

## **A AÇÃO DE “PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS” COM FINALIDADE NÃO CAUTELAR E A FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA AO EMPREGADO**

**André Silva Martinelli**

Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região  
Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Vitória – FDV  
Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES

**Patrick José Souto**

Defensor Público do Estado do Espírito Santo  
Professor na Fundação Educacional Presidente Castelo Branco  
Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG  
Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

**Tiago Figueiredo Gonçalves**

Doutor e Mestre pela PUC/SP  
Professor da Graduação e do Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES  
Coordenador do Curso de Direito da UFES  
Professor do UNESC  
Advogado

**Recebido em: 17/02/2020**

**Aprovado em: 04/03/2020**

### **RESUMO**

O presente artigo trata das vantagens que a ação probatória autônoma de natureza não cautelar (art. 381, II e III do CPC) pode proporcionar àquele que é considerado juridicamente vulnerável pelo processo do trabalho — o empregado. Diante das recentes reformas que o direito processual trabalhista sofreu, principalmente com a imposição dos ônus de sucumbência também ao empregado, ainda que beneficiário da justiça gratuita, sustenta-se que a ação probatória autônoma com finalidade não cautelar pode facilitar o seu acesso à justiça, diminuindo ou, em algumas hipóteses eliminando, o risco de surpresa na relação processual e auxiliando na avaliação dos riscos da demanda.

**Palavras-chave:** Produção antecipada de provas; Finalidade não cautelar; Acesso à justiça do empregado.

### **ABSTRACT**

The present study intends to examine the advantages that the anticipated production of evidence in a non-precautionary action (art. 381, II and III of the Brazilian Civil Procedure Code) can provide to the one who is considered legally vulnerable by the labor process — the employee. In view of the recent reforms that the Labor Procedural Law has undergone, mainly with the imposition to the claimant to bear the winning party’s legal costs, even though beneficiary of free justice, the anticipated production of evidence in a non-precautionary action can facilitate their access to justice, decreasing or, in some cases eliminating, the risk of surprise in a lawsuit and assisting in the risk assessment of future judicial case.

**Keywords:** Anticipated production of evidence; Non-precautionary action; Employee’s access to justice.

## 1 INTRODUÇÃO

O resultado da relação processual, quanto ao acolhimento ou rejeição do pedido, é fator de inquietude das partes, porquanto não se amolda à previsibilidade das relações, na contramão da almejada segurança jurídica.<sup>1</sup>

No processo do trabalho, essa insegurança é potencializada em desfavor do empregado, já que possui dificuldades na avaliação do risco da demanda por não ter acesso a toda documentação referente ao contrato de trabalho. Ademais, a incerteza sobre o resultado da produção de determinadas provas ao longo da reclamação trabalhista pode inibir o empregado de litigar ou tornar dificultosa a análise relativamente à justiça de um determinado acordo que esteja proposto via judicial ou extrajudicial, bem como surpreender o juridicamente vulnerável com um ônus sucumbencial que ele não pode arcar.

Nesse contexto, entende-se pertinente tratar de uma possível solução prevista pelo direito processual civil, que é a ação de produção antecipada de provas<sup>2</sup> com finalidade não cautelar. O objetivo deste estudo é destacar quais são as vantagens proporcionadas ao empregado por essa demanda no processo do trabalho.

Para tanto, inicia-se com uma abordagem a respeito da relação entre o exercício da cidadania e o processo. Em seguida, desenvolve-se a ideia de proteção do vulnerável por meio do processo adequado. Fixadas essas premissas, adentra-se ao tema da ação probatória

---

<sup>1</sup> Ovídio Batista, neste particular, já destacava, em tom crítico, a capacidade que o processo tem, na sua fase cognitiva, de transformar todo direito subjetivo, por mais certo que seja, em mera afirmação, a carecer de certificação pelo juiz. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>2</sup> As aspas utilizadas no título em torno da expressão “produção antecipada de provas” decorrem de dupla impropriedade sua. Isto porque a adjetivação “antecipada” sugere que a prova será sempre relacional a outro processo, distinto daquele em que ela é autorizada. Ela muitas vezes é bastante em si, como bem acentua José Miguel Garcia Medina: “Só faz sentido falar em produção *antecipada* da prova se a prova produzida vier a ser admitida e valorada, necessariamente, em outro processo, ou se a produção for antecipada procedimentalmente, no curso do processo. Teria o legislador andado melhor se simplesmente disciplinasse a ação como ação probatória”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 639.

Há ainda outro aspecto, digno de menção, mas merecedor de análise mais aprofundada, relacionada ao alcance da ação probatória, quer dizer, se ela teria mesmo o condão de “produzir” a prova. Sobre este ponto, Ovídio Batista, na vigência do CPC/73, com fundamento em doutrina estrangeira, tecia críticas a denominação do procedimento cautelar de “produção antecipada de provas”. Para o jurista, aquela hipótese de ação probatória, de caráter cautelar, teria o condão única e exclusivamente de assegurar a prova, que poderia ou não vir a ser admitida no processo futuro em que se intentava introduzi-la. Assim, consignava: “A prova a que o Código se refere como ‘produzida’, em demanda de assecuração *ad perpetuam rei memoriam*, poderá depois nem sequer ser admitida na demanda onde a parte pretenda dela valer-se como prova.” Já em relação ao procedimento “cautelar” de justificação, também abrangido pela atual ação probatória de que cuidam os arts. 381 a 383 do CPC/15, teria o condão de produzir a prova, pois o juiz proferia sentença homologando a justificação. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil, vol III: processo cautelar (tutela de urgência)*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 218, 263. Ao longo do texto, optou-se por utilizar a denominação adotada pelo Código, por questões didáticas, não obstante, reiterar-se, sua reconhecida inadequação.

autônoma de natureza não cautelar e as vantagens desse instrumento na tutela do vulnerável na relação processual trabalhista.

## 2 A SOLIDARIEDADE SOCIAL E A CIDADANIA COMO ESTEIOS PROCESSUAIS DE TUTELA DO VULNERÁVEL

O regime democrático de governo está assentado na difícil conjugação de liberdades individuais com interesses coletivos.<sup>3</sup> A tutela de um sem aniquilar o outro se torna possível a partir de ideais de solidariedade, estabelecendo-se como verdadeiro fiel da balança situado entre aqueles dois interesses anteriores.

