

As variações na ação de produção antecipada de provas na justiça do trabalho

Variations of anticipated production of evidence in Labor Court

Juliana Baraldi Lopes^{1*}

RESUMO

O presente artigo busca analisar a produção antecipada de prova sob o prisma da Justiça do Trabalho (inclusive no tocante à perícia médica), especialmente à luz de julgados e casos concretos, assim como seus impactos em relação aos honorários advocatícios. Para isso, foram analisadas as disposições legais a respeito do tema, além de julgados oriundos de tribunais regionais do trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: produção antecipada de provas 1; direito do trabalho 2; honorários advocatícios3;

ABSTRACT

This article seeks to analyze the anticipated production of evidence from the perspective of Labor Justice (including with regard to medical expertise), especially in the light of judgments and specific cases, as well as its impacts in relation to attorney fees. For this, the legal provisions on the subject were analyzed, in addition to judgments from regional labor courts and the Superior Labor Court.

Keywords: anticipated production of evidence 1; labor law 2; attorney fees3;

¹ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
*E-mail: baraldi.juliana@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

No ano de 2017 entraram em vigor as alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, que ficaram conhecidas, em seu conjunto, como “Reforma Trabalhista”.

Dentre as diversas alterações no campo do direito material e processual, duas chamaram bastante a atenção e acabaram, conforme será demonstrado ao longo desse artigo, desencadeando o ajuizamento de outras demandas de forma prévia à reclamação trabalhista em si.

A primeira dessas alterações é a necessidade de liquidação dos pedidos, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito, a teor do que dispõe a nova redação do artigo 840, parágrafo primeiro da CLT ².

Antes da reforma trabalhista, somente os processos submetidos ao rito sumaríssimo (ou seja, que envolvesse valor inferior a 40 salários mínimos) ficavam submetidos à necessidade de liquidação dos pedidos, de modo que a grande maioria das demandas possuía apenas um valor atribuído à causa, de certa forma e com a devida vênua, aleatório.

O valor atribuído à causa é dito como aleatório em razão do fato de que somente trazia algum efeito à demanda em caso de julgamento de improcedência dos pedidos ou em caso de arquivamento (o que ocorria quando o autor não comparecia à audiência).

Certo é que com o advento da Reforma Trabalhista, a necessidade de liquidação dos pedidos, de acordo com o texto da CLT, tem se mostrado imperiosa.

A segunda alteração de impacto na CLT foi a possibilidade de condenação de ambas as partes em honorários de sucumbência³, o que, até então, era privilégio dos feitos submetidos à Justiça Comum.

² Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1o Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

(...)

§ 3o Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1o deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.

³ Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa

Em casos de improcedência total dos pedidos e se o reclamante for beneficiário da justiça gratuita⁴, o crédito relativo aos honorários advocatícios ficará sob condição suspensiva de exigibilidade e serão exequíveis se, nos dois anos subsequentes, o credor (in casu, o advogado) demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade.

Em caso de procedência parcial, todavia, o que se tem visto em cinco anos de vigência das disposições acerca dos honorários advocatícios, é a “reserva” do valor dos honorários do crédito do trabalhador.

Fato é que a possibilidade de pagamento de honorários advocatícios fez com que os reclamantes passassem a ter mais cautela na formulação de pedidos, o que não existia outrora, em razão da ausência de consequências em caso de improcedência de pedido que tivesse sido deduzido sem que houvesse fundamento para tanto.

Em razão da necessidade de liquidação dos pedidos e da cautela quanto à formulação dos pedidos em juízo, muitos advogados têm se utilizado da produção antecipada de provas para ter acesso aos documentos do trabalhador (como por exemplo, cartões de ponto e contracheques de todo o período contratual), ou até mesmo para realização de perícias para verificação quanto à ocorrência denexo de causalidade de patologias com o trabalho ou percentuais de incapacidade.

Os tribunais, entretanto, têm se dividido quanto à possibilidade de utilização da produção antecipada de provas para tal fim, especialmente para obtenção de documentos.

O presente artigo tem por objetivo a análise dos argumentos contrários e favoráveis à utilização da medida, assim como de seus desdobramentos na Justiça do Trabalho

(...)

§ 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, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5o São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

⁴ O que acontece na maioria esmagadora dos casos, uma vez que, de acordo com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, basta a declaração de pobreza para que os benefícios da justiça gratuita sejam concedidos.

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O CPC/73 adotava a teoria estática do ônus da prova, a qual, regida pelo princípio do interesse, rezava ser do autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu interesse e do réu, aqueles extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.

