois o presente livro, de forma geral e em seus diversos artigos presta-se a esse ponto: apresentar as inovações e requisitos do procedimento o CPC/2015.

2 AMPLIAÇÃO DA FINALIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

O CPC de 1973 admitia a produção antecipada de provas apenas em caráter cautelar, a chamada prova *ad perpetuam rei memoriam*, que consiste na conservação da prova a fim de que se evite a sua imprestabilidade posterior, de forma a viabilizar-lhe o seu papel processual. Trata-se, portanto, de hipótese de preservação do elemento probatório, evitando a sua perda, de forma que, no momento apropriado, efetivamente seja utilizado pela

1. SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

2. Observe-se que a Instrução Normativa 39 (IN) do Tribunal Superior do Trabalho (TST) expressamente admite esse procedimento no processo do trabalho. Opta-se por não utilizar tal fundamento por se entender não ser possível ao TST emitir pronunciamentos legislativos primários como se trata da Instrução Normativa mencionada.

parte. Assim, nítido o caráter cautelar desse procedimento tendo em vista o risco de perda do elemento probatório caso aguarde-se o momento processualmente fixado para a sua produção.

Essa clássica hipótese subsiste no atual CPC, como se vê no art. 381, em que ela 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”. Como exemplos, a testemunha ou a parte pretende viajar ou haja receios de não mais estar viva, ou estar sob custódia, o ambiente laboral que poderá ser modificado de forma a inviabilizar a realização da perícia para apurar se havia, ou não, condições insalubres ou atividades perigosas etc

Sem adentrar a essa modalidade, que não apresenta novidades, o presente estudo deter-se-á nas hipóteses previstas nos demais incisos do art. 381 do CPC.

No CPC atual, a principal mudança consistiu na retirada do requisito de urgência³ e sem a marca da cautelaridade, ou seja, não se vincula necessariamente a um processo judicial instaurado ou a ser instaurado. Deixa então de ser um procedimento exclusivamente cautelar do CPC/1973⁴, o que torna mais evidente o seu caráter autônomo, concretizando anseios doutrinários ocorridos desde os anos 2000⁵ e, especialmente, adotando-se no direito positivado brasileiro instituto semelhante (ainda que não se confunda, especialmente quanto à estrutura e momento) à “discovery” ou “disclosure” do direito norte-americano e anglo-saxão.

A prova consiste em uma extensão do direito de ação⁶, uma vez que não basta propiciar o simples ingresso em juízo, na condição de autor ou réu, mas sim assegurar a efetiva utilização dos instrumentos necessários ao suporte de suas alegações e à influência do juízo (contraditório substancial). Daí, possibilitar aos interessados o conhecimento dos elementos probatórios que poderão ser utilizados em alguma demanda significa assegurar-lhes elementos para o efetivo exercício do direito de ação.

Ademais, isso significa que a expressa previsão legal de produção da prova autônoma tem o condão de afastar a compreensão de que o

3. Veja neste sentido capítulo de Daniel Colnago Rodrigues e Francisco de Mesquita Laux.

4. Veja neste sentido capítulo de Gabriel Carmona Baptista.

5. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência o direito autônomo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

6. Sobre o conteúdo constitucional da prova: CAMBI, Eduardo. *O direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

destinatário da prova seja apenas o juiz. Na realidade, o destinatário imediato da prova é a parte, seja para o ajuizamento ou não da ação, seja na busca da composição; conquanto não menos importante, o juiz é apenas o segundo destinatário da prova. Essa nova perspectiva assume, destarte, um caráter constitucional-concretizador uma vez que retira do arbítrio exclusivo do juiz o domínio da prova.

A primeira nova hipótese de produção antecipada de provas diz respeito àquela em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”. Aqui, patente a finalidade de permitir às partes a solução, de forma “extrajurisdicional”, do litígio, em clara manifestação de recurso ao Judiciário em caso de inviabilidade da autocomposição ou de equivalentes jurisdicionais. Ocorre que, mesmo nessas formas “extrajurisdicionais” de solução dos litígios, o litígio somente será verdadeiramente solucionado se as partes tiverem conhecimento prévio e suficiente dos fatos sobre os quais ocorre uma inicial divergência, o que realça a importância da produção antecipada da prova.

A segunda nova hipótese de produção antecipada de provas diz respeito àquela em que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Talvez sob tal fundamento seja o principal uso do procedimento antecipado da prova, isto é, convencer-se a pessoa da existência ou não do direito que alega perante outrem, especialmente face a aspectos de conteúdo sucumbencial, como será visto oportunamente. Assim, esse desiderato de descoberta ocorre sob duas perspectivas: i) objetiva – a parte obtém conhecimento acerca dos fatos que dão suporte a determinada compreensão jurídica; ii) subjetiva – em face de quem o pretense direito deve ser exercitado; essa, portanto, tem o condão de evitar ajuizamento de ação em face de pessoa ilegítima, ao passo que aquela outra perspectiva leva à análise da viabilidade, ou não, do ajuizamento da ação.

Em suma, a produção antecipada da prova, especialmente nas figuras da “discovery”, permite aos interessados avaliar as possibilidades de êxito e os riscos de perda no ajuizamento de uma ação ou na apresentação de defesa, bem como na extensão dessas faculdades constitucionais. É, de fato, uma grande mudança de paradigma nos aspectos processuais de produção da prova, além de evitar aventuras jurídicas e aumentar o acesso à justiça.

Segundo Teixeira Filho⁷, a produção antecipada da prova é aplicável ao processo do trabalho, entretanto, poderá retardar, ainda mais, a solução do conflito na hipótese de a conciliação não ocorrer. Além disso, constituirá tarefa delicada e tormentosa para o juiz verificar, a priori, se a prova a ser produzida de maneira antecipada será “suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (art. 381, II). Não é insensato imaginar que, em determinados casos, a prova por essa forma obtida produza efeitos contrários aos desejados pelo legislador e pelo magistrado, vale dizer, torna-se um obstáculo à solução negociada do conflito – ou seja, à conciliação.