A democracia liberal tem em sua raiz o acúmulo individual de capital, e se para atingir esse desiderato impõe um sistema de controle de demandas sociais, aqui entendidas como pretensão de indivíduos ou grupos não participantes do poder,<sup>4</sup> a própria vulnerabilidade social, inclusive a jurídica, tem início e é perpetuada por tal modelo, absolutamente incapaz de responder a demandas multifacetárias.<sup>5</sup>

O reconhecimento das diferenças é fundamental para o adequado tratamento do vulnerável, uma vez que é “insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata”,<sup>6</sup> isto é, “a busca pela proteção dos vulneráveis representa o comprometimento com o reconhecimento e preservação da diversidade.”<sup>7</sup>

Essas diferenças a serem observadas se revelam, a um só tempo, causa e efeito da vulnerabilidade. Isso porque é a diferença o próprio fator engendrador de fragilidades, enquanto também é a debilidade fruto do tratamento marginal. Por conseguinte, a vulnerabilidade se revela

---

<sup>3</sup> “Nesse sentido, deve-se repisar que a democracia constitui, ela mesma, um elemento fundamental na ultrapassagem dos modelos de Estado Liberal e Social”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev. ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014. p. 153).

<sup>4</sup> *A sociedade civil estranha e a sociedade civil incivil* na classificação de Boaventura de Sousa Santos. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 25, maio 2003).

<sup>5</sup> “Pelo contrário, a redução do procedimentalismo a um processo de eleições de elites parece um postulado *ad hoc* da teoria hegemônica da democracia, postulado esse incapaz de dar uma solução convincente para duas questões principais: a questão de saber se as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e a questão de saber se os procedimentos de representação esgotam a questão da representação das diferenças”. (SANTOS, 2002, p. 46).

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 37.

<sup>7</sup> FIÚZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 11.

[...] um estado da pessoa, um estado inerente de risco [...] uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.<sup>8</sup>

A vulnerabilidade jurídica, consoante as Regras de Brasília Sobre Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade,<sup>9</sup> fica assim enunciada:

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Decerto, aqueles não representados na cúpula político-decisória não têm para si um governo ou, a se considerar a máxima democrática de governo de todos, os vulneráveis estão colocados à margem do que efetivamente se entende por “todos”.

O rompimento desse modelo se dá com ampliação e aperfeiçoamento dos instrumentos de democracia direta.<sup>10</sup> Aqui o processo, notadamente inspirado pelos valores da quarta fase metodológica (o formalismo-valorativo), no seio do paradigma de Estado Democrático Constitucional, ocupa posição de protagonismo, pois “democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa.”<sup>11</sup>

Noutro giro, a construção de uma sociedade solidária, isto é, edificada sobre a fraternidade entre seus integrantes, é, ao lado da liberdade e justiça, objetivo da República Federativa do Brasil (art. 4º, I, CRFB/88). O *solidarismo* advindo da ordem constitucional de 1988 é, essencialmente, inclusivo. Solidariedade pressupõe acolhida, rechaça, por antagonismo, valores e práticas excludentes. Em uma palavra: solidarizar é integrar.

<sup>8</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

<sup>9</sup> Documento elaborado na XIV edição do “Cumbre Judicial Iberoamericana”, contando com a contribuição da Associação Iberoamericana de Ministérios Públicos, da Associação Interamericana de Defensorias Públicas, da Federação Iberoamericana de Ombudsman, da União Iberoamericana de Colégios e Associações de Advogados. (CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, 2008. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2019).

<sup>10</sup> “Afinal, a democracia participativa seria a forma mais evoluída das quatro fases do desenvolvimento da democracia que, segundo Macpherson (1978), se iniciou com a fase protetora, posteriormente veio a fase do desenvolvimento, seguida da fase do equilíbrio, para então culminar com a fase participativa”. (RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, nov. 2009, p. 161).

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1, p. 573.

Com esse norte é que se estabelece a premissa de que negar pertencimento ao indivíduo — que por metodologia democrática deveria ser admitido à efetiva participação — em linhas claras: viola frontalmente a solidariedade que se espera do corpo social.

O regime democrático se notabiliza pela ampla possibilidade de exercício do poder político. Manifestação em hábitos dos mais mezinhos da vivência coletiva e que influenciam em graus variados os destinos da sociedade, seja na elaboração de diagnósticos, planejamento ou efetiva implementação de políticas públicas nas mais variadas áreas.

Outro ponto notável da democracia é a natural inclinação à tutela da minoria. Uma advertência necessária. Não se trata aqui da minoria em termos quantitativos tendo como base de cálculo a totalidade dos indivíduos. Alude-se a uma minoria no centro do poder social, isto é, a baixa ou nenhuma representatividade dentre os protagonistas no restrito espaço de tomada de decisões políticas. Aos não pertencentes a esse meio resta contar com a proteção própria de regimes democráticos, em que não é dado à maioria controladora oprimir a minoria sem poder decisório (que por vezes pode representar a maior parte dos indivíduos do corpo social). Caso contrário, estar-se-ia diante precisamente do arbítrio e autoritarismo do grupo dominante, situados em plano oposto ao que se estabelece como democracia.<sup>12</sup>

Nesse cenário político-social próprio dos regimes democráticos, sob inspiração definitiva dos ares de solidariedade da carta republicana de 1988, é que se estabelece a premissa de que aos indivíduos deve ser conferido *status* de verdadeiros membros do corpo social, passando pela real dimensão do pertencimento na medida em que se confere a todos, com olhar atento às distinções entre eles, a possibilidade de participar, nos mais variados graus, dos rumos políticos da sociedade como autênticos atores sociais.<sup>13</sup>

A partir do texto constitucional é possível anotar, com fundamento no primado da Dignidade da Pessoa Humana, que o combate à vulnerabilidade também se dá pelo exercício universalizado de prerrogativas de cidadania. Não obstante, a noção de cidadania não pode estar adstrita ao exercício de capacidades eleitorais.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> “O desejo de possuir ou subjugar ou mesmo de aniquilar o inimigo, pode ser satisfeito por meio de outras combinações e eventos além da luta. Quando o conflito é simplesmente um meio, determinado por um propósito superior, não há motivo para não restringi-lo ou mesmo evitá-lo desde que possa ser substituído por outras medidas que tenham a mesma promessa de sucesso”. (SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. São Paulo: Ática, 1983. p. 134).

<sup>13</sup> “A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisões públicas”. (MARINONI, 2007, p. 573).