O CPC de 2015, por sua vez, mantém a regra, mas a ela acresce a chamada teoria dinâmica do ônus da prova - já aplicada na Justiça do Trabalho com base no inciso VIII do art. 6º do Código do Consumidor⁵, no que tange às demandas coletivas, e no comando da Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho⁶, no referente aos dissídios individuais - consagrando-a no §1º do seu art. 373, nos seguintes moldes:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem como corolário, como se vê, o princípio da aptidão para a prova, o qual faculta ao juízo atribuir o ônus da prova de forma diversa do disposto no caput (que refere à teoria estática), quando constata a maior facilidade para uma das partes de produzir uma prova que, para a outra, seria de grande dificuldade.

⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

⁶ JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

A ação de produção antecipada de prova é a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória de um processo para o qual ela serviria.

É, pois, ação em que se busca o reconhecimento do direito autônomo à prova, direito esse que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária⁷.

É ação que se esgota na produção da prova - tão somente. Não se pretende que o juiz reconheça que os fatos foram provados, ou que o juiz certifique situações jurídicas decorrentes de fatos jurídicos: o que se busca, simplesmente, é uma decisão que reconheça que a prova foi produzida regularmente.

A valoração da prova será feita em outro momento; isso se houver necessidade, pois o requerente pode não ajuizar futura demanda.

Aqui reside uma das grandes vantagens da produção antecipada de provas: se já houver certeza acerca dos fatos constitutivos de pretensão condenatória, é provável que o réu já busque a composição amigável (como homologação da transação extrajudicial, se o caso). Se a prova for conclusiva quanto à ausência do direito, o autor da ação de produção antecipada de provas, muito provavelmente, não ajuizará a demanda principal.

Dispõe a doutrina de Daniel Amorim Assunção Neves sobre o tema:

A possibilidade de prévio conhecimento de fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento de ação é a última hipótese de cabimento da produção antecipada de provas, consagrada no inciso III, do dispositivo ora analisado. Essa hipótese diz respeito à necessidade de produção da prova como forma de preparar a pretensão principal, possibilitando assim a elaboração de uma petição inicial séria e responsável."

Humberto Theodoro Junior, de todo modo, salienta que a produção antecipada de prova, "tanto pode ser manejada por quem pretenda agir como por quem queira defender-se, como ainda por quem apenas queira certificar a ocorrência de determinado fato, documentando-a judicialmente."

Segundo Yarshell, trata-se de ação que se reveste de duplicidade peculiar. Isso porque, ao invés de ambas as partes adotarem simultaneamente a dupla face de autor e

⁷ Freddie Didier. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela I Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira-10 . ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015., p. 137

réu, o que se observa é que a posição ocupada pelas partes não é muito relevante. A procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois a prova será produzida e atingirá, para beneficiar ou prejudicar, todas as partes.

Como já dito, a produção antecipada da prova foi reformulada mediante o CPC/15, especialmente por viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de controvérsias (art. 381, II, do CPC/15), em consonância com a diretriz fundamental do CPC/15, que estimula a resolução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Atualmente o instituto de direito processual mencionado está disciplinado nos arts. 381 a 383 do CPC/2015.

Conforme também adiantado no tópico introdutório, por vezes o que tem se buscado com a produção antecipada de provas é simplesmente a exibição de documentos relacionados ao contrato de trabalho do possível reclamante, a fim de que seja verificado, antes do ajuizamento da demanda, se há direitos em haver, tais como horas extras, por exemplo.

Freddie Didier leciona que “Pode-se requerer a antecipação da produção de qualquer prova, ressalvada a prova documental, cuja produção antecipada se pede por meio da ação de exibição.

Por outro lado, segundo a parcela da doutrina que admite a produção antecipada de provas como meio hábil a produzir prova documental, tal possibilidade reside na previsão do inciso III, do art. 381 do CPC, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho (art. 769 da CLT), que preceitua que “

"Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

[...]

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

Tal entendimento é refletido, também, na esfera cível, conforme as seguintes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. AÇÃO AUTÔNOMA. PROCEDIMENTO COMUM. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. INTERESSE E ADEQUAÇÃO. 1. Admite-se o ajuizamento de ação autônoma para a exibição de documento, com base nos arts. 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC. Entendimento apoiado nos enunciados n. 119 e 129 da II Jornada de Direito Processual Civil. 2. Recurso especial provido."

