

NOVO CPC E PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DA IN N° 39*

Estêvão Mallet**

1 – INTRODUÇÃO

Promulgado o novo Código de Processo Civil, logo surgiram vários questionamentos sobre as suas disposições aplicáveis e não aplicáveis ao processo do trabalho. A complexidade do problema e suas implicações práticas, nos processos em curso e nos novos, são evidentes. Dispensam exposição detalhada. Basta mencionar as dúvidas sobre a contagem de prazos, sobre a inquirição de partes e testemunhas, sobre a fundamentação das decisões, sobre a necessidade, ou não, de instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica, entre tantos outros pontos. A própria sobrevivência da regra do art. 769 da CLT, diante da previsão do art. 15 do novo CPC, agrava todas as discussões teóricas, tanto mais diante da inconstitucionalidade desse último dispositivo, algo que curiosamente tem passado despercebido, ficando ao largo das discussões teóricas até o presente desenvolvidas¹.

* O autor expressa sua sincera gratidão pela atenta e paciente leitura que desse artigo fez José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, notável advogado e amigo muito estimado. Apresentou ele importantes e inteligentes sugestões, além de corrigir muitos erros do rascunho inicial. Os demais erros que permanecem no texto, como é evidente, são de exclusiva responsabilidade do autor.

** *Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; advogado.*

1 A inconstitucionalidade decorre de haver sido o texto do dispositivo alterado na votação realizada na Câmara, sem devolução à Casa iniciadora do processo legislativo, em desacordo com o estabelecido no parágrafo único do art. 65 da Constituição. O texto aprovado no Senado tinha a seguinte redação: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicada supletivamente”. Na Câmara, porém, aprovou-se o seguinte: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Suprimiu-se a referência a “processos penais”, introduziu-se a alusão a “processos (...) trabalhistas”, além de acrescer-se a enigmática conjugação de aplicação qualificada: “(...) supletiva e subsidiariamente”. As modificações não são meramente redacionais e afetam a substância da regra, particularmente no campo do processo do trabalho. A sanção imediata do texto modificado implica ofensa ao processo legislativo constitucional e ao bicameralismo, matéria que não é meramente *interna corporis* do Congresso, sujeitando-se à censura judicial, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Cf., sobre o tema: STF, Pleno, ADI 3.146/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11.05.06, DJU 19.12.06, p. 35.

Tamanha incerteza, que gera enorme insegurança, apresenta, como é óbvio, muitos inconvenientes. Desaparecendo a segurança, nota Roubier, “il n’y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister”². A falta de segurança não deixa de minar a própria garantia de acesso à justiça, que a nova legislação procurou facilitar. Como um autor escreveu, “l’accès à la justice du droit est une tromperie quand le droit est largement incertain”³.

Para tentar atenuar essas dificuldades todas, o Tribunal Superior do Trabalho aprovou a Instrução Normativa nº 39, na qual procurou indicar dispositivos do novo CPC compatíveis com o processo do trabalho e dispositivos com ele incompatíveis, mencionando, para alguns dos primeiros, as adaptações exigíveis para aplicá-los aos litígios de competência da Justiça do Trabalho. Todavia, a iniciativa logo suscitou outra controvérsia, agora sobre a constitucionalidade do ato normativo editado.

2 – CONSTITUCIONALIDADE DA IN Nº 39

Menos de dois meses depois de editada, a IN nº 39 teve sua constitucionalidade questionada em ação direta⁴. A impugnação, não verificada no caso de outras tantas instruções normativas do gênero⁵, supõe a força vinculante do ato, o que atritaria com as regras constitucionais sobre competência legislativa, sobre reserva legal e sobre autonomia e independência decisória dos juízes. É o que fica evidente na passagem da petição inicial da ação direta em que se afirma que a “instrução normativa, contendo típicas normas de sobredireito (...), submete os magistrados à sua observância (...)”⁶.