<sup>14</sup> Dissertando sobre o princípio da cidadania, Bulos registra: “é o *status* das pessoas físicas que estão no pleno gozo de seus direitos políticos ativos (capacidade de votar) e passivos (capacidade de ser votado e, também, de ser eleito). O princípio da cidadania credencia os cidadãos a exercerem prerrogativas e garantias constitucionais, tais como propor ações populares (CF, art. 5º, LXXIII), participar do processo de iniciativa de leis complementares e de leis ordinárias (CF, art. 61, *caput*). Também *faculta ao cidadão participar da vida democrática brasileira (status activae civitatis). Daí conectar-se com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único), com as liberdades públicas (CF, art. 5º),*

Exerce cidadania aquele que provoca o Estado, em um âmbito macro, a tomar decisões voltadas ao planejamento e execução de políticas públicas ou mesmo, em menor escala, exige a implementação de direitos individuais ou coletivos já assegurados no plano normativo. Nos termos alinhavados por André Ramos Tavares:

A partir da Hanna Arendt ficou também consagrada a ideia de que a cidadania é o direito a ter direitos, é, pois, a representação da pertença de um indivíduo a uma determinada ordem jurídica qualificada (no sentido de humanizada) que lhe garante a posição de sujeito de direito.<sup>15</sup>

A cidadania é demarcada por aspirações democráticas nessa relação indelével que mantêm entre si. Democracia é regime de pretensões abastadas e objetivos desafiadores, uma vez que “implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global.”<sup>16</sup>

Somente a prática dos direitos humanos e do ideal de cidadania é capaz de alçar o povo ao patamar de titular do Estado,<sup>17</sup> essência da democracia,<sup>18</sup> com o firme propósito de combater a *sociedade civil incivil*<sup>19</sup> viabilizando a concretização de direitos fundamentais mediante ações, processos e procedimentos tornando efetiva a participação cidadã, em seus diversos aspectos.<sup>20</sup>

É o processo, cuja concepção deve ser edificada sob a luz dos valores ditados no atual paradigma de Estado Democrático Constitucional brasileiro, o caminho naturalmente destinado à salvaguarda de qualquer do povo na busca do reconhecimento e implementação de direitos assegurados no ordenamento jurídico.<sup>21</sup>

Nas palavras de Häberle “o *status activus processualis* deve ser inserido no *status activus*, até então primariamente jurídico-material.”<sup>22</sup>

---

*com os direitos políticos (CF, art. 14), com o direito à educação (CF, art. 205) etc”.* Destaque acrescido. (BULOS, 2015, p. 312).

<sup>15</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1039.

<sup>16</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 63.

<sup>17</sup> MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, n. 7, p. 324, 2003.

<sup>18</sup> “O vértice da democracia ainda é o povo, contudo dilatado em sua acepção originária. Este ideário de povo deve, necessariamente, ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados, protegido pela possibilidade de apreciação de seus conflitos e, preponderantemente, como novo partícipe na realização concreta da seara política”. (RIBEIRO; SCALABRIN, p. 159, nov. 2009).

<sup>19</sup> “A *sociedade civil incivil* corresponde ao círculo exterior habitado pelos totalmente excluídos. Socialmente, são quase por completo invisíveis. Este é o círculo do fascismo social e, em rigor, os que o habitam não pertencem à sociedade civil, uma vez que são atirados para o novo estado natural. Não possuem expectativas estabilizadas, já que, na prática, não têm quaisquer direitos”. (BOAVENTURA, p. 25, maio 2003).

<sup>20</sup> BARACHO, 1995, p. 63.

<sup>21</sup> “O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo”. (MARINONI, 2007, p. 546).

<sup>22</sup> HABERLE, apud ALEXY, 2015, p. 479.

### 3 O ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DO PROCESSO ADEQUADO

O Estado Democrático Constitucional, com o ideal de *governo do povo*,<sup>23</sup> representa uma síntese entre os valores liberais e do *Welfare State*, todavia, com avanços significativos na tutela e promoção de valores tanto individuais quanto coletivos.

Ainda que claudicante entre o agir sempre individualista dos membros da sociedade e a exigência de compreensão do corpo social como um todo orgânico, uno e indivisível, o Estado Democrático Constitucional avança no aprimoramento das liberdades públicas. A consagração de um devido processo constitucional legislativo, administrativo ou judicial é um exemplo a ser citado.<sup>24</sup>

O processo previamente concebido e constitucionalmente assegurado é garantia do indivíduo contra o arbítrio, porquanto “democracia e arbítrio são incompatíveis e a própria discricionariedade se faz cada vez mais prisioneira de pressupostos legais.”<sup>25</sup>

Sem embargo, o acesso à justiça no Estado Democrático Constitucional é compreendido como acesso amplo, efetivo e universal, isto é, livre de obstáculos de toda a ordem (econômicos, religiosos, de orientação sexual, dentre outros), pois só assim estar-se-á garantindo preceitos a um só tempo democráticos e solidários.

No que tange a relação processual, cumpre afirmar que é na concatenação dos atos (procedimento) que deve o juízo estar atento à vulnerabilidade das partes. Essa deve ser combatida a fim de se engendrar molde processual favorável ao autorreconhecimento das partes, isto é, as partes devem experimentar sentimento de pertencimento àquela relação processual.

---

<sup>23</sup> DALLARI, 2005, p. 145.

<sup>24</sup> “Conseqüentemente, a validade das decisões dos agentes das funções enumeradas só ocorre se forem produto de um devido processo constitucionalmente institucionalizado, seja um devido processo legal legislativo, seja um devido processo legal administrativo ou jurisdicional. No espaço da função jurisdicional, cumpre dar relevo à fundamentação (substancial) das decisões, vinculadas aos cânones da ciência jurídica (dogmática conceitual, dogmática hermenêutica, dogmática da decisão e a dogmática dos valores, que se tenta sistematizar) e aos controles políticos institucionalizados pela soberania popular. Conseqüentemente, a validade das decisões dos agentes das funções enumeradas só ocorre se forem produto de um devido processo legal constitucionalmente institucionalizado”. (PASSOS, 1997, p. 56). E mais adiante prossegue o mesmo autor: “No Estado de Direito Democrático há um processo legítimo de produção do Direito e somente ele é admissível e somente ele legitima os operadores que nesse processo se inserem. Função do processo jurisdicional, portanto, sempre foi e será, a aplicação, ao caso concreto, da decisão política previamente posta pelo poder político institucionalizado como expectativa compartilhada”. (PASSOS, 1997, p. 58-59).

<sup>25</sup> PASSOS, 1997, p. 56.

E nessa quadra, somente o processo eficiente<sup>26</sup> que se instaurar e se desenvolver primando pela paridade de armas,<sup>27</sup> debate equilibrado, cooperação entre os atores processuais<sup>28</sup> resultando em decisão justa, efetiva<sup>29</sup> e devidamente motivada,<sup>30</sup> pois coletivamente construída no tempo adequado<sup>31</sup> com ética e boa-fé<sup>32</sup> é que se mostra democrático e adequado à tutela do vulnerável, pois capaz de conferir-lhe a dignidade esperada.