(STJ – REsp: 1774987 SP 2018/0228605-4, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 08/11/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2018)

"No Código de Processo Civil anterior, a exibição de documentos era veiculada por meio de medida cautelar, no entanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a providência almejada pelo apelante deve ser deduzida nos termos dos artigos 381 a 383 cumulados com os artigos 396 a 404 de referido diploma legal. De fato, o Código de Processo Civil aboliu o procedimento cautelar autônomo para a exibição de documento ou coisa (arts. 844 e 845 do CPC/1973). Porém, ainda se revela possível a postulação da medida em caráter preparatório, observando-se o rito da produção antecipada da prova, previsto nos arts. 381 a 383, em conjunto, no que couber, com as disposições dos arts. 396 a 404, todos do CPC/2015. O art. 381, III, desse diploma permite a produção antecipada da prova nos casos em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação." (STJ – AREsp: 1287279 SP 2018/0102297-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SAOMÃO, Data de Publicação: DJ 15/05/2018)

Os argumentos favoráveis e contrários à ação de produção antecipada de provas no processo do trabalho serão abordados a seguir.

A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Como já dito no tópico introdutório do presente artigo, a ação de produção antecipada de provas passou a ter relevância para o processo do trabalho a partir do momento em que a liquidação dos pedidos da petição inicial passou a ser mandatória e a condenação em honorários e sucumbência passou a ter previsão legal, de modo que não se admite, como outrora, o lançamento de pedidos a esmo na petição inicial sem que haja consequências patrimoniais.

A produção antecipada de provas tem sido mais utilizada com vistas à obtenção de documentos do extinto contrato de trabalho, tais como controles de ponto, contracheques, fichas de EPI e laudos de periculosidade.

Ocorre que parte da jurisprudência entende não ser cabível a produção antecipada de provas para tal fim, seja porque não houve prova de que houve pedido administrativo dos documentos, seja porque normalmente os documentos solicitados são fornecidos ao trabalhador ao longo do contrato de trabalho.

Há, ainda, o posicionamento doutrinário no sentido de que a produção antecipada de provas não seria, tecnicamente, o meio hábil para tanto, mas sim a ação de exibição de documentos.

Isso porque, dentre os requisitos essenciais à propositura da produção antecipada de provas, está a disposição do artigo 382 do CPC no sentido de que 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”.

Nessa toada, o art. 397 do CPC, que trata de procedimento distinto “Da Exibição de Documento ou Coisa”, preceitua que

“O pedido formulado pela parte conterà:

I – a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;

II – a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa;

III – as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária”.

Denota-se, assim, que o pedido de produção antecipada de prova ou de exibição de documento deve, necessariamente, vir acompanhado das razões que justificam tal medida, assim como a individualização da prova perseguida.

Isto é, deve o autor da pretensão demonstrar ao juízo, especificamente e de maneira detalhada, quais provas tenciona obter e igualmente justificar o porquê dessa prova precisar ser produzida de modo prematuro ou apresentada no bojo de uma ação já ajuizada.

A intenção do legislador foi de evitar que tais expedientes fossem utilizados de maneira genérica, não incentivando demandas de caráter aventureiro.

Protege, ainda, a sistemática há tempos consolidada no direito processual pátrio de distribuição do ônus da prova, atualmente disciplinada no art. 373 do CPC e 818 da CLT.

Não é demais ressaltar que antecipar a produção de determinada prova ou determinar que uma parte exhiba um documento que a princípio não faria, são exceções à regra basilar concernente ao sistema de distribuição do ônus da prova.

À vista de tais argumentos, de fato, a ação de exibição de documentos seria, tecnicamente, o meio hábil à liquidação dos pedidos de uma reclamatória trabalhista; desde que a parte especifique exatamente quais documentos necessita, nos termos do já citado artigo 397.

Há julgados nesse sentido, como o abaixo transcrito:

“O procedimento é regrado a partir do Art. 381 ao 382 do CPC, havendo a petição inicial de obedecer aos requisitos do Art. 382, nos seguintes termos: (...)

Outrossim, verifico que as provas pretendidas consistem em documentos: (...)

Com efeito, não houve qualquer delimitação em relação aos contracheques, fichas financeiras, controles de jornada, diários de classe, reuniões ocorridas.

Entendo que, por ser composta a prova a ser produzida eminentemente por documentos, comporta que o requerente observe a regra do Art. 397, inciso I, do CPC, verbis: (...)

A individualização do documento é necessária por razões óbvias, v.g, para permitir ao requerido que possa conhecer o que o requerente quer exatamente.

A partir da inicial, não se sabe de quais meses são os contracheques, de quais anos são as fichas financeiras, de quais períodos são os registros de controle de jornada, de quais períodos são os diários de classe, listas de alunos de que turmas/turnos, de que turmas são os diários de classe, de quais foram, especificamente, os sábados domingos e feriados para apresentação de convocação de reuniões nesses dias, de que período são os e-mails institucionais do requerente.

É necessário, pois, que o requerente emende a inicial, ex vi do Art. 321, CPC.