A inconstitucionalidade, todavia, deixa de fazer sentido na medida em que se reconheça – e se afirme – não ter a IN nº 39 força de lei, envolvendo,

2 *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1951. p. 334. Realmente, “sem segurança – ressalta Oliveira Ascensão – a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem” (*O direito – introdução e teoria geral*. Coimbra: Almedina, 1991. n. 110. p. 184).

3 TUNC, André. En quête de justice. In: *Accès à la justice et état-providence*. Paris: Economica, 1984. p. 312.

4 ADIn 5.516, distribuída em 05.05.2016.

5 Não há notícia de ajuizamento de ação direta para impugnar, por exemplo, a IN n. 3, sobre depósito recursal, a IN n. 27, sobre procedimento aplicável nas causas de competência da Justiça do Trabalho, segundo a Emenda Constitucional n. 45, ou a IN n. 31, sobre depósito prévio em ação rescisória, nitidamente com mais força cogente do que outras. Houve, é verdade, grande polêmica com respeito à IN n. 22, que pretendeu disciplinar a forma de apresentação do recurso de revista. Ela foi revogada pela IN n. 23, subsistindo, porém, as diretrizes anteriores a título de recomendação, o que, sem dúvida, vale para a recente IN n. 39. E, de qualquer sorte, aquelas recomendações se tornaram preceitos específicos do art. 896 da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.015/2014.

6 P. 12 da petição inicial da ADIn.

em rigor, mera proposição interpretativa ou, consoante a jurisprudência do próprio Tribunal Superior do Trabalho, formada no caso de outras instruções normativas, valor de singela “recomendação”⁷.

É bem possível, sob esse prisma, que na ação direta apenas se declare o caráter não vinculativo da IN nº 39, na linha das informações prestadas pelo Tribunal Superior do Trabalho na ação direta⁸, prejudicando-se, via de consequência, o pedido de declaração de inconstitucionalidade⁹.

Pronunciado o valor meramente propositivo da IN nº 39, exsurge, porém, outra dificuldade¹⁰. Em caso de decisão tomada em desacordo com o que nela se contém, a invocação de ofensa ao seu teor não autoriza a interposição de recurso de revista. A recorribilidade exige, no caso, violação de “disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal”¹¹. O recurso depende, portanto, de fundamentação em que se exponha a ofensa ao dispositivo legal que deveria ter sido aplicado, e não o foi, ou ao dispositivo que, inaplicável, veio a ser utilizado na solução da controvérsia. Caso, por exemplo, se adote contagem de prazo segundo a regra do art. 219 do CPC, reputando-se tempestivo recurso ordinário oferecido no nono dia do prazo, segundo a regra do art. 775 da CLT, o recurso de revista deverá ventilar ofensa a esse último dispositivo e, eventualmente, ao art. 769, também da CLT, ou ao art. 6º da Lei nº 5.584/70. Suscitada apenas ofensa ao art. 2º, III, da IN nº 39, fica prejudicada a impugnação. Nem se pode cogitar de aplicação do parágrafo único do art.

7 TST, SBDI-1, E-RR 90100-16.2002.5.04.0027, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJU 26.10.07, para o caso da IN n 23/03. De igual teor, ainda: TST, SBDI-1, E-ED-RR 197000-11.2000.5.15.0084, Relª Minª Dora Maria da Costa, DJU 26.10.07; e TST, SBDI-1, E-ED-RR 19700-63.2004.5.15.0006, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 03.10.08.

8 No Ofício TST-GP n 0446, menciona-se, duas vezes, o “caráter orientativo” da IN n 39.

9 O paralelo que se pretendeu fazer com a decisão tomada na ADIn 1.662 não é perfeito, dado que a IN n 11 do Tribunal Superior do Trabalho uniformizou os “procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios”, a denotar a atribuição de força normativa ao ato, de modo a sujeitá-lo a controle concentrado de constitucionalidade. Mais adequada é a comparação com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na Representação 946, na qual se rejeitou a medida, ao negar-se subsistência, após a Constituição de 1946, aos prejuízos previstos no art. 902 da CLT.