Com efeito, o módulo processual adequado ao Estado Democrático Constitucional – que pressupõe ampla compreensão e exercício universal da cidadania – é aquele que não se coaduna

<sup>26</sup> “O processo judicial deve ter efetividade, com duração razoável, garantindo isonomia, segurança, com contraditório e ampla defesa. Em razão do princípio da eficiência, o procedimento e a atividade jurisdicional não de ser estruturados para que se construam regras adequadas à solução do caso com efetividade, duração razoável, garantindo-se a isonomia, a segurança, com contraditório e ampla defesa”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo código de processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 379).

<sup>27</sup> “Para expressar a noção de participação em igualdade de condições, parte da doutrina, sobretudo italiana, fala em participação com paridade de armas. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui efetivas condições de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um ‘processo justo’ ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar com paridade de armas. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v.1, p. 351).

<sup>28</sup> “A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais”. (DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 350).

<sup>29</sup> “Já a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a eficácia é a aptidão para produzir efeitos, a efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma”. (CUNHA, 2016, p. 367).

<sup>30</sup> “O dever de motivação das decisões judiciais é *inerente* ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro *banco de prova do direito ao contraditório* das partes. Não por acaso a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo. Sem motivação a decisão judicial perde *duas características centrais*: a *justificação* da norma jurisdicional para o caso concreto e a *capacidade de orientação* de condutas sociais. Perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional”. Destaques do original. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 398).

“Convém observar que a motivação das decisões judiciais, além de garantir e tornar efetivos direitos subjetivos, garante e assegura outras garantias fundamentais consagradas no texto constitucional. Assim, a título de exemplificação, as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, da imparcialidade e da independência do juiz, do acesso à justiça, do controle da legalidade e da legitimidade da decisão, só se efetivam plenamente mediante a observância, pelo Poder Judiciário, do dever de fundamentar as decisões que profere. É, pois, também, *garantia de garantias*, pelo que Luigi Ferrajoli a identifica como *garantia de segundo nível ou secundária*. Afirma o autor: ‘(...) hay que añadir otras cuatro, no enunciadas de manera autónoma em SG porque aseguran la observancia de las primeras respecto de las cuales son, por decirlo así, de segundo nivel o secundarias: (...) la motivación, que para cerrar el sistema documenta y garantiza su carácter cognoscitivo, es decir, la fundamentación o falta de fundamentación de las hipótesis acusatorias formuladas a la luz de las pruebas y contrapruebas.’ (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5.ed. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 606)”. (GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, sob orientação da Professora Doutora Teresa Arruda Alvim. São Paulo, 2003. p. 33, 34).

<sup>31</sup> “Neste sentido, foi feliz a expressão adotada pelo legislador brasileiro, na esteira do que já se observava no plano do direito comparado. A duração “razoável” do processo é aquela em que, atendidos os direitos fundamentais, permita uma tratativa da pretensão e da defesa em tempo adequado, sem descuidar da qualidade e sem que as formas do processo representem um fator de prolongamento imotivado do estado de incerteza que a litispendência impõe às partes”. (CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo código de processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 83).

<sup>32</sup> “A concretização do princípio da boa-fé objetiva ocorre por meio da caracterização de um de seus corolários, como *supressio, surrectio, tu quoque* e *nemo potest venire contra factum proprium*. (CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 203).

com uma relação jurídica processual estéril, isto é, voltada para si e ordenada, unicamente, à observância de pressupostos para sua constituição e válido desenvolvimento. Não basta, ademais, que se respeitem as regras do jogo, sistemática e uniformemente pré-dispostas, para que o processo seja legítimo.

A exigência contemporânea é de um processo capaz de garantir a qualquer do povo acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito — dando efetividade a norma do art. 5º, XXXV, CRFB/88 —<sup>33</sup> e cuja legitimidade está assentada no procedimento e na decisão promotora de direitos fundamentais.

É preciso ter em vista, de tal sorte, que ao vulnerável, com especial atenção, deve ser conferida a possibilidade de avaliar o cenário que circunda a causa, inclusive lançando mão de técnicas processuais preparatórias que lhe servem para elucidar o caminho a ser percorrido, avaliando riscos e elaborando eventuais prognósticos de resultados.

Nesse ponto ganha destacada importância a técnica de produção antecipada da prova, com previsão nos arts. 381 a 383 do CPC, cuja aplicação ao processo do trabalho pode ser de grande valia ao empregado.

#### **4 A DIFICULDADE DE AVALIAÇÃO DE RISCOS DO PROCESSO PELO EMPREGADO<sup>34</sup>**

O empregado está inserido numa relação jurídica de direito material em que as forças estão desequilibradas. Notoriamente, ele ocupa o polo mais frágil dessa relação, pois não só é economicamente hipossuficiente, como depende do emprego para se sustentar.<sup>35</sup> O empregado está, portanto, em clara condição de vulnerabilidade.

É para compensar essa vulnerabilidade que o Direito Individual do Trabalho possui um caráter altamente protetivo, composto por normas que visam ao reequilíbrio jurídico dessa relação desigual.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> MARINONI, 2007, p. 574.

<sup>34</sup> Sabe-se que a competência da Justiça do Trabalho abrange as relações de trabalho (art. 114, I, CF), sendo uma de suas espécies a relação de emprego, na qual o empregado está inserido. Embora não se ignore a possível vulnerabilidade do trabalhador nas demais relações de trabalho, o corte metodológico feito para esse artigo centrou-se na figura do empregado, reconhecidamente parte vulnerável na relação jurídica de direito material em que do outro lado está o empregador.

<sup>35</sup> “O trabalhador já adentra na relação de emprego em desvantagem, seja porque vulnerável economicamente, seja porque dependente daquele emprego para sua sobrevivência, aceitando condições cada vez menos dignas de trabalho, seja porque primeiro trabalha, para, só depois, receber sua contraprestação, o salário.” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 175)

<sup>36</sup> Anota Mauricio Godinho Delgado sobre a consequência da diferença de poderes do empregador e do trabalhador para produzir, por meio de suas ações, impacto na comunidade: “Essa disparidade de posições na realidade concreta fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar,

Como não poderia deixar de ser, o processo do trabalho sofre influência do direito material do trabalho, razão pela qual ele foi talhado com normas que facilitam a atuação daquele que é considerado vulnerável.<sup>37</sup>

É natural, todavia, que mesmo atuando num procedimento simplificado, célere e que prima pela correção das desigualdades substanciais, o empregado, ainda assim, se encontre em posição desfavorável. Isso porque, ao decidir por acionar o seu, em regra, ex-empregador, faltam a ele dados que subsidiem o risco da sua demanda. É certo que todo processo judicial envolve riscos para ambas as partes. Mas no caso do processo do trabalho os riscos parecem ser ainda maiores para o empregado.