Recente decisão do TRT da 3ª Região⁸ trouxe discussão sobre o ajuizamento da ação de produção antecipada da prova (pertinência ou não na justiça do trabalho). A decisão reformou a sentença que extinguiu processo de trabalhador que ajuizou ação de produção antecipada da prova visando a apuração de acidente de trabalho, assim como a causa e extensão, e de labor em condições perigosas.

Destaca-se, por fim, que o foro competente, no processo do trabalho, para a produção antecipada da prova observará as regras estabelecidas no art. 651 da CLT⁹. Releva salientar que inexistente prevenção para o eventual processo principal (art. 381, § 3º, CPC).

7. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2009.

8. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CPC/2015. O CPC de 2015 criou um verdadeiro procedimento probatório autônomo ou independente, o que tem como corolário o reconhecimento do direito autônomo à prova, no sentido de direito cujo exercício não se vincula necessariamente a um processo judicial instaurado ou a ser instaurado ou a uma situação de perigo em relação à produção de determinada prova. É que, consoante o art. 381, I, II e III, do CPC de 2015, a prova poderá ser produzida de forma antecipada quando: a) haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo; b) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Note-se que o CPC de 2015 não tratou do tema ao disciplinar a tutela de urgência, o que significa dizer que a antecipação da prova não depende, necessariamente, da presença do denominado periculum in mora. Esta demonstração somente será exigida quando a pretensão tiver como fundamento o art. 381 do CPC, ou seja, o fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. Assim, nas hipóteses mencionadas nos incisos II e III do art. 381 do CPC, a prova pode ser produzida com o objetivo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou verificar a existência de fatos que justifiquem o ajuizamento de demanda, mesmo que não haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. (TRT 3ª. RO 0011701-25.2017.5.03.0075, Relator: Juiz Convocado Cleber Lucio de Almeida. 1ª T. Dt. julg.)

9. “Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

3 DO OBJETO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

Para Fuga¹⁰, a ação de produção antecipada da prova não ficará restrita à justificação ou ao arrolamento (art. 381, § 5º, CPC), caracterizando-se ainda pela sua atipicidade. Ou seja, poderá ser pertinente na produção de prova oral (depoimento de parte e de testemunhas), pericial, inspeção, ou ainda a qualquer outra espécie de elemento probatório.

Deste modo, têm-se como objeto da produção antecipada da prova os seguintes elementos probatórios:

I – depoimento da parte. Expressamente admite-se a produção antecipada da prova para que seja ouvida a parte que poderá figurar no polo adverso. Nesse caso, cabe o depoimento daquela pessoa que poderá vir a ser a parte contrária em processo futuro ante a impossibilidade de utilização do próprio depoimento em seu favor. A despeito de entendimentos no sentido de inexistência da figura do depoimento da parte no processo do trabalho¹¹, mas somente do interrogatório¹², é certo que tem-se prevalecido o contrário, seja na majoritária doutrina, seja na jurisprudência consolidada do TST (Enunciado 74, I, do TST¹³). Assim,

“§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

“§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

“§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços”.

10. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. 2.ª ed. Londrina, PR: Thoth, 2017. 128 p.
11. “Do conjunto desses fatos e da soma das conclusões parciais, ou intermediárias, construímos uma final: a CLT, manifestando o traço inquisitivo do processo que ela disciplina (nada obstante haja, também, um componente de disponibilidade), não previu o depoimento das partes, como fez o atual CPC (art. 343), mas apenas o interrogatório (art. 848), que é coisa distinta. A referência por ela feita ao depoimento, no art. 819, não foi na acepção técnica do vocábulo” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *In* Curso de direito processual do Trabalho. Vol. II. São Paulo: LTr, 2009, p. 1030).
12. A distinção entre essas figuras residiria em dois aspectos: a) iniciativa: o interrogatório é uma prerrogativa do juiz e o depoimento uma faculdade da parte; b) momento: o interrogatório pode ser determinado em qualquer fase processual ao passo que o depoimento deve ser colhido na audiência de instrução; c) finalidade: o interrogatório não enseja a confissão ao passo que o depoimento visa, exatamente, à obtenção de confissão da outra parte.
13. “Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor”.

se o requerente pretender, nesse procedimento, ouvir a si próprio, faltar interesse processual por se tratar de mera declaração;

II – depoimento testemunhal. Observe-se que, nesse caso, a inquirição deverá observar o número legal (duas, no rito sumaríssimo, três, no ordinário e seis, em caso de inquérito para apuração de falta grave). Isso se dá por ser o número fixado em lei e, ademais, não ter utilidade processual recorrer-se a número superior. Não se objete o fato de que, por se tratar de produção de elementos probatórios a serem utilizados em processo futuro, ou que talvez nem mesmo sejam utilizados, seria lícito ouvir testemunhas além desse limite numerário. Ocorre que esse caráter de descoberta não autoriza o descumprimento dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico.

Interessante observar que, se houver ajuizamento de processo futuro, não há obrigatoriedade de que sejam ouvidas as mesmas testemunhas cujos depoimentos foram colhidos na produção antecipada da prova, salvo se essa tiver a natureza cautelar, ante ao caráter vinculativo (art. 381, I, CPC).

Ademais, a partir da oitiva de testemunhas, ter-se-ão elementos para eventual requerimento de inversão do ônus da prova no processo futuro. Imagine-se a hipótese de empregador que realiza mudanças frequentes de turno e local de trabalho (empresas que adotam o sistema de turnos, empregadores rurais que possuem diversas frentes de serviço ou filiais etc), o que dificulta a coincidência de trabalho concomitantes entre os empregados.