Posto isso, Determino ao requerente que emende a petição inicial, observando as prescrições dos Artigos 382 e 397, inciso I, do CPC, no prazo de 15(quinze) dias, apontando os meses dos contracheques, os anos das fichas financeiras, os períodos dos registros de controle de jornada, os períodos dos diários de classe, as listas de alunos de que turmas/turnos, de que turmas são os diários de classe, de quais foram, especificamente, os sábados domingos e feriados para apresentação de convocação de reuniões nesses dias, de que período são os e-mails institucionais do requerente, bem como indicar as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova, mencionando com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

Acaso não emende a petição inicial, esta será indeferida e o procedimento será extinto, nos termos do Art. 321 do CPC”.

(0000818-47.2018.5.13.0029)

No mesmo sentido já decidiu o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e da 15ª Região:

“PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. ARTIGOS 381, 382 E 383 DO CPC C/C ART. 769 DA CLT. Regulamentada especificamente pelos artigos 381, 382 e 383 do CPC/2015, aplicáveis, de forma subsidiária ao processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT, a Ação de Produção Antecipada de Prova, consoante preconiza o citado art. 381/CPC, é cabível não apenas em casos de risco de seu perecimento, mas também com vistas a possibilitar futura autocomposição ou, ainda,

viabilizar melhor análise acerca da necessidade (ou não) do ajuizamento de demanda judicial (incisos II e III). No caso, não atendido ao disposto no citado dispositivo processual, porquanto não demonstrada justificativa plausível para a antecipação requerida, cogente é a manutenção da decisão originária. (TRT 3ª R.; RO 0010114-43.2018.5.03.0071; Relª Desª

Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim; DJEMG 27/06/2018)

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. AÇÃO AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA PERTINÊNCIA DA PROVA QUE SE PRETENDE PRODUZIR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. Cabe ao magistrado coibir o manejo abusivo da produção antecipada da prova, quando destinada a uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, com vistas a "pescar" qualquer prova para eventualmente subsidiar acusação futura ou, ainda, obter determinado dado financeiro ou segredo de negócio daquele que é demandado. Reconhecer a existência de um direito autônomo à prova não significa, portanto, afirmar que a tutela do direito à prova não deva guardar qualquer relação com a necessidade de demonstração da pertinência entre a prova que se pretende obter e a situação de direito material objeto da demanda. Dessa forma, demonstrar a finalidade da prova representa ônus do qual o autor da ação de antecipação de prova não pode se desvincular (art. 382, caput, NCPC); o que não foi observado pelo requerente, no presente caso. Mantém-se. (TRT- 15 - RO: 00101736720185150048 0010173-67.2018.5.15.0048, Relator: OLGA AINDA JOAQUIM GOMIERI, 1ª Câmara, Data de Publicação: 28/05/2018)

O acórdão do TRT da 15ª Região, acima, sintetiza o pensamento daqueles julgadores que não são favoráveis à produção antecipada de provas, eis que, em certos casos, o que se busca é o comando judicial para ter acesso a todos os documentos possíveis do contrato de trabalho e, a partir daí, deduzir pretensão caso haja fundamento para tanto.

Assim, seria necessária a indicação da finalidade específica da prova que pretende seja judicialmente antecipada, ou seja, “o demandante necessita ter acesso aos controles de ponto porque objetiva pleitear horas extras” e assim por diante.

Outro ponto apontado como impeditivo para a impertinência da produção antecipada de provas seria a ausência de demonstração de que houve pedido administrativo dos documentos relativos ao contrato de trabalho.

Nesse sentido, o seguinte julgado, oriundo da esfera cível:

“PROCESSUAL CIVIL. CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PEDIDO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. POSICIONAMENTO DO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O cerne da presente insurreição cinge-se sobre o interesse de agir da parte autora, que interpõe ação cautelar de exibição de documentos, sem prévio requerimento administrativo. 2. A princípio, entendia-se que situações como a analisada nestes autos era desnecessária a prévia formulação de pedido na esfera administrativa, para interpor ação cautelar de exibição de documento, diante do direito consagrado constitucionalmente, do acesso ao judiciário, também denominada de inafastabilidade do controle jurisdicional. 3. Contudo,

tratando-se de ação cautelar de exibição de documentos, preparatório ou incidental, com previsão nos arts. 396 e ss do CPC, o prévio requerimento na esfera administrativa se reveste da qualidade de requisito para fins de demonstração do interesse de agir, segundo pacífico entendimento sob rito do art. 543-c – recursos repetitivo tema 648 -, da segunda sessão do STJ, onde assenta que "a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a compreensão de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária" (RESP 1349453/MS, relator ministro Luis Felipe Salomão, segunda sessão, julgado em 10/12/2014, dje de 02/02/2015) 4. Analisando a documentação apresentada na exordial, tenho não merecer reproche a sentença objurgada, porquanto não se encontra presente a necessidade do litígio, pois não comprovou a negativa na seara administrativa, não há que se falar em pretensão resistida. 5. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida. (TJCE; APL 0003582- 79.2014.8.06.0129; Primeira Câmara de Direito Privado; Relª Desª Rosilene Ferreira Tabosa Facundo; Julg. 25/04/2018; DJCE 07/05/2018; Pág. 39)”