Primeiro, porque não é raro que, ao fim da relação de emprego, o empregado tenha em mãos poucos documentos que digam respeito ao contrato de trabalho. Os cartões de ponto, por exemplo, ficam de posse do empregador.

A ausência de documentos dificulta a avaliação dos riscos da demanda, pois ela fica na dependência da impressão do empregado sobre o descumprimento das obrigações contratuais. Assim, ele pode entender que trabalhou em sobrejornada e que recebeu menos do que devia ou que não compensou todas as horas extras trabalhadas, sem que possua qualquer documento que embase esse seu sentimento.

Da mesma forma, assim como se minora a correta avaliação das consequências da instauração de um processo litigioso, a falta de acesso à documentação contratual pode ser um entrave no estudo sobre a justiça de um eventual acordo que se está propondo em juízo ou fora dele.

Segundo, ainda que seja comum a inversão do ônus da prova no processo do trabalho, por ser ônus do empregador apresentar os documentos do contrato de trabalho (princípio da aptidão da prova), é possível que a defesa surpreenda o empregado demonstrando a quitação,

---

juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego.” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 231).

<sup>37</sup> Escrevendo antes das recentes reformas da CLT, Claudio Armando Couce de Menezes e Leonardo Dias Borges lecionavam a respeito dos reflexos que a relação jurídica de direito material consubstanciada na relação de emprego promove no processo: “Buscou-se privilegiar o hipossuficiente, de modo a lhe possibilitar melhores mecanismos para a reparação de uma lesão a seu direito subjetivo que porventura lhe tenha sido causado pelo patrão. Assim, facilitou-se o acesso à justiça, sem a necessidade de contratação de advogado; em caso de ausência do ‘reclamante’ o ‘processo é arquivado’, na ausência do ‘reclamado’ se declara a revelia e a possibilidade de se aplicar a confissão presumida; para recorrer o ‘reclamante’ nada paga – quando muito, no caso de improcedência de seus pedidos, as custas -; já o ‘reclamado’, se desejar recorrer, além das custas, ainda necessita efetuar um depósito recursal; o juiz pode promover a execução *ex officio*, além de tantas outras facilidades no campo processual, em favor do hipossuficiente.” (MENEZES, Claudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. A Emenda Constitucional 45 e algumas questões acerca da competência e do procedimento na Justiça do Trabalho. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (org.). *Direito do trabalho e direito da seguridade social: direito processual do trabalho* (Coleção Doutrinas essenciais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 4, p. 179)

ainda que parcial, da obrigação, o que, na prática trabalhista, faz com que seja daquele o ônus de demonstrar a existência de diferenças a seu favor.

Por exemplo, são comuns reclamações trabalhistas em que o empregado relate que trabalhou em jornada superior à contratual, mas que não recebeu todas as horas extras. Em contestação, o reclamado apresenta cópia dos contracheques demonstrando a quitação da sobrejornada. Passa a ser do empregado-reclamante, então, o ônus de apresentar demonstrativo de diferenças de horas extras, o que pode, dependendo do caso, ser um problema, diante da dificuldade dos cálculos que deverão ser apresentados e do prazo estabelecido pelo juiz.

Terceiro, como é cediço, a partir da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, o empregado, geralmente reclamante, vulnerável pela própria natureza da relação jurídica de direito material em que se encontra inserido, passou a ser tratado com mais rigor pela legislação processual trabalhista.

Dentre as muitas modificações feitas pela Lei 13.467/2017, podem ser citadas a necessidade de liquidação dos pedidos da inicial<sup>38</sup> e a determinação de pagamento de honorários periciais<sup>39</sup> e advocatícios<sup>40</sup> em caso de sucumbência, ainda que a parte seja beneficiária da gratuidade de justiça.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Art. 840, da CLT. “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.”

<sup>39</sup> Art. 790-B, da CLT. “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

[...]

§ 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.”

<sup>40</sup> Art. 791-A, da CLT. “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.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

[...]

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 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.”

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.”

<sup>41</sup> A constitucionalidade de várias normas inseridas pela Lei 13.467/2017 na CLT é objeto de discussão na ADI 5.766. Dentre os vários dispositivos impugnados, encontram-se justamente os dois últimos supracitados, quais sejam, o art. 790-B, §4º e art. 791-A, §4º, ambos da CLT. O Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, em controle difuso de constitucionalidade, se pronunciou sobre a norma construída a partir deste último dispositivo, conforme se vê do julgamento dos processos 0000453-35.2019.5.17.0000 (ArgIncCiv).

A indicação dos valores dos pedidos, caso eles não sejam estimados, depende, essencialmente, de documentos que geralmente não estão em posse do empregado. Contudo, não são raras as decisões, principalmente de primeira instância, que extinguem o processo sem resolução de mérito pela falta de apresentação de planilha de cálculos dos pedidos na inicial.<sup>42</sup>

Ademais, a imposição de pagamento de honorários periciais e advocatícios sucumbenciais a quem está desempregado, como é a maioria dos casos daqueles que demandam na Justiça do Trabalho, pode resultar numa situação em que o reclamante saia do processo judicial em situação econômica pior do que quando entrou.<sup>43</sup> Essa possibilidade também reforça a necessidade de que o empregado avalie com mais cuidado os riscos da demanda.

Por fim, em casos envolvendo adicional de insalubridade ou periculosidade, é comum que o empregado não detenha as informações sobre os agentes nocivos a que ele estava exposto, o grau de eficácia e a periodicidade da troca do equipamento de proteção individual (se fornecido).

Diante desse contexto de vulnerabilidade do empregado mesmo após o encerramento da relação de emprego — em que prevalece a incerteza sobre os direitos devidos a ele com o término de seu contrato de trabalho, a insegurança gerada pela falta de documentação das questões relacionadas à sua rotina de trabalho e o perigo de se ter que arcar com valores que não é capaz de suportar —, o CPC oferece um instrumento que, se bem utilizado, pode auxiliar o acesso à Justiça daquele considerado juridicamente vulnerável pelo processo do trabalho: trata-se da ação de produção antecipada de provas independentemente do requisito da urgência.