Talvez até pudesse objetar-se sobre a utilidade do procedimento de produção antecipada da prova, salvo na hipótese cautelar, pois seria possível ao interessado, por exemplo, obter uma declaração da testemunha, ou mesmo comparecer em cartório para que as suas informações pudessem ser reduzidas a termo. Ocorre que essa possibilidade afastaria a eficácia probatória de tal declaração, pois vincularia apenas o declarante (arts. 405 e 408, CPC), além do que faltaria o controle de sua produção por parte do juiz, mas, especialmente, não seria observado o contraditório, especialmente o seu conteúdo substancial, qual seja, permitir à outra parte participar efetivamente da manifestação judicial.

Ademais, aplicar-se-ão integralmente as regras sobre o procedimento de cada espécie probatória. Assim, as testemunhas deverão acompanhar as partes na audiência, salvo se, convidadas, não comparecerem.

III – prova documental¹⁴. Em razão de seu poder de controle (acima ressaltado), que o empregador detém a maioria dos documentos

14. Sobre isso, perfeitamente aplicáveis lições anteriores de um dos autores:

que retratam o contrato de trabalho, documentos esses quase sempre de detenção unilateral. Aqui há uma infinidade de situações: instrumento de contrato de terceirização; apuração de infração disciplinar; controles de ponto; documentos de manutenção de veículos nas hipóteses de acidente; fichas de EPI's; PCMSO, PPRA, LTCAT; etc. Veja-se que o interesse da parte requerente pode consistir na análise das informações constantes no documento (p. ex., saber os horários de trabalho com vistas a parametrizar o pedido de parcelas que possuem tal fundamento) ou até mesmo analisar a higidez de tais documentos.

A produção antecipada de elementos probatórios documentais afigura-se de extrema importância provas documentais à medida que tem prevalecido o entendimento, correto, de caber à parte autora a indicação de diferenças de horas extras mediante cotejo entre os controles de ponto e os recibos respectivos; assim, de posse de tais documentos, a parte autora tem condições de indicar tais diferenças, quando não postular em sua inicial exatamente tal limite.

Todavia, aqui há se fazer algumas observações.

Falecerá interesse processual na produção antecipada da prova de documentos que o reclamante detém a guarda ou pode obtê-los espontaneamente. Nesse sentido, os recibos de pagamentos, quando for entregue cópia ao empregado, não podem ser objeto de produção antecipada; da mesma forma, extratos bancários que comprovariam pagamentos tidos como salário sem registro, ou extratos da conta do FGTS, ou recolhimento de INSS, pois tais documentos podem ser livremente acessados pelo interessado. Em hipóteses tais não existe a necessidade da tutela jurisdicional pois o interessado pode, por iniciativa própria, obter tais documentos. Nem mesmo a assertiva de perda ou extravio de recibos, ou

“Existem três teorias que fundamentam a exibição e que possuem importantes consequência nela: a) teoria substancial ou civilista, pela qual somente está legitimado para o pedido de exibição de coisa aquele que alegar ser dela proprietário; b) teoria processual ou publicística, expressa no direito que qualquer parte teria de exigir que terceiros, estranhos ao litígio, exibissem em juízo documentos sem qualquer conexão jurídica com aquelas partes; c) teoria do interesse comum, solução intermediária entre as outras teorias, pela qual tem relevância para a exibição não o fato de ser comum o documento, mas a afirmação de ter o requerente, que pretende vê-lo exibido, interesse comum em seu conteúdo, ou seja, na ideia que a coisa pode transmitir” (DUARTE, Radson Rangel F. In *Processo Cautelar. Coleção Prática Processual Trabalhista*. Goiânia: AB, 2001, p. 79).

Daí, objetiva-se à primeira (teoria substancial), “o fato de ela restringir a exibição a extremo que a torna inútil, além do fato de que o titular de um direito sobre coisa tem o direito de gozo, podendo exigí-la a qualquer momento”, e à segunda (teoria publicística) “o fato de que as coisas são passíveis de serem apropriadas, tornando-se propriedade privada”, sendo que sua adoção “transformaria as pessoas em meras depositárias das coisas, que passariam a ser públicas” (idem, *ibidem*. Notas de rodapé 2 e 3).

do TRCT, ou de algum documento que possui guarda, supera tal obstáculo pois o Judiciário não pode suprir a incúria na guarda documental.

IV – perícia. A perícia a ser produzida na ação a ser, eventualmente, proposta, também pode ser antecipada, seja a obrigatória, seja a facultativa. Assim, por exemplo, poderá ser antecipada a perícia ambiental, para apurar as condições do trabalho no tocante à insalubridade e periculosidade ou a alegada doença ocupacional (do trabalho ou profissional). No tocante a essa, todavia, uma particularidade: o requerente terá de trazer aos autos algum dado médico, como exame, laudo etc, que indique a existência da patologia, atendendo ao que estabelece o caput do art. 382 do CPC (“... mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”), pois não cabe ao juízo o papel de diagnóstico de doença quando a pessoa sequer sabe de sua existência; entendimento contrário transformaria o Judiciário em nosocômio.

Por outro lado, não se admite a produção antecipada da prova sob a espécie de inspeção judicial. Essa configura um elemento probatório a ser produzido, unicamente, perante o juízo do processo principal, bem como o caráter facultativo desse meio de prova.