10 A solução de um problema cria um novo problema, o qual, com a sua solução, cria novo problema... É irônico, mas é mesmo assim. O progresso, em todos os campos do conhecimento humano, faz-se com a superação das sucessivas dificuldades que cada novo passo cria.

11 CLT, art. 896, alínea c. Contra o cabimento de recurso de revista contra ato normativo sem força de lei, com indicação de alguns precedentes mais antigos: MALLETT, Estêvão. *Do recurso de revista no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 118. Na jurisprudência mais recente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mas em termos igualmente válidos para o processo do trabalho, cf.: “2. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a resoluções, portarias, instruções normativas ou a regimentos internos de Tribunais, tampouco a enunciados sumulares” (STJ, 2ª T., EDcl-A-RE 37.727/PI, Rel. Min. Castro Meira, j. 02.02.2012, DJe 17.02.2012).

932 e do art. 938, § 1º, todos do CPC, ou, ainda, do art. 896, § 11, da CLT, por não se tratar de vício formal, mas de defeito de fundamentação do recurso¹².

3 – ALGUNS DISPOSITIVOS NÃO EXAMINADOS PELA IN Nº 39

É claro na IN nº 39 o propósito de não esgotar o exame dos dispositivos aplicáveis e não aplicáveis ao processo do trabalho. Nos arts. 2º e 3º, deixa-se expresso que as duas relações não são exaustivas. Pretender o contrário seria mesmo impossível. Não haveria como imaginar, antecipadamente, todas as possíveis intersecções normativas entre o CPC e o processo do trabalho. A riqueza dos acontecimentos supera sempre a capacidade de previsão do mais arguto estudioso.

Além disso, a abrangência do Código, com quase 1.100 artigos, muitos deles desdobrados em grande número de parágrafos e incisos¹³, faz com que isso seja ainda mais difícil. Na verdade, nenhum rol, mesmo amplo e casuísta, consegue tudo abarcar. São inexoráveis, portanto, as lacunas. Na verdade, a própria suposição de completude do ordenamento não resiste ao exame dos fatos. É, como se disse, certa feita, uma tese óbvia a “strutturale inadeguatezza del diritto positivo a regolare tutti i possibili comportamenti uamni”¹⁴. Ficam, portanto, vários dispositivos do CPC, cuja aplicação ou não ao processo do trabalho deixou de ser tratada. E alguns deles merecem menção.

O primeiro envolve a concentração, promovida pelo CPC, das matérias alegáveis em defesa, estas que, na vigência do diploma antecedente e de normas extravagantes, eram suscetíveis de dedução por meio de exceção ou de incidente processual, como incompetência relativa¹⁵, impugnação ao valor

12 Cf., no mesmo sentido, negando aplicação do parágrafo único do art. 932 do CPC em agravo que não ataca os fundamentos da decisão agravada: STF, 1ª T., ARE 953.221 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de 07.06.2016.

13 É uma característica do novo CPC, a mostrar certa deficiência técnica, artigos com muitos incisos e parágrafos. No art. 85, por exemplo, há 19 parágrafos, três deles com pelo menos quatro incisos. Quer dizer, em uma única norma, quase 30 disposições. Artigos com 10 parágrafos ou mais, além do 85, há cinco outros (arts. 334, 525, 702, 1.035 e 1.037). O cotejo com o Código anterior é eloquente. Nele, havia apenas um artigo com 10 parágrafos, o 602. Na verdade, porém, o problema não é só brasileiro. Tem-se visto o mesmo em outros sistemas jurídicos e a doutrina estrangeira fala em um *allongement exagéré des articles de loi* (PIAZZON, Thomas. *La sécurité juridique*. Paris: Defrénois, 2009. p. 219). Não surpreende que o comentário venha de um autor francês. Afinal, o Código do Trabalho da França conta com grande número de dispositivos, alguns deles com uma infinidade de itens e subitens. O art. L 1.221, por exemplo, conta com 26 itens, dois deles, o 12 e o 15, com um subitem cada. O art. L 1.225 vai além e apresenta 72 itens, novamente alguns deles (3, 4, 46 e 65) com subitens.