## **5 A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COM FINALIDADE NÃO CAUTELAR E A FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA AO EMPREGADO**

O direito à produção de prova ganhou significativa relevância no CPC, que previu uma ação probatória autônoma, desvinculada de qualquer outro processo, cujo escopo é o exercício do direito à prova.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Recentemente, a Subseção II de Dissídios Individuais do TST decidiu ser ilegal condicionar a admissibilidade da demanda à exigência de juntada de planilha contábil com a petição inicial na fase de conhecimento, conforme acórdão prolatado no processo TST RO 368-24.2018.5.12.0000, Ministra Relatora Maria Helena Mallmann, SDI-II, julgado em 01.10.2019, publicado em 22.11.2019.

<sup>43</sup> Não à toa constatou-se, após um ano de vigência da Lei 13.467/2017, uma queda na ordem de 36% no número de reclamações trabalhistas ajuizadas. Nesse sentido, confira: CONJUR. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-07/ano-lei-acoas-trabalhistas-caem-metade>. Acesso em: 30 nov. 2019.

<sup>44</sup> Cassio Scarpinella Bueno afirma que “os trabalhos monográficos pioneiros sobre o tema foram de Flávio Luiz Yarshell, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, e de Daniel Amorim Assumpção Neves, *Ações probatórias autônomas*”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. II, p. 231, grifos no original)

A ação de produção antecipada de prova é conceituada como “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 do processo para o qual ela serviria”.<sup>45</sup>

Os arts. 381 a 383 do CPC regem a produção antecipada de provas. Embora estejam descritas cinco hipóteses distribuídas entre os três incisos<sup>46</sup> e os §§ 1º<sup>47</sup> e 5º<sup>48</sup> do art. 381,<sup>49</sup> interessa aos fins deste trabalho apenas as situações indicadas nos incisos II e III daquele dispositivo, as quais não dependem de demonstração de perigo de perda da prova.

Com efeito, o inciso II do art. 381 estabelece a previsão de antecipação de prova quando aquela que for produzida tenha capacidade de viabilizar a autocomposição ou solucionar o conflito por algum outro meio adequado.

Nessa hipótese, o conflito existe, de modo que é indiferente se a ação já foi ajuizada ou não (obviamente, se ela foi ajuizada, a ação de produção de provas tramitará de forma incidental, e não anteriormente ao processo). O escopo do pedido de antecipação da prova é o acesso a algum meio probatório que possa auxiliar a autocomposição entre os interessados.

Já o inciso III do art. 381 dispõe que é admissível a produção antecipada da prova toda vez que o conhecimento prévio dos fatos tenha aptidão para justificar ou evitar o ajuizamento de outra ação.

A nítida intenção dessa norma é fornecer à parte que requereu a prova informações previamente inacessíveis a ela que poderão justificar a propositura de uma outra demanda ou mesmo evitar que esta seja ajuizada.

Ou seja, essa hipótese de colheita probatória com finalidade exclusivamente aclaratória, tanto pode inibir um futuro processo contencioso (o que em última análise pode ocasionar melhora na própria prestação jurisdicional),<sup>50</sup> como também proporcionar que, caso a parte

<sup>45</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 2, p. 163, 2019.

<sup>46</sup> Art. 381 do CPC. “A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;  
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;  
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

<sup>47</sup> Art. 381, § 1º, do CPC. “O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.”

<sup>48</sup> Art. 381, § 5º, do CPC. “Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.”

<sup>49</sup> Para DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2019, p. 167, o rol do art. 381 é meramente exemplificativo, sendo possível a visualização de outras situações em que a produção antecipada de provas é útil.

<sup>50</sup> “Não obstante, se nos afigura claríssima a ideia de que não é apenas por via da abreviação do tempo do processo que se pode alcançar maior efetividade de direitos; com efeito, parece-nos claro que a prevenção da atividade jurisdicional contenciosa é a palavra de ordem. Se a redução do tempo processual é fator de majoração da efetividade da atividade jurisdicional, inibir o próprio processo é elemento de multiplicação de eficácia da Justiça”. (MELLO, Rogério Licastro Torres de. O novo CPC e a ação probatória não cautelar: variações a respeito do tema. In: CÂMARA, Helder Moroni et al. (org.). *Aspectos polêmicos do novo código de processo civil*: volume II. São Paulo: Almedina, 2018, p. 393).

decida acionar a outra, a demanda seja subsidiada de elementos que possibilitem “a elaboração de uma petição inicial séria e responsável”<sup>51</sup>.

Por isso, Câmara diz que “as demandas de descoberta de prova<sup>52</sup> têm, então, uma importantíssima função no sistema, já que evitam a instauração de processos que, a rigor, e com um pouco de bom senso, podem mesmo ser evitados”.<sup>53</sup>

Tais situações retratam uma mudança na perspectiva teórica sobre o destinatário da prova, que deixa de ser exclusivamente o juiz e passa a ser também as partes.<sup>54</sup> é reconhecida a estas a produção de provas sem que o seu direito esteja vinculado ao ajuizamento de um futuro processo judicial.

A questão que se coloca é então por que essa demanda probatória autônoma não cautelar (hipóteses indicadas nos incisos II e III do CPC) é vantajosa para o requerente no processo do trabalho (que em regra é o empregado)?

1. *Melhor avaliação dos riscos da demanda*: uma das principais justificativas para a utilização da ação probatória autônoma com finalidade não cautelar pelo empregado é que ela permite uma melhor avaliação dos riscos de uma (eventual) futura demanda ao permitir que ele tenha acesso a material probatório que não está em seu poder. Quanto maior o acesso à prova, mais responsável será a decisão de se litigar. E se o empregado assim decidir, com a prova já produzida, é possível que ele tenha melhores condições de demonstrar o seu direito.

Podem ser citados alguns casos em que a ação probatória autônoma não cautelar seria útil, como para: i) promover a oitiva antecipada de testemunhas sobre uma suposta relação de emprego, sobre o trabalho em sobrejornada ou sobre a ocorrência de ato ilícito que viole o patrimônio moral ou material do empregado; ii) produzir perícia grafotécnica para demonstrar que eventual recibo de quitação assinado pelo empregado é falso; iii) produzir prova pericial para comprovar doença ocupacional;<sup>55</sup> iv) produzir prova pericial com a finalidade de verificar o trabalho em condições insalubres ou revestidas de periculosidade, ou a existência de acidente de trabalho.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 756.

<sup>52</sup> Demanda de descoberta de prova ou *discovery* ou *disclosure* da prova é como Alexandre Freitas Câmara denomina as hipóteses dos incisos II e III do art. 381 do CPC. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 243.