4 UTILIDADE DO PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

Sabe-se que o contrato de trabalho é marcado pelo poder empregatício, que, segundo Delgado¹⁵, “constancia um conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviços pactuada”, colocando-o em uma posição privilegiada e de enorme influência no âmbito do contrato¹⁶. Disse decorre que cabe ao empregador organizar a atividade empresarial segundo os seus interesses, ordenando, definindo, alterando etc, bem como o controle respectivo, de forma que os registros são realizados, quase sempre, pelo empregador, remanescendo ao empregado meios de prova menos formais (prova testemunhal) quando não efêmeros (p. ex., possibilidade de alteração do ambiente de trabalho insalubre, condições precárias de determinadas máquinas etc). Assim, intuitivo ser o processo do trabalho um ambiente propício para a utilização do procedimento de antecipação de provas¹⁷.

15. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p.594

16. Idem 14. p.607

17. Na realidade, o processo do trabalho é um *locus* ideal para a utilização de uma ampla gama de meios de provas que se coadunam a hipossuficiência do empregado e desequilíbrio na relação

Trata-se de procedimento utilizado tanto por quem poderá ser autor como réu em ação futura; para tanto, imagine-se a hipótese em que o empregador dispensa o empregado por justa causa e pretende formar a prova dos fatos ensejadores dessa dispensa motivada. É certo, porém, que a utilização pelo empregado, potencialmente autor em reclamatória trabalhista, será a regra, especialmente em face das alterações provocadas pela Lei 13.467/17.

De fato, esse texto legislativo importou em diversas inovações no processo do trabalho, apresentando um conteúdo ideológico de restrição no acesso ao Judiciário com a criação de entrave financeiro de discutível constitucionalidade.¹⁸ Nesse sentido, a CLT sob a redação implementada por essa Lei:

Art. 790-B. § 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Art. 791-A. § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Bem se vê que, abstraída a discussão sobre a constitucionalidade dessa previsão¹⁹, há o risco de o reclamante, a despeito de beneficiário da justiça gratuita, ser condenado ao pagamento dessas despesas processuais

de emprego: ata notarial, prova científica, prova estatística etc.

18. Nesse sentido, a manifestação do relator do projeto de lei que se converteu na Lei 13.467/17: “A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias. A entrega da tutela jurisdicional consiste em dever do Estado, do qual decorre o direito de ação. Todavia trata-se de dever a ser equilibrado contra o impulso da demanda temerária. Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D628A4789E6E2C037604CFC5EBA904ED.proposicoesWebExt_ernol?codteor=1548298&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 13 jan. 2018.
19. Registra-se ter a Procuradoria-Geral da República ajuizado ação direta de inconstitucionalidade em relação a tais dispositivos (ADI 5766. Rel. Min. Luiz Roberto Barroso).

caso algumas de suas pretensões não sejam acolhidas, não apenas por inexistência do direito material postulando mas também por deficit no seu encargo probatório. Assim, para evitar esse risco, a produção antecipada da prova, procedimento no qual, por via de regra, não há fixação de despesas processuais, afigura-se de extrema utilidade aos empregados. Isso se dá porque, a depender do resultado probatório colhido nesse procedimento, o empregado poderá sequer ajuizar a sua pretensão material ou, ainda, se o fizer, observará determinados parâmetros e não mais aleatoriamente como antes ocorria e que, agora, pretende-se corrigir. Assim, a inovação legal é alvissareira no processo do trabalho uma vez que admite a produção antecipada da prova de forma que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, III, CPC) e, assim, evitar as consequências processuais acima mencionadas, quais sejam, condenação em honorários advocatícios sobre parte dos pedidos ou de honorários periciais.

Ademais disso, de acordo com o art. 840, §1.º, implementado pela Lei 13.467/17, a reclamação deverá ter o pedido certo, determinado e com indicação do seu valor. Assim, a produção antecipada da prova se mostra necessária, tendo em vista que toda a documentação normalmente se encontra em posse do empregador, para que o autor na ação trabalhista tenha condições de atender a esse requisito implantado pela novel legislação processual, especialmente porque entende-se ser de mau vezo a utilização de prova, no processo principal, para a delimitação de pretensões: ela serve para demonstrar a pretensão, cujo limite deve vir anteriormente estabelecido na petição inicial.

5 PROCEDIMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

Apesar de haver um elastecimento da possibilidade de produção da prova antecipada, isso não significa ter sido aberta uma larga avenida sem qualquer condicionamento. Ao contrário, é necessário o atendimento a determinados requisitos que demonstrem a necessidade da tutela jurisdicional e a utilidade dos elementos probatórios a serem objeto de antecipação. Não à toa, o art. 382 do CPC fixa que 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”.

Trata-se de ponto fulcral no procedimento de produção antecipada da prova, de forma que a pessoa requerente deverá indicar quais são as razões porque é necessária a atual jurisdicional, forma essa de definir a existência do interesse processual sob o binômio necessidade-utilidade,

bem como indicar os fatos sobre os quais a prova haverá de recair. Caberá ao requerente, portanto, “trazer de forma clara e transparente, mesmo que sumariamente, a descrição precisa da relação jurídica existente e da(s) circunstância(s) fática(s) que mereçam ser comprovadas”²⁰. Sem a indicação desses requisitos, o procedimento não será iniciado, não sendo possível emenda pois não há espaço para a adoção do princípio da primazia do mérito, pois esse inexistente no procedimento de produção antecipada da prova, além do que culminaria por atrasar um procedimento que se quer expedito. Assim, é o caso de extinção do processo e eventual posterior ajuizamento de nova ação de produção antecipada da prova.

Ademais, o condicionamento estabelecido no art. 382 do CPC mostra que o direito não é absoluto, mormente porque será exercido na esfera jurídica de outra pessoa. Observe-se que não basta a mera apresentação das razões mas que haja relevância e utilidade da prova a ser antecipada, não sendo possível a instauração do procedimento para “a busca ou investigação decorrentes de imaginárias e hipotéticas elucubrações dos jurisdicionados”²¹.