A esse respeito, como todas as vênias aos entendimentos em sentido contrário, cabe destacar a importância da aplicação da cláusula do "due process of law" em seu sentido substancial - e não o meramente formal - garantindo ao jurisdicionado decisões proporcionais e razoáveis, baseadas nas garantias à ampla defesa e ao contraditório.

Por fim, não é excesso lembrar que, com a nova ordem processual instaurada pelo Código de Processo Civil de 2015, consagrou-se no ordenamento pátrio, o princípio do privilégio das decisões de mérito, corolário do princípio da instrumentalidade das formas, bem como o da economia processual.

Ainda a respeito da celeuma quanto à possibilidade de utilização da produção antecipada de provas para obtenção de documentos, cabe citar os ensinamentos de Daniel Assumpção Neves, segundo o qual

“ Pode-se buscar a produção da prova para viabilizar a admissibilidade de uma demanda. É o que ocorre quando se visa permitir a formulação de um pedido líquido, mediante quantificação realizada em perícia antecipada; ou constituir documento indispensável para o ajuizamento de ação monitória (art. 700, § 1º, CPC). É, realmente, um excelente aperfeiçoamento da legislação, que tende a ser muito utilizado na prática. Esses são casos em que se pode considerar, inclusive, que a produção da prova poderá "justificar ou evitar o ajuizamento de ação " (art. 381, I, CPC).”

Registra-se, ainda, que o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, na II Jornada sobre a Reforma Trabalhista ocorrida nos dias 05 e 06/04/2018, editou os seguintes enunciados sobre a produção antecipada de provas no processo laboral:

Comissão 04: Pedidos Líquidos

[...]

Enunciado 3. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. A ação de Produção Antecipada da Prova (art. 381 e seguintes do CPC) permite ao trabalhador obter a documentação necessária para apurar os valores dos pedidos antes do ajuizamento da ação principal. Além disso, é expressamente prevista para os casos em que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. O correto uso do referido instrumento jurídico racionaliza o funcionamento da Justiça do Trabalho.

Enunciado 4. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. INTERESSE PROCESSUAL. A resistência extrajudicial à pretensão de exibição de documentos, comprovada por meio idôneo, é suficiente para caracterizar o interesse processual e justificar o ajuizamento da ação de produção antecipada da prova documental. Não comprovada a solicitação prévia do documento pelo trabalhador, resta ausente o interesse processual, ensejando a extinção do processo sem resolução do mérito.

Outro importante aspecto da produção antecipada de provas no direito do trabalho reside na possibilidade de realização de perícias para apuração de nexos de causalidade entre doenças e atividades laborativas, e até mesmo apuração de grau de incapacidade.

Uma vez que pedidos indenizatórios baseados em alegações de doença do acidente do trabalho demandam, necessariamente, a realização de perícia médica, a produção antecipada de provas se mostra uma excelente ferramenta, tanto do ponto de vista da empresa quanto do empregado.

O interesse se agir (tanto sob o ponto de vista do empregador como do empregado) reside na possibilidade de saber, de antemão, a respeito da necessidade de indenização, pois o resultado da prova poderá evitar o ajuizamento de nova ação trabalhista, mormente comprovar ou afastar o nexo causal entre a moléstia e o trabalho.

Não é demais ressaltar que eventual perícia médica produzida de forma unilateral e extrajudicial seria imprestável para fins processuais, máxime a ausência de contraditório por parte do empregador ou do empregado e que, como já asseverado linhas atrás, a prova não se destina exclusivamente ao juiz da causa, mas também a todos os sujeitos processuais.

Nesse sentido, já decidi o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região:

“PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. PERÍCIA MÉDICA. INVESTIGAÇÃO SOBRE NEXO CAUSAL DE DOENÇA LABORAL. POSSIBILIDADE. 1. Na atual era do processo cooperativo (art. 6º do CPC), a finalidade da prova não mais se restringe a tentar influenciar o modo de julgar do magistrado, mas também convencer as partes litigantes acerca dos detalhes intrincados dos autos, possibilitando, quiçá, uma solução consensual. Depreende-se dos 2. autos que a autora detém interesse de agir, uma vez que a perícia médica

poderá ser substrato para composição entre as partes - hipótese do art. 381, inc. II, do CPC ou, ao menos, garantir uma melhor noção à trabalhadora acerca de suas reais chances numa futura ação trabalhista, seja evitando a propositura ou afiançando pujança ao ajuizamento desta, bem se harmonizando com o art. 381, inc. III, do CPC. 3. Nesse cenário, forçoso de presumir que o procedimento da produção antecipada de prova para realização de perícia médica investigando o nexo de causalidade entre a virtual doença e o labor é perfeitamente cabível nesta Especializada, desde que respeitados os requisitos legais.”