<sup>53</sup> CÂMARA, 2019, p. 244.

<sup>54</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. O uso estratégico da produção antecipada de prova no CPC de 2015. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/abdpro-109-o-uso-estrategico-da-producao-antecipada-de-prova-no-cpc-de-2015>. Acesso em: 30 nov. 2019.

<sup>55</sup> Os exemplos até aqui citados foram extraídos do texto de REIS, Sérgio Cabral. Do direito autônomo à produção da prova como instrumento de efetivo acesso à Justiça do Trabalho pós-reforma trabalhista. *Revista do TST*. São Paulo, vol. 84, n. 3, p. 175, jul/set 2018.

<sup>56</sup> ALMEIDA, Cléber Lúcio. *Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 568.

É importante lembrar que toda e qualquer prova, inclusive documental, pode ser objeto de produção antecipada de provas.<sup>57</sup> Portanto, também é possível a demanda probatória autônoma para se postular a exibição dos cartões de ponto para fins de verificação de existência de horas extras não quitadas.<sup>58</sup>

O conhecimento do teor de documentos que se encontram em poder do empregador reforça a possibilidade de uma melhor compreensão do seu direito pelo empregado, bem como do risco de se propor uma demanda ou da justiça de um possível acordo.

2. *Defesa e recursos limitados*: outra vantagem é que a defesa e eventuais recursos apresentados nesse tipo de demanda são limitados (art. 382, §4º do CPC<sup>59</sup>). A interpretação literal do dispositivo conduziria a uma interpretação inconstitucional, no sentido de não ser admitida qualquer defesa, o que feriria o direito ao contraditório e à ampla defesa. Por tal motivo, sustenta-se que é admissível a apresentação de defesa (que pode tratar de questões de ordem pública,<sup>60</sup> de admissibilidade e produção da prova), desde que nela não se discutam questões relativas à valoração probatória, o que será objeto de eventual futuro processo.<sup>61</sup>

Quanto ao recurso, entende-se que, no processo do trabalho, será cabível recurso ordinário contra a decisão que indeferir totalmente a produção da prova requerida, nos termos da parte final do art. 382, §4º do CPC combinado com o art. 895, I, da CLT<sup>62</sup>.

Malgrado a literalidade da lei, saliente-se a lição de Flávio Yarshell, no sentido que “a lei pareceu ignorar que o deferimento da antecipação pode violar direitos constitucionalmente assegurados, como sigilo, intimidade e privacidade”<sup>63</sup>. No processo do trabalho, se o

<sup>57</sup> Especificamente sobre o procedimento a ser adotado, a 3ª Turma do STJ considerou adequada a propositura de demanda probatória autônoma ajuizada sob o rito comum (art. 318 e ss.), em que se exigia, em razão de lei ou de contrato, a exibição de documento ou coisa em posse de outrem. Cf.: REsp 1803251/SC, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 08/11/2019.

<sup>58</sup> Neste caso, parece ser essencial a comprovação de que se fez pedido prévio ao empregador dos documentos que agora se pretende sejam exibidos e que houve a recusa na via extrajudicial, sob pena de não ser admitida a demanda por ausência de interesse. Esse entendimento, que tem sido adotado por alguns Tribunais do Trabalho, tem como base a interpretação da tese fixada no Tema Repetitivo 648 do STJ, cujo teor é o seguinte: “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 comprovação 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”.

<sup>59</sup> Art. 382, §4º, CPC. “Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.”

<sup>60</sup> Enunciado 32 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “A vedação à apresentação de defesa prevista no art. 382, § 4º, do CPC, não impede a alegação pelo réu de matérias defensivas conhecíveis de ofício.”

<sup>61</sup> DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2019, p. 175.

<sup>62</sup> Art. 895, I, da CLT. “Art. 895 - Cabe recurso ordinário para a instância superior: I - das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias; [...]”.

<sup>63</sup> YARSHELL, 2015, p. 1042.

deferimento da prova resultar em violação imediata a tais direitos, caberá mandado de segurança.<sup>64</sup>

3. *Possibilidade de indeferimento da prova pelo juiz é reduzida*: a possibilidade de indeferimento da prova requerida é reduzida numa ação probatória autônoma sem a finalidade cautelar. Isso porque o juiz dificilmente conseguirá fundamentar uma eventual inutilidade da prova, pois isso exigiria valoração da prova diante do contexto probatório a ser produzido (o que é vedado pelo art. 382, §2º). Também não pode dizer que a prova pretendida é protelatória porque o pedido não atrasa a solução do conflito, já que a parte pode a qualquer momento propor a demanda que visa a proteger o bem da vida.<sup>65</sup>

4. *Maior probabilidade de se conseguir o deferimento de uma tutela provisória de evidência*: a produção antecipada da prova aumenta a probabilidade de se conseguir demonstrar, em futuro processo, a probabilidade do direito e, por conseguinte, a obtenção da tutela provisória.<sup>66</sup>

5. *Ausência de condenação em pagamento de verbas de sucumbência pelo requerente, salvo litigância de má-fé*: é ônus daquele que requereu a medida o pagamento dos honorários periciais. Todavia, se a ele for deferida a assistência judiciária gratuita ou a gratuidade de justiça, os honorários periciais serão arcados pela União. Neste caso, somente restará autorizada a cobrança desses honorários se o empregado recebeu créditos em *outro processo* que o torne capaz de suportar tais despesas (art. 790-B, §4º da CLT), o que, na prática, será algo raro de se ver, já que quem propõe essa ação probatória autônoma ainda não decidiu por litigar.

Cabe ressaltar que, em regra, não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, o que é uma grande vantagem para o empregado. Afinal, a verba honorária é um fator relevante que deve ser levado em conta por quem pretende ajuizar uma demanda. Como na ação de produção de antecipação de prova não há “vencido”, pois a prova pode interessar tanto ao requerente como ao requerido, o empregado-requerente não pagará honorários advocatícios sucumbenciais, independentemente do resultado da prova.

Haverá, porém, a referida condenação quando o requerido opuser resistência à produção da prova. Nesse sentido, ensina Flávio Yarshell:

---

<sup>64</sup> Sustenta-se o cabimento do mandado de segurança nessa hipótese por ser semelhante àquela descrita na Súmula 414, II, do TST: “No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio”.

<sup>65</sup> SICA, 2019.

<sup>66</sup> SICA, 2019.