14 CORSALE, Massimo. *Lacune dell'ordinamento* em *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, 1973. XXIII. p. 267.

15 CPC de 1973, art. 304.

da causa¹⁶ ou oposição ao benefício da gratuidade da justiça¹⁷, agora passam a constituir alegações de defesa¹⁸, tendo em conta também a preocupação com a “simplificação das formas processuais”¹⁹. Daí a dúvida em torno da possibilidade de, no processo do trabalho, no qual a concentração e a simplificação são também valores perseguidos pelo legislador, suscitar-se a incompetência por meio de exceção, antes da apresentação da defesa. É o que há muito preconiza o art. 799, *caput*, da CLT. A melhor solução, sem dúvida, é admitirem-se essas alegações, tanto por meio de exceção ou incidente como na própria defesa. Constitui formalismo gratuito deixar de examinar exceção de incompetência apenas por ter sido invocada no corpo da defesa. Aliás, antes mesmo do novo CPC a jurisprudência trabalhista admitia exceção de incompetência formulada na própria defesa, como mostra decisão de seguinte teor:

“No que concerne à forma de arguição da incompetência territorial, *in casu* erigida como preliminar da contestação, não merece censura a excipiente. Com efeito, a legislação pertinente, arts. 799 e seguintes da CLT, não estabelece, taxativamente, a forma como deve ser oposta tal insurgência, a qual, tendo em vista a simplicidade do processo do trabalho, pode ser aduzida até mesmo oralmente, na primeira oportunidade de manifestação da parte nos autos, tal como ocorre com a própria defesa de mérito. Assim, trazida aos autos de forma escrita, como preliminar da contestação, dela tendo sido concedida vista à parte adversa em audiência una, a qual manifestou-se expressamente, seguindo-se dentro da normalidade, sem nenhum requerimento em contrário, a instrução do feito, verifica-se que inexistiu qualquer prejuízo, caracterizando-se como excesso de rigor, *data venia*, a exigência de peça apartada para arguição.”²⁰

Outro ponto não tratado pela IN nº 39 relaciona-se com as novas hipóteses de impedimento e de suspeição, mencionadas nos arts. 144 e 145 do CPC, ligadas aos casos em que no processo esteja a postular parente “do juiz” (*rectius*, do julgador), inclusive membro de escritório, “mesmo que não intervenha diretamente no processo”, e amizade do juiz com os “advogados” da parte. A CLT parece conter disciplina exaustiva da matéria, no art. 801, baralhando casos de suspeição e impedimento. Mas, já ao tempo do CPC de 1973, entendia-se

16 CPC de 1973, art. 261.

17 Art. 4, § 2, da Lei n. 1.060.

18 CPC, art. 337, incisos II, III e XIII.

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 362.

20 TRT da 3ª Região, Turma Recursal de Juiz de Fora, RO 0001667-65.2014.5.03.0052, Rel. José Nilton Ferreira Pandelot, DJ 29.07.2015.

pertinente ao processo do trabalho a disciplina processual comum²¹. Mesmo no silêncio da IN nº 39, as novas hipóteses de impedimento e de suspeição devem ser observadas no processo do trabalho.

O art. 343 do CPC, que permite a reconvenção oferecida na própria defesa, tem toda pertinência no processo do trabalho. A providência é simplificador e não esbarra em nenhuma regra imperativa do processo do trabalho²². E a jurisprudência trabalhista anterior ao CPC aceitava pedido deduzido na própria defesa, desde que assegurado o contraditório²³.