Desse modo, a possibilidade de produção antecipada de provas em caso de perícia médica, ao contrário do que ocorre com a apresentação de documentos, não encontra grandes dificuldades na Justiça do Trabalho.

MULTA EM CASO DE NÃO EXIBIÇÃO DOS DOCUMENTOS

Os artigos s. 381 e seguintes do CPC dispõem sobre o ajuizamento da ação de produção antecipada de prova, por meio da qual a parte interessada objetiva que uma determinada prova seja produzida antes de uma eventual propositura de ação principal na qual ela poderá ser utilizada.

Assim, e como especificado no tópico anterior, desde que a parte requerente demonstre as razões que justifiquem a necessidade da antecipação da produção da prova requerida (incisos I a II do art. 381 do CPC), o juiz determinará a sua produção, valendo ressaltar, ainda, que não haverá valoração dos fatos e nem das consequências jurídicas (art. 382, § 2º) por ocasião do julgamento da referida ação, porquanto será proferida sentença de cunho meramente homologatório.

De outro norte, o art. 400 do CPC e seu respectivo parágrafo único⁸ dispõem sobre as consequências jurídicas decorrentes da não exibição ou recusa ilegítima em exibir o documento ou a coisa requerida por meio de pedido incidental formulado pela parte interessada no curso de ação principal.

⁸ Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398 ;

II - a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

Nesses casos, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar, bem como poderá adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido, caso entenda necessário.

Cabe verificar se existe a possibilidade de aplicação, em ação de produção antecipada de provas, de multa diária, com amparo no art. 400 do CPC.

Ocorre que, embora aplicável o requerimento de exibição de documentos em sede de produção antecipada de provas, não há como se aplicar as medidas coercitivas previstas no parágrafo único do art. 400 do CPC, destinadas, expressamente, ao caso de exibição incidental de documentos, caso haja recusa na apresentação.

O juiz não poderá admitir como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar, uma vez que, para as hipóteses do art. 381 do CPC, incide a lição do art. 382, §2º, do CPC: "o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas".

Assim, na Ação de Produção Antecipada de Provas cabe ao juiz proferir simples sentença homologatória das provas produzidas, sem qualquer juízo de valor.

Ademais, não há previsão legal de cominação de pena de multa em tais hipóteses, pois, como acima demonstrado, o disposto no parágrafo único do art. 400 do CPC, se aplica aos casos de pedido incidental de exibição de documentos, o qual é formulado no curso da ação principal, não se aplicando repita-se, em caso de produção antecipada de provas.

Veja-se, por oportuno, que o STJ no julgamento do REsp 1750082 - RS decidiu sobre a matéria em caso semelhante entendendo "... ser incabível a fixação de multa diária por descumprimento de liminar em Ação de Produção Antecipada de Provas ...", senão vejamos:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO. MULTA DIÁRIA EM SEDE DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. 1. Cinge-se a controvérsia à suposta divergência sobre a possibilidade de fixação de multa por descumprimento de liminar deferida em medida cautelar de produção de prova. 2. A multa cominatória prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC/1973 incide em hipóteses de cumprimento de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entregar coisa certa, a qual não se confunde com o cumprimento na ação cautelar de antecipação de provas, ainda que na hipótese de descumprimento de ordem incidental

de exibição de documento ou coisa. Precedentes. 3. Incidência da Súmula 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado". 4. A caracterização do dissenso pretoriano exige demonstração efetiva da divergência entre o acórdão impugnado e o paradigma, esclarecendo-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados que tiveram pronunciamentos diametralmente opostos, o que não ocorreu na espécie. Embargos de divergência não conhecidos" (STJ, EREsp 1.210.962/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/02/2018, DJe 28/02/2018).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao Recurso Especial, para afastar a penalidade cominada. (STJ - REsp 1750082 - Relatora: Ministra Assuete Magalhães - Data de publicação: 3/9/2018 - extraído do respectivo sítio eletrônico)

Em que pese tais argumentos, o que se verifica, na prática trabalhista, é a imposição de multa em caso de não apresentação dos documentos, até porque, do contrário, não seria raras as possibilidades de o empregador deixar de apresentar os documentos.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O Código de Processo Civil de 2015 não disciplinou a questão dos ônus de sucumbência na produção antecipada de prova.