Quanto aos honorários, o raciocínio é o mesmo: eventual aquiescência ou resistência do demandado são irrelevantes<sup>67</sup> porque a prova terá que ser produzida de todo modo. De qualquer forma, se a resistência gerar trabalho expressivamente superior, sem prejuízo de eventual sanção por litigância de má-fé, poderá então haver condenação ao pagamento de honorários, que deverão ser arbitrados com ponderação, atentando-se apenas para o acréscimo que a resistência do réu teria acarretado.<sup>68</sup>

Por todo o exposto, verifica-se que há uma série de vantagens no ajuizamento da ação probatória autônoma não cautelar.

Assim, adere-se ao entendimento de Sérgio Cabral dos Reis, ao sustentar a ligação entre a ação probatória autônoma e o acesso à justiça:

Pelo exposto, conclui-se que o direito autônomo à produção de provas revela-se como um instituto essencial ao acesso à Justiça do Trabalho contemporânea, pois, no intuito de aferir a viabilidade probatória do seu pretense direito, ou mesmo obter a conciliação com a parte contrária, a parte reclamante, se beneficiária da assistência judiciária gratuita e não litigante de má-fé, não será responsabilizada pelas despesas decorrentes do processo, inclusive honorários advocatícios e periciais. Trata-se de um instituto que deve ser manejado responsavelmente, viabilizando, dessa forma, a tutela adequada dos direitos trabalhistas, sem prejuízo de ensejar soluções de consenso.<sup>69</sup>

Realmente, o resultado da demanda probatória autônoma terá reflexo direto na decisão de se solucionar um conflito pré-existente ou de se litigar ou não (art. 381, II e III, CPC), promovendo uma decisão consciente e mais consentânea à segurança jurídica que se espera, visto a melhor previsibilidade do resultado, indispensável quando se tem em mente a promoção de acesso à justiça ao vulnerável em conformidade com o atual quadrante processual, aqui delineado em linhas gerais.

Por fim, mister se faz ressaltar a aplicabilidade da referida demanda ao processo do trabalho, pois a legislação processual trabalhista é omissa quanto à disciplina dessa ação autônoma e esta é consentânea com a principiologia do direito processual do trabalho, inclusive proporcionando ao empregado um melhor acesso à justiça. Logo, presentes os requisitos para aplicação subsidiária do disposto no CPC ao processo do trabalho, conforme disposto nos artigos 15 do CPC<sup>70</sup> e 769 da CLT<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> A 4ª turma do TST parece registrar entendimento parcialmente diverso do exposto por Flávio Yarshell. Extrai-se do acórdão proferido no julgamento do recurso de revista n. 582-03.2018.5.12.0004 que são devidos os honorários advocatícios, caso o requerido apresente contestação na ação de produção antecipada de provas. Ou seja, se o requerido contestar, instaura-se o litígio e, ao final, o juiz deve decidir sobre os honorários advocatícios sucumbenciais. Como se vê, a decisão diverge da lição de Yarshell, que considera devidos os honorários apenas se a resistência gerar trabalho excessivamente superior ao curso normal da demanda. Cf.: TST-RR-582-03.2018.5.12.0004, Ministro Relator Alexandre Luiz Ramos, 4ª Turma, julgado em 23.10.2019.

<sup>68</sup> YARSHELL, 2015, p. 1044.

<sup>69</sup> REIS, 2018, pp. 179-180.

<sup>70</sup> Art. 15 do CPC. “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

<sup>71</sup> Art. 769, da CLT. “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

## 6 CONCLUSÃO

O acesso à justiça possui, dentre suas variadas perspectivas, ou múltiplas portas, a decisão adjudicada como um dos possíveis caminhos de dar ao vulnerável o direito que emerge da relação material, na exata dimensão dada pelo ordenamento jurídico.

A experimentação do paradigma de Estado Democrático Constitucional pressupõe uma relação capaz de proporcionar às partes o exercício em plenitude de prerrogativas processuais, isto é, livre de amarras que não sejam próprias do procedimento e, por conseguinte, sem sustos provenientes de eventual concretização de uma acentuada *alea* processual.

É nessa esteira que se identifica a ação de produção antecipada de provas de natureza não cautelar como valioso instrumento para propiciar ao empregado acesso à justiça, na medida em que permite um melhor dimensionamento de sua pretensão diminuindo ou, em algumas hipóteses eliminando, o risco de surpresa na relação processual, notadamente quanto ao ônus probatório que lhe seja imputado.

Ademais, revela-se de grande valia diante dos contornos dados ao processo do trabalho após a Lei n. 13.467/2017, porquanto as novas hipóteses de responsabilização do empregado sucumbente é fator que demanda cuidadosa atenção, uma vez que a sua sucumbência em reclamação trabalhista pode deixá-lo em condição ainda mais desfavorável do que antes do ajuizamento da demanda.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Cléber Lúcio. **Direito Processual do Trabalho**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. II.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo código de processo civil. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho;

FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 8.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. Brasília: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 8.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo código de processo civil. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 8.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 8.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. v. 2.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 5. ed. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FIÚZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais**. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.* Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. O novo CPC e a ação probatória não cautelar: variações a respeito do tema. *In: CÂMARA, Helder Moroni et al. (org.). Aspectos polêmicos do novo código de processo civil: volume II.* São Paulo: Almedina, 2018.

MENEZES, Claudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. A Emenda Constitucional 45 e algumas questões acerca da competência e do procedimento na Justiça do Trabalho. *In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). Direito do trabalho e direito da seguridade social: direito processual do trabalho.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Coleção Doutrinas essenciais, v. 4.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PASSOS, J. J. Calmon de. A função social do processo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 49, abr./jun. 1997.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. *In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

REIS, Sérgio Cabral. Do direito autônomo à produção da prova como instrumento de efetivo acesso à Justiça do Trabalho pós-reforma trabalhista. **Revista do TST**, São Paulo, v. 84, n. 3, jul./set. 2018.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 13, nov. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [S. l.], n. 65, maio 2003.

GONÇALVES, T. F.; MARTINELLI, A. S.; SOUTO, P.J. A ação de “produção antecipada de provas” com finalidade não cautelar e a facilitação do acesso à justiça ao empregado.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [S. l.], n. 63, out. 2002.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. O uso estratégico da produção antecipada de prova no CPC de 105. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-109-o-uso-estrategico-da-producao-antecipada-de-prova-no-cpc-de-2015>. Acesso em: 30 nov. 2019.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil vol III: processo cautelar (tutela de urgência)**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIMMEL, Georg. **A natureza sociológica do conflito**. São Paulo: Ática, 1983.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao art. 381. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.) **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JÚNIOR. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. rev. ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014.