Também o importante art. 317 do CPC é aplicável ao processo do trabalho, ainda que dele não haja cogitado a IN nº 39. As decisões terminativas não eliminam a lide ou fazem-no sem aplicar o direito substantivo à espécie. Envolvem, em essência, frustração do escopo principal da atividade jurisdicional. O desejável é que haja “resposta ao pedido formulado pelo autor, pois ele representa a crise verificada no plano das relações substanciais”²⁴. Sempre que se possa chegar a isso, ainda que seja necessário adiar um pouco a solução do processo, deve-se buscar o aproveitamento de tudo o que foi feito. É o que preconiza, inclusive, o art. 6º do CPC, com a alusão ao dever de cooperação de todos os sujeitos do processo para que “se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Na jurisprudência portuguesa, chega-se a falar, como apoio no art. 6º, nº 2, do Código de Processo Civil²⁵, em um princípio, qualificado de “reitor”, o da “prevalência da decisão de fundo sobre a decisão

21 Em jurisprudência: TRT da 23ª Região, SI 00050.2006.000.23.00-5, Rel. Juiz Roberto Benatar, j. 02.05.06, DJ 26.05.06; e TRT da 24ª Região, 2ª T., Processo 0359/2007-106-24-00.7-2, Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza, j. 13.05.09. Na doutrina: COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. n. 48. p. 78; CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 591; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 289.

22 Assim também para: KLIPPEL, Bruno. A nova defesa do reclamado: análise das principais alterações promovidas pelo novo CPC e sua aplicabilidade no processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 646.

23 TRT da 3ª Região, 8ª T., Processo 0000068-19.2011.5.03.0013, Rel. Marcio Ribeiro do Valle, DEJT 02.02.2012, p. 234.

24 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. São Paulo, s. e. p. (tese), 2005, p. 243.

25 “O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo”. O n 1 do mesmo artigo preconiza a obtenção de decisão de mérito, nos seguintes termos: “Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”. A passagem importante do preceito, no tema de que se está a tratar, é a que menciona “a justa composição do litígio”.

de mera forma”, como se vê em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça²⁶. Assim, se na ação trabalhista falta cópia de norma coletiva cujo cumprimento é pedido, e esse essencial detalhe é constatado apenas quando do julgamento, deve-se dar à parte oportunidade de completar o requerimento antes de extinguir o processo ou de rejeitar o pedido, como tantas vezes acontece²⁷.

4 – EXCLUSÕES A RELATIVIZAR

Certas normas que a IN nº 39 afastou do processo do trabalho não deixarão de ser aplicadas, ainda que se faça com espectro menor do que aquele cabível no processo civil. É o que se dá com o art. 190, sobre negociação processual. Certamente a amplitude da negociação no processo do trabalho não será a mesma do processo civil. Não se imagina, por exemplo, cláusula inserida em contrato de trabalho visando reduzir o número de testemunhas que as partes poderão ouvir em eventual processo e excluir a possibilidade de interposição de recurso ordinário ou dispensar depósito recursal para oferecimento de recurso.

Alguma negociação processual, contudo, pode ter lugar também no processo do trabalho, especialmente durante a pendência da lide. A regra do art. 190 nem mesmo traz completa novidade, convém dizê-lo, já que antes dela se fazia negociação processual, sem previsão legal genérica ou fora das hipóteses típicas admitidas²⁸, inclusive no processo do trabalho. Nada impede, por exemplo, que as partes, de comum acordo e com aprovação

26 Processo 870/08.4, 4ª Seção, Rel. Cons. Melo Lima, decisão de 14.01.2015. Em julgado mais antigo, formado ao tempo do Código anterior, na missão do julgador de “evitar, sempre que possível, devendo privilegiar a de mérito, a decisão de forma” (STJ, Processo 01A3987, Rel. Lopes Pinto, decisão de 24.05.01).

27 “À reclamante competia comprovar, por meio da juntada aos autos da Convenção Coletiva de Trabalho, estar seu labor semanal submetido ao módulo de 40 horas, por ser fato constitutivo do direito postulado, ônus do qual não se desfez, a acarretar, por conseguinte, a improcedência do pedido” (TRT da 1ª Região, 3ª T., RO 00013672620115010065, Relª Angela Fiorencio Soares da Cunha, DJ 14.11.2013) e “Adicional de interfone. Porteiro. Previsão em norma coletiva. Se o pedido inicial está embasado em norma coletiva, tornava-se indispensável a juntada aos autos do respectivo instrumento, conforme previsão contida no parágrafo único do art. 872 da CLT. No caso analisado, a petição inicial veio desacompanhada da norma coletiva vigente à época do contrato de trabalho, documento indispensável à instrução do pedido de adicional de interfone, o que leva a sua improcedência” (TRT da 1ª Região, 3ª T., RO 01141005720095010241, Rel. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte, DJ 26.11.2012).