A maioria da doutrina e jurisprudência enfatiza que apenas se existir resistência do requerido haverá condenação em despesas processuais e honorários advocatícios⁹.

⁹ Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NOS 13.015/2014 E 13.467/2017.

1. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PROVA DOCUMENTAL. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA NA FASE JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO.

I. Hipótese em que se discute a possibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação de produção antecipada de provas. II. Pelo prisma da transcendência, trata-se de questão jurídica nova, uma vez que se refere à interpretação da legislação trabalhista (art. 791-A, caput, da CLT), sob enfoque em relação ao qual ainda não há jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho ou em decisão de efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal. Logo, reconheço a transcendência jurídica da causa (art. 896-A, § 1º, IV, da CLT). III. No caso, não obstante a Corte Regional tenha consignado haver prova de que a Reclamada foi instada extrajudicialmente pelo Autor para apresentação dos documentos pleiteados na peça de ingresso, não houve litigiosidade judicial, porque, quando determinado pelo Juízo, a Reclamada não opôs resistência à exibição de tais documentos e os forneceu. IV. Comunga-se do entendimento de que os honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas somente seriam devidos se caracterizado o litígio, com a apresentação de contestação, o que não ocorreu no presente caso. V. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento.

Por isso, na produção antecipada de prova somente haverá condenação em verbas de sucumbência se o réu oferecer resistência à ordem judicial.

Esclareça-se que os honorários advocatícios são devidos pela parte que sucumbe na ação, ou seja, aquela que "perde" o processo.

Entretanto, nos casos de perda do objeto (falta de interesse de agir), efetivamente não se pode falar em parte vencedora ou vencida, haja vista que o processo não chega a ter seu mérito analisado, posto que é extinto sem apreciação de mérito, justamente por faltar o interesse de agir.

Sendo assim, em tais casos, de extinção do processo sem resolução de mérito por carência de ação por causa superveniente, adota-se a teoria do princípio da causalidade.

A adoção de tal princípio na fixação de honorários advocatícios, nos casos ora afirmados, diz respeito ao entendimento segundo o qual deve ser condenada ao pagamento de honorários a parte que deu causa ao ajuizamento da ação¹⁰.

Adotando-se a teoria mencionada, tem-se que os honorários advocatícios poderão ser de responsabilidade da parte autora, da parte ré ou até mesmo rateado entre ambas. Caso o autor dê causa ao ajuizamento da ação, ele é quem deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios da outra parte, ocorrendo o mesmo na hipótese da ré dar causa ao ajuizamento da ação.

Já o caso de a carência de ação ocorrer pelo surgimento de lei ou qualquer outro fenômeno que não possa ser atribuído a nenhuma das partes, conclui-se que, nesse caso, cada parte deve arcar com o pagamento dos seus respectivos advogados, uma vez que a causa de pedir do objeto não pode ser atribuída a nenhum dos litigantes.

Citam-se os seguintes julgados para ilustrar essa conclusão:

[...]

Tendo em vista essas premissas, bem como o fato de a parte ré não ter oferecido qualquer resistência à determinação judicial (a ré juntou os documentos solicitados pelo autor tão logo foi citada para tanto), entendo que não há que se falar na condenação dela ao pagamento de

¹⁰ Nesse sentido:

ACÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DEVIDOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. Em atenção ao princípio da causalidade, deve ser a ré condenada ao pagamento da verba sucumbencial quando, instada extrajudicialmente a apresentar os documentos requeridos, se esquivou de atender à demanda, dando ensejo ao ajuizamento de ação de produção de prova antecipada. Assim, mantém-se a sentença que condenou a ré ao pagamento de honorários sucumbenciais. Apelo patronal ao qual se nega provimento. (TRT da 23.^a Região; Processo: 0000487-35.2018.5.23.0046; Data: 07/08/2019; Órgão Julgador: 2^a Turma-PJe; Relator: MARIA BEATRIZ THEODORO GOMES)

honorários advocatícios em prol do procurador do autor, uma vez que não chegou a ser instaurado qualquer conflito de interesses.

Contudo, vencido este Relator, prevalece perante esta E. Turma o entendimento de que em casos envolvendo pedido de exibição de documentos, ainda que haja o cumprimento do pedido por parte da ré Klabin S.A., esta última é responsável pelo pagamento de honorários de sucumbência ao autor, pois "a demanda não foi extinta em razão da inércia do reclamante, mas sim, devido à apresentação dos documentos e consequente perda de objeto (...). Assim, são devidas custas pela reclamada, vencida, bem como honorários, nos moldes dos artigos 789, § 2º, e 791-A, ambos da CLT, este último aplicável à hipótese, eis que ajuizada a presente demanda em (...), quando já vigente a lei 13.467/2017" (RO nº 0000183-91.2018.5.09.0671, julgado na sessão de 30.04.2019, de Relatoria da Exma. Desembargadora Neide Alves dos Santos).