Ressalta-se que as razões que justificam a antecipação e principalmente os fatos sobre os quais a prova há de recair devem ser precisos e não genéricos. Do contrário, a prova poderá ser imprecisa e, assim, imprestável para o processo principal, pois em eventual processo principal a prova produzida na produção antecipada da prova é recebida como prova emprestada (CPC, art. 372)²² e, assim, necessário o prévio contraditório.

Assim, importante destacar que a prova obtida em procedimento da ação antecipada da prova é recebida em eventual processo principal como prova emprestada²³. A pedra de toque da prova emprestada é o

20. ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. *In* Direito Probatório: Grandes temas do novo CPC. V. 5. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 476.

21. *Idem* 19. p. 477.

22. “A coleta de depoimentos ou a realização de laudos periciais em procedimentos cautelares antecipatórios não muda a natureza da prova realmente feita, transformando-os em prova documental. Os depoimentos continuarão sendo prova oral e o exame continuará sendo prova pericial”, conforme lição de THEODORO JR., que transcreve escólio de SÉRGIO S. FADEL: “O valor portanto, de um e de outro, é valor de prova oral e de prova pericial. Nunca, de documental” (1995, p. 305)

23. Importante destacar que não é requisito a prova antecipada ser anexada a um processo; porém, se for, seguirás como *prova emprestada* (CPC, art. 372) e, assim, a citação e participação de todos litigantes no procedimento do art. 381 são de grande importância para não ferir o contraditório. Fuga, Bruno Augusto Sampaio. A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios – 2ª ed. Londrina, PR: THOTH, 2017.

contraditório exercido, pois do contrário a prova deverá ser repetida por claro eventual cerceamento de defesa. Neste sentido, Enunciado n.º 52 do FPPC: “(art. 372) Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária”.²⁴

Na petição inicial, além de atender o que estabelece o art. 382 do CPC, deverá trazer a espécie probatória que se pretende (depoimento da parte que entende haver relação jurídica; testemunhal; documental; pericial), indicando quais são as testemunhas e precisando-lhes os respectivos dados, indicando os assistentes técnicos e quesitos em caso de perícia. Conforme Fredie Didier Jr.²⁵, essa “exigência decorre da simplicidade do procedimento de produção antecipada da prova, que praticamente se reduz à produção da prova” (2015, p. 496).

Apresentada a petição inicial, não será o caso de a Secretaria do juízo automaticamente expedir a citação, como consta no art. 841 da CLT²⁶, mas sim a submissão daquela peça ao juiz, a quem caberá exercer o juízo de admissibilidade (art. 382 do CPC) e, ainda, estabelecer os parâmetros da medida.

Não se nega a possibilidade de concessão de medida liminar caso haja riscos de frustração da utilidade da prova caso houvesse o conhecimento prévio por parte do requerido. Nesse sentido, cite-se a prova documental, que poderia ser extraviada.

Segundo estabelece o § 4º do art. 382 do CPC que no procedimento de antecipação de provas não se admitirá defesa. A finalidade dessa previsão reside no fato de que, neste procedimento, nada se define acerca do direito material.

24. Sobre o tema: “Entendo que nesse caso a solução do impasse se dá por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, pesando o juiz os interesses envolvidos e buscando a melhor solução com o fito de gerar o menor prejuízo possível às partes. E quanto maior tiver sido o contraditório no processo de origem, ainda que sem a participação do sujeito que é parte no processo de destino, maior a carga de convencimento da prova. Acredito que mesmo diante da redação do dispositivo ora comentado é possível a adoção de tal entendimento.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*/Daniel Amorim Assumpção Neves. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo (ebook): MÉTODO, 2015.

25. DIDIER JR. Fredie. *Produção antecipada da prova*. In *Direito Probatório: Grandes temas do novo CPC*. V. 5. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 495 – 505.

26. “Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias”.

Todavia, há se entender em termos tal previsão. Com efeito, a impossibilidade de apresentação de defesa, como a literalidade do texto propõe, importaria em patente inconstitucionalidade à medida que permitiria a atuação do Judiciário na esfera jurídica de alguém sem a possibilidade dessa pessoa influenciar ou participar do resultado dessa atuação. Tal hipótese importaria em clara ofensa ao contraditório. A tentativa de harmonização do texto legal à Constituição, portanto, levamos à conclusão de ser admitida a apresentação de defesa, no entanto, restrita a aspectos processuais – pressupostos processuais – e também ao próprio exercício da produção antecipada da prova, como o caso do interesse processual na obtenção da medida, por exemplo, as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova, os fatos sobre os quais a prova há de ser realizada. O que não se admite é defesa e discussão sobre o valor da prova tampouco sobre efeitos da prova sobre fatos, o que será objeto de apreciação no processo principal²⁷.

Assim, cabe oportunizar à parte requerida o prazo de 5 dias para a apresentação de resposta aos termos do requerimento de produção antecipada da prova.

Além de apresentar defesa, com o conteúdo acima apresentado, é possível à parte requerida formular pedido de produção antecipada da prova, em nítida reconvenção ou pedido contraposto de caráter probatório, uma vez que deve incidir sobre os mesmos fatos apresentados pela parte autora no procedimento (§ 3º, art. 382, CPC²⁸). Aqui verifica-se uma restrição temática do pedido contraposto, impondo-se a necessária conexão probatória, não necessariamente dos mesmos elementos probatórios: assim, se o requerente requer a produção de prova documental, lícito ao outro interessado requerer a produção de prova oral (inclusive depoimento do requerente), desde que se trate do mesmo fato.

27. Registra-se que o Projeto de Lei 7771/2017, do deputado Carlos Bezerra, altera tal sistemática, para admitir a apresentação de defesa de conteúdo meritório, cabendo ao juiz pronunciar-se sobre a ocorrência ou não do fato objeto da prova. Nessa proposta, o art. 382 teria a seguinte redação:

“Art. 382.....