28 Já havia previsões incidentais de negociação, como, para dar apenas alguns exemplos, na suspensão convencional do processo (art. 265, II, do antigo CPC) e na divisão de tempo para manifestação de litisconsortes. O art. 454, § 1º, do antigo CPC estabelecia: “Art. 454. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz. § 1º Havendo litisconsorte ou terceiro, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso”. A convenção que teve em vista o legislador nada mais é do que uma negociação processual típica.

judicial, pactuem, em litígio trabalhista, prazo sucessivo de 10 dias para oferecimento de razões finais, deixando de lado o disposto no art. 850, *caput*, da CLT. Tampouco se afigura ilegal a redução, para cinco minutos, do tempo para sustentação oral, por acordo dos advogados, ou a negociação para o adiamento do julgamento²⁹.

Pode-se pensar até mesmo em negociação transprocessual, ou seja, além do processo, para envolver outro processo. Um caso prosaico, mas de frequente ocorrência no foro, envolve a posição na pauta de julgamento, assunto cuja importância cresceu, sem dúvida, com a nova regra do art. 12 do CPC³⁰, mesmo depois de sua alteração pela Lei nº 13.256. Mediante ajuste entre advogados presentes para realização de sustentação, é concebível alterar-se a ordem de julgamento dos processos – sob aprovação do presidente do órgão julgador, naturalmente –, para favorecer advogado de fora da cidade ou que deva, por alguma razão, ausentar-se logo do Tribunal. No fundo, é uma negociação compreensiva de diferentes processos.

5 – SOLUÇÕES DA IN Nº 39 QUE EVITAM PROBLEMAS DO PROCESSO CIVIL

Certas passagens da IN nº 39 contemplam soluções que aprimoram regras do CPC e evitam incongruências criadas pela inadvertência do legislador comum.

No processo civil, a decisão que julga antecipadamente, de maneira parcial, o mérito é impugnável por agravo de instrumento, consoante o direito posto³¹. Dessa previsão decorrem várias dificuldades, não antevistas pelo legislador ou, no mínimo, muito mal reguladas. De um lado, enquanto a apelação é dotada de efeito suspensivo *ex lege*, o agravo de instrumento não é. Em consequência, a possibilidade de execução provisória da decisão, independentemente de seu conteúdo, passa a variar conforme o momento em que ela é proferida, o que faz pouco sentido. Ao autor pode interessar a cumulação de pedidos, feita inclusive de modo artificial, a fim de que, apenas parte deles comportando julgamento antecipado, fique aberta mais facilmente a via da execução provisória. Ao lado de pedido fundado em matéria de direito apenas, apresenta outro pedido,

29 O que está previsto, inclusive, no art. 143 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho: “Os pedidos de adiamento de julgamento, se dirigidos à Presidência no início da sessão, somente serão admitidos se devidamente justificados, com a concordância do Relator e da parte contrária, se presente”.

30 A propósito: THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 170.

31 CPC, art. 356, § 5 .

de fragilidade manifesta, mas cujo exame necessita de provas de audiência. Acolhido o primeiro, em decisão impugnável por agravo, poder-se-á iniciar a execução provisória, o que não ocorre se examinado ao ensejo da sentença.

De outro lado, o art. 937 não prevê possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento, salvo quando “interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência”³². Não se justifica, porém, permitir sustentação oral no caso de tutela provisória, e não na hipótese de tutela que é tendencialmente definitiva. Qual a relevante razão para autorizar a manifestação das partes no Tribunal quando todos os pedidos são julgados ao mesmo tempo, e não quando são julgados em momentos distintos, durante o processo?