De fato, trata-se de procedimento preparatório simplificado, de jurisdição voluntária, sem que ocorra valoração da prova pelo Juízo e tampouco julgamento da causa, atendo-se o Juízo, ao final, a homologar a prova ou explicitar os motivos de não o fazer.

CONCLUSÃO

Prova é todo meio idôneo e moralmente legítimo de afiançar a existência de um fato relevante e controverso para o processo (art. 369 do CPC). De fato, inexistente rol taxativo dos meios de prova, sendo a prova médica pericial amplamente admitida.

Na atual era do processo cooperativo (art. 6º do CPC), a finalidade da prova não mais se restringe a tentar influenciar o modo de julgar do magistrado, mas também convencer as partes litigantes acerca dos detalhes intrincados dos autos, possibilitando, quiçá, uma solução consensual.

Com efeito, o ideal da solução por acordo entre as partes é um axioma caro e essencial da Justiça do Trabalho desde os seus primórdios, conforme art. 764 da CLT.

Essa visão processual, por certo, também alcançou o sistema processual cível, como se vê do art. 3º, § 2º e § 3º, do CPC.

Inegavelmente, o direito à prova possui íntimo liame com os princípios do acesso à Justiça, do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, incs. XXXV, LIV e LV, da CF; arts. 3º e 7º do CPC).

De outra borda, o procedimento de Produção Antecipada de Prova não é uma prova em si, mas apenas um instrumento para a coleta de forma prévia.

Verifica-se que a atual formatação do instituto sob lume rompeu com o caráter meramente cautelar e restritivo do código processual anterior: não há mais limitação do

tipo de prova a ser feito, nem contração das hipóteses em que tal instrumento processual é cabível.

Nesse norte, as hipóteses previstas nos incisos. II e III do artigo 381 decorrem, indubitavelmente, da novel visão do processo cooperativo. Inclusive, no plano macroprocessual, tal instrumento exsurge como mecanismo para assegurar a concretização da celeridade e efetividade processual (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF; art. 4º do CPC; art. 8º, item I, do Pacto de São José da Costa Rica de 1969), pois as partes, já dominando o conjunto probatório oriundo da produção antecipada de provas podem convergir numa solução consensual ou, ao menos, desistir de ajuizar uma ação judicial ordinária.

Nesse panorama, o autor da produção antecipada de provas terá, sempre, interesse de agir, uma vez que a perícia médica poderá ser substrato para composição entre as partes - hipótese do art. 381, inc. II, do CPC, ou, ao menos, garantir uma melhor noção à parte autora acerca da possibilidade de êxito numa futura ação trabalhista, seja evitando a propositura ou afiançando pujança ao ajuizamento desta, bem se harmonizando com o art. 381, inc. III, do CPC.

Ainda nessa toada, há a necessidade de provocação do Judiciário, pois a prova produzida unilateralmente não detém a mesma força probatória que aquela colhida em processo judicial, com efetivação do contraditório e da ampla defesa.

Entrementes, cabe frisar que as provas não mais se destinam apenas ao juiz, mas sim às partes

Nesse cenário, é de se concluir que o procedimento da produção antecipada de prova é perfeitamente cabível na Justiça do Trabalho, desde que respeitados os requisitos legais, quais sejam, apontar o objetivo da prova (viabilizar liquidação de pedido de horas extras, aferir a existência ou não de nexo de causalidade entre doença e o trabalho etc), arrimando a necessidade do procedimento na possibilidade de justificar ou evitar o ajuizamento de nova ação (art. 381, inc. III, do CPC).

Conclui-se, ainda, que a produção antecipada de provas é procedimento de jurisdição voluntária, razão pela qual não há falar em sucumbência (a não ser que a pretensão seja resistida) nem na aplicação do art. 790-B da CLT, que determina que o sucumbente arque com os honorários periciais, eis que inexistem partes litigantes, mas apenas interessados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, 16 de maio de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro.

Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html> Acesso em: 05/11/2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.

Brasília, DF: Senado, 1943. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> 05/11/2022.

BRASIL. Lei n.º 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado,

1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>

Acesso em: 05/11/2022.

DIDIER JR., Fredie Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela I Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira- 10 . ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Manual de direito processual civil / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais – vol. II – 50ª ed. rev., atual. e ampl. – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit., p. 3 30-33 1.

Recebido em: 03/09/2022

Aprovado em: 05/10/2022

Publicado em: 10/11/2022