§ 1º O juiz determinará, salvo se inexistente caráter contencioso, a citação dos interessados na produção da prova ou no fato a ser provado para, no prazo de 15 (quinze) dias, concordar com o pedido ou apresentar contestação.

§ 2º O juiz se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato”. (NR)

28. “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

Ademais, há outro condicionante: o pedido contraposto não pode importar em demora excessiva no procedimento de produção antecipada da prova. Não obstante a celeridade seja uma preocupação, há se conceder ao requerente a oportunidade para apresentar a defesa aos termos do pedido formulado pelo requerido.

Das decisões tomadas em sede de produção antecipada de provas não cabe recurso, salvo se o pedido do requerente for inadmitido em sua integralidade, hipótese em que seria admitido o recurso ordinário. Assim, se houver admissão parcial do pedido, não será admitido recurso. Da mesma forma, não será impugnável a decisão que indeferir o pedido feito pelo requerido. Nesse sentido, é claro o art. 382, § 4º, do CPC.²⁹

A decisão tomada não pode realizar a valoração da prova produzida³⁰, conforme art. 382, § 2º, CPC, sendo vedado ao juiz manifestar se os fatos ocorreram ou não, tampouco sobre as respectivas consequências jurídicas, especialmente porque o destinatário da prova nesse procedimento é unicamente a parte requerente. Ademais disso, apenas em eventual processo futuro a prova assumirá a sua conexão com o direito material, de forma que apenas nesse processo será possível o juízo de valor sobre os fatos e a prova.

Caso a parte requerida não apresente, por exemplo, os documentos requeridos pela parte autora, não cabe a aplicação da consequência prevista no *caput* do art. 400 do CPC (ao “decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar”) justamente porque na produção antecipada da prova não ocorre a valoração da prova e definição da ocorrência ou não dos fatos. Assim, nessa hipótese de descumprimento da decisão judicial, cabe a fixação de multa por eventual descumprimento da determinação judicial.

Prolatada a decisão, os autos ficam à disposição dos interessados pelo prazo de 1 (um) mês para os fins que lhes interessarem. Findo esse período, os autos deverão ser remetidos ao arquivo, salvo se se tratar de autos físicos, hipótese em que são entregues ao requerente da medida com a baixa nos registros.

6 DESPESAS PROCESSUAIS

As despesas processuais ficarão a cargo da pessoa requerente.

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

30. “§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

Não há obstáculo à concessão dos benefícios da justiça gratuita a qualquer das partes na produção antecipada de provas, desde que atendidos os requisitos legais.

Todavia, a concessão da justiça gratuita alcança as custas processuais (art. 790, § 4º, CLT).

A indagação principal, todavia, diz respeito aos honorários periciais.

Tivesse a CLT seguido o mesmo tratamento estabelecido no processo comum, a concessão da justiça gratuita alcançaria também o pagamento dessa parcela, conforme é claro o art. 98, § 1º, VI, do CPC. Todavia, a CLT trilhou entendimento diverso, ao estabelecer que ainda que seja beneficiário dessa garantia constitucional se o empregado for sucumbente no objeto da perícia, caber-lhe-á arcar com os honorários periciais (*caput*, art. 790-B, CLT), salvo se não lhe forem reconhecidos créditos suficientes para o atendimento dessa despesa, hipótese em que caberá à União (ente federativo responsável pela jurisdição trabalhista) o pagamento dos honorários periciais.

Como na antecipação de provas inexistente reconhecimento de crédito ao empregado – quase sempre beneficiário da justiça gratuita – para permitir-lhe o pagamento dessa despesa processual, na produção antecipada da prova caberá à União o pagamento dessa importância, ainda que seja constatado o trabalho em condições insalubres ou atividades perigosas.

Conforme ensina a doutrina de Theodoro Jr.³¹ (alicerçando-se em lições de Pontes de Miranda):

Se a parte contrária não contesta a antecipação de prova, as despesas do processo são pagas pela parte que a promoveu, para serem somadas às custas do processo principal, que afinal serão imputadas à responsabilidade do vencido, que, se não for o promovente, efetuará em favor deste o competente reembolso.

Segundo Didier Jr.³²:

se a prova ali produzida [na produção antecipada de provas] for utilizada em futuro processo de certificação do direito material, suas despesas se somarão às despesas do processo cognitivo e deverão ser desembolsados, ao final, pelo vencido.

31. THEODORO JR. Humberto. *Processo cautelar*. 16ª ed. São Paulo: LEUD, 1995. p. 312.

32. DIDIER JR. Fredie. *Produção antecipada da prova*. In *Direito Probatório: Grandes temas do novo CPC*. V. 5. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 504.

Essas lições, dirigidas ao processo comum, são inteiramente aplicáveis no processo do trabalho.

Assim, se o promovente da ação de produção antecipada de provas for beneficiário da justiça gratuita, caberá à União o pagamento de honorários periciais uma vez que a Justiça do Trabalho integra o judiciário desse ente federativo, devendo ser expedida a requisição para o pagamento de tal despesa processual independentemente do resultado da prova. Caso seja ajuizada ação posterior, deverá haver a restituição à União. Assim, se a prova pericial antecipada constatar que inexistiam condições insalubres, perigosas, doença ocupacional, diferenças de comissões etc., em ação posterior na qual sejam reconhecidos outros créditos ao empregado, haverá a retenção do valor dos honorários periciais dispendidos pela União³³, conforme estabelece o § 4º do art. 790-B da CLT³⁴. De igual forma ocorrerá se ajuizada ação posterior com condenação da reclamada no objeto da perícia produzida em procedimento de produção antecipada da prova, os honorários ficarão a cargo da reclamada; nessa hipótese, portanto, caberá ao Juízo determinar que a reclamada efetue a restituição à União do valor devido a título de honorários periciais que haviam sido dispendidos na produção antecipada da prova. E mais: como nesse procedimento devem ser observados os limites estabelecidos em norma interna para fixação de honorários periciais, sempre abaixo dos valores que permitam a justa retribuição ao perito, caberá ao Juízo o reajustamento do valor dos honorários periciais, com vistas a atender esse critério.

Outro questionamento diz respeito aos honorários advocatícios na produção antecipada da prova.

O entendimento predominante é no sentido de não haver condenação em honorários advocatícios uma vez que inexistente sucumbência nesse procedimento, salvo se houver apresentação de defesa, hipótese de fixação de honorários sucumbenciais. De se registrar, todavia, o entendimento divergente, de acordo com Abreu³⁵, se não houver sucumbência a parte requerente deverá responder por honorários advocatícios em favor do advogado da parte requerida uma vez que este teve a despesa processual relativa à contratação de patrocínio advocatício; adota, esse autor, o

33. Registra-se, nesse caso, a dificuldade operacional. Porque inexistente prevenção do Juízo (CPC, art. 381, § 3º), o controle sobre eventuais valores antecipados a título de honorários periciais, será uma dificuldade a mais. Talvez, a existência de cadastro único ou a automática informação desse fato, viabilizados pelo desenvolvimento da tecnologia, atenuem tal obstáculo.

34. “Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

35. ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *In* CPC Comentado. São Paulo: Editora Lualri, 2016.

princípio da causalidade a orientar a responsabilidade pelos honorários advocatícios.

7 ANÁLISE DE CASO

Conforme citado anteriormente, recente decisão do TRT da 3ª Região³⁶ trouxe discussão sobre o ajuizamento da ação de produção antecipada da prova (pertinência ou não de sua produção na Justiça do Trabalho).

Constou nos autos que o empregado fora afastado do trabalho em decorrência de uma lesão em um dos seus joelhos, inclusive, com recomendação de procedimento cirúrgico, que, no entanto, não conseguiu realizar procedimento em razão do corte do plano de saúde por parte da empresa, sendo necessária a realização de perícia médica visando apurar as causas de sua enfermidade, sua extensão e efeitos sobre a sua capacidade laborativa.

Assim, o trabalhador ajuizou a ação de produção da prova fundamentando a sua pretensão no art. 381, inciso III, do CPC/2015, segundo o qual a produção antecipada da prova poderá ser utilizada nos casos em que “o prévio conhecimento dos fatos que possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”, solicitando a realização de perícia médica e de engenharia.

Todavia, em 1ª instância o processo foi extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015, sob o argumento de que

36. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CPC/2015. O CPC de 2015 criou um verdadeiro procedimento probatório autônomo ou independente, o que tem como corolário o reconhecimento do direito autônomo à prova, no sentido de direito cujo exercício não se vincula necessariamente a um processo judicial instaurado ou a ser instaurado ou a uma situação de perigo em relação à produção de determinada prova. É que, consoante o art. 381, I, II e III, do CPC de 2015, a prova poderá ser produzida de forma antecipada quando: a) haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo; b) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Note-se que o CPC de 2015 não tratou do tema ao disciplinar a tutela de urgência, o que significa dizer que a antecipação da prova não depende, necessariamente, da presença do denominado *periculum in mora*. Esta demonstração somente será exigida quando a pretensão tiver como fundamento o art. 381 do CPC, ou seja, o fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. Assim, nas hipóteses mencionadas nos incisos II e III do art. 381 do CPC, a prova pode ser produzida com o objetivo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou verificar a existência de fatos que justifiquem o ajuizamento de demanda, mesmo que não haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. (TRT-3 - RO: 00117012520175030075 0011701-25.2017.5.03.0075, Relator: Convocado Cleber Lucio de Almeida, Primeira Turma)

o reclamante possui pleno conhecimento de todos os fatos que possam justificar o ajuizamento de reclamatória trabalhista.

Ademais, o juízo considerou que o reclamante utilizou da técnica processual da produção antecipada da prova a fim de livrar-se da possível condenação ao pagamento de honorários periciais e advocatícios, diante dos arts. 790-B e 791-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017. Por fim, alegou que não existe nenhum indício nos autos de que a produção de tais provas tornar-se-á impossível ou muito difícil na pendência da ação ou viabilizará a autocomposição ou outro meio para a solução de conflito, reputando inadequado a via eleita pelo reclamante.

Contra a decisão prolatada, o trabalhador interpôs recurso fundamentando o seu cabimento. Assim, ao analisar o caso, o juiz convocado Cleber Lúcio de Almeida deu razão ao reclamante. Para ele, a ação do trabalhador é válida à medida que favorece a possibilidade de solução do conflito sem a intervenção do poder judiciário, podendo evitar o ajuizamento de demanda.

Pontuo o Magistrado:

Em suma, não há como negar, na hipótese dos autos, a presença do interesse do autor na produção da prova visando a verificação de fatos que possam justificar o ajuizamento de demanda contra seu empregador, como posto na petição inicial. Anoto que, apesar dos fatos narrados na petição inicial, existem fatos que somente por meio da prova pericial podem ser verificados, quais sejam, o acidente de trabalho e seus reflexos sobre a capacidade de trabalho do reclamante e o trabalho em condições perigosas.

Deste modo, o recurso foi provido, reformando a decisão de 1º grau, determinando o retorno dos autos à instância de origem para a produção da prova pericial pretendida pelo reclamante.

Esta decisão tem grande importância no processo trabalho, tendo em vista o reconhecimento da ação de produção antecipada da prova e, assim, criando importante precedente sobre o tema. A possibilidade de ajuizamento da referida ação na justiça do trabalho tem entendimento favorável de acordo com o referido precedente, compartilhamos deste entendimento.

Na hipótese do inciso I, do art. 381, quando tiver urgência a ação é de grande importância, pois evitará o perecimento da prova. No inciso II, quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” também tem pertinência, pois o prévio conhecimento dos fatos poderá facilitar a

autocomposição entre as partes e, assim, evitar eventual ação (princípio da economia processual. E, por fim o inciso III, quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” é ainda mais pertinente, pois conhecer os fatos previamente (documentos, periciais, testemunhais a afins) poderá evitar corroborar com o ajuizamento da ação; assim, evita-se aventuras jurídicas e aumentar o acesso à justiça.

Porém um ponto destacamos, o precedente, embora favorável ao tema, deixou de fundamentar e esclarecer diversos pontos, ou seja, a “corte superior de apelação” perdeu uma grande oportunidade de dirimir eventual dúvidas sobre o tema e, assim, evitar insegurança jurídica. Sabe que uma primeira função do judiciário é a resolução de conflitos (*resolution of disputes*), que cabe aos juízes e tribunais de apelação, a segunda função que o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*) cabe às Cortes Supremas¹.

Taruffo afirma que o núcleo do precedente é formado por dois elementos essenciais: a *ratio decidendi* e a analogia entre os casos (anterior e o sucessivo)². Esses conceitos são elementares para a compreensão do sistema recursal.³ Quanto melhor o critério para reconhecer “a identidade essencial entre casos”, mais harmônico será o sistema e mais previsibilidade se conseguirá obter⁴.

O precedente do TRT da 3ª Região⁵ foi favorável, porém disse pouco sobre o assunto. Por ser pioneiro, poderia já ter tratado sobre o

1. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* / Luiz Guilherme Marinoni. – 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 291.
2. apud VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo* / Antônio Aurélio de Souza Viana, Dierle Nunes. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 110.
3. “Decorrido tanto tempo, é assustador e lamentável o fato de muitos operadores do direito desconhecerem, por completo, conceitos como *ratio decidendi* e *distinguishing*, elementares em qualquer ordenamento jurídico no qual se aplica a lógica do direito jurisprudencial. VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo* / Antônio Aurélio de Souza Viana, Dierle Nunes. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 184.
4. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: Direito jurisprudencial / Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 60.
5. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CPC/2015. O CPC de 2015 criou um verdadeiro procedimento probatório autônomo ou independente, o que tem como corolário o reconhecimento do direito autônomo à prova, no sentido de direito cujo exercício não se vincula necessariamente a um processo judicial instaurado ou a ser instaurado ou a uma situação de perigo em relação à produção de determinada prova. É que, consoante o art. 381, I, II e III, do CPC de 2015, a prova poderá ser produzida de forma antecipada quando: a) haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo; b) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Note-se que o CPC de 2015 não

tema, com fundamentos consistente sobre a hipótese debatida nos autos e, assim, servir de paradigma para outros litígios. Poderia ter construído ele uma *ratio decidendi* construtiva sobre o tema, tecendo os elementos gerais de prova e sua pertinência no processo do trabalho, porém assim não fez e a discussão, embora com esse precedente firmado, ainda levará tempo para ser consolidada.

REFERÊNCIAS

ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. In CPC Comentado. São Paulo: Editora Lualri, 2016.

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In Direito Probatório: Grandes temas do novo CPC. V. 5. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. O direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

DIDIER JR. Fredie. Produção antecipada da prova. In Direito Probatório: Grandes temas do novo CPC. V. 5. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015.

DUARTE, Radson Rangel F. In Processo Cautelar. Coleção Prática Processual Trabalhista. Goiânia: AB, 2001.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio Fuga. A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios. 2.^a ed. Londrina, PR: Thoth, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios / Luiz Guilherme Marinoni. – 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

tratou do tema ao disciplinar a tutela de urgência, o que significa dizer que a antecipação da prova não depende, necessariamente, da presença do denominado *periculum in mora*. Esta demonstração somente será exigida quando a pretensão tiver como fundamento o art. 381 do CPC, ou seja, o fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. Assim, nas hipóteses mencionadas nos incisos II e III do art. 381 do CPC, a prova pode ser produzida com o objetivo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou verificar a existência de fatos que justificar o ajuizamento de demanda, mesmo que não haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. (TRT-3 - RO: 00117012520175030075 0011701-25.2017.5.03.0075, Relator: Convocado Cleber Lucio de Almeida, Primeira Turma)

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. São Paulo: Saraiva, 2008;

SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Curso de direito processual do Trabalho. Vol. II. São Paulo: LTr, 2009.

THEODORO JR. Humberto. Processo cautelar. 16ª ed. São Paulo: LEUD, 1995.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo / Antônio Aurélio de Souza Viana, Dierle Nunes. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: Direito jurisprudencial / Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

CAPÍTULO 4

A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA NOS PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS

AMANDA CAROLINA ROCHA CAMILO

Advogada e proprietária na advocacia ARC. Especialista em Direito Trabalho, pela PUC-PR e especialista em Direito Previdenciário pelo Damásio Educacional da cidade de Londrina.

RODRIGO FAGUNDES NOCETI

Advogado, Sócio e Gestor na Advocacia Marly Fagundes. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Especialista em Direito Previdenciário. rodrigo@fagundesadv.com.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a produção antecipada da prova nos processos que envolvem os benefícios de aposentadoria especial e incapacidade ao trabalho, custeados pelo Seguro Social.

A prova, vista como meio de defesa, ganha força de norma constitucional. A antecipação deste meio de defesa na área previdenciária possibilita o alcance da verdade afastando decisões diversas ao justo.

Será examinado de forma programática como essa precipitação torna célere e eficiente a atuação do Judiciário.