Por fim, a ampliação do quórum de julgamento, prevista no art. 942, em substituição aos embargos infringentes do Código anterior, somente incide, no caso de agravo de instrumento, “quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito”³³. A extensão da recorribilidade no Tribunal fica na dependência, portanto, do momento em que o mérito é decidido. Se há fracionamento da decisão, a ampliação do quórum de julgamento tem limites mais estreitos de incidência.

Todos os problemas assinalados estão associados à previsão de agravo para impugnar pronunciamento cujo conteúdo é o de sentença, como adverte a doutrina³⁴. A menção nos parágrafos do art. 356, o tempo todo, a “decisão” não esconde o fato de que se trata mesmo de sentença. No direito italiano, o Codice de Procedura Civile é mais feliz e acertadamente qualifica como sentença – dita *sentenza parziale* – a pronúncia que “decide solo alcune delle cause fino a quel momento riunite, e con distinti provvedimenti”. No direito português, embora a decisão correspondente à pronúncia do art. 356 do CPC brasileiro receba o nome de despacho saneador³⁵, para impugná-la, o recurso adequado é a apelação³⁶.

A IN nº 39 eliminou as incongruências criadas do processo civil ao preconizar, no seu art. 5º, o cabimento de recurso ordinário imediato da sentença parcial, reflexo do escopo mais limitado, no processo do trabalho, do agravo

32 Inciso VIII.

33 Inciso II.

34 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Novo CPC anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 205; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo CPC*. São Paulo: RT, 2015. p. 621.

35 Art. 595, n. 1, alínea “b” do CPC de Portugal.

36 Art. 644, n. 1, alínea “b” do CPC de Portugal.

de instrumento³⁷. É também a solução do direito italiano, que prevê o recuso de apelação para impugnar a *sentenza parziale*³⁸. No Brasil, com o processo eletrônico, não há nenhum inconveniente nisso. Pode-se pensar em recurso ordinário em separado, tal como a apelação interposta contra o despacho saneador que conhece do mérito no direito português³⁹.

Essa solução oferece a vantagem adicional de não comprometer a recorribilidade subsequente. Não faz com que a possibilidade de levar a matéria ao Tribunal Superior do Trabalho passe a depender do momento em que decidida a controvérsia ou parte dela, diante do não cabimento de recurso de revista para atacar decisão proferida em agravo de instrumento⁴⁰.

6 – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Ainda durante o período de *vacatio* do CPC surgiram pronunciamentos contrários à aplicação do incidente de desconconsideração de personalidade jurídica no processo do trabalho⁴¹, invocando-se, por vezes, o caráter sumário do procedimento trabalhista como óbice à subsidiariedade. Era uma conclusão pouco afeita ao direito posto. O CPC mesmo prevê, e de maneira expressa, a aplicação do incidente até em “processo de competência dos juizados especiais”⁴², o que mostra não ser a sumariedade procedimental empecilho à medida, ao contrário do que a alguns pareceu⁴³. Ademais, a estrutura elementar do incidente não

37 CLT, art. 897, alínea b.

38 Para indicação de precedente da Corte di Cassazione: CARPI, F.; TARUFFO, M. *Commentario breve ao Codice di Procedura Civile*. Padova: CEDAM, 1994. p. 279.

39 Art. 645 do CPC de Portugal, *verbis*: “1 – Sobem nos próprios autos as apelações interpostas: a) Das decisões que ponham termo ao processo; b) Das decisões que suspendam a instância; c) Das decisões que indefiram o incidente processado por apenso; d) Das decisões que indefiram liminarmente ou não ordenem a providência cautelar. 2 – Sobem em separado as apelações não compreendidas no número anterior”.

40 CLT, art. 896, *caput*.

41 O Enunciado n 6 da I Jornada sobre o Código de Processo Civil de 2015, realizada no âmbito do Tribunal do Trabalho da 18ª Região, por exemplo, prevê: “O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no NCP (arts. 133 a 137, 674, § 2, IV, e 794) é incompatível com o processo do trabalho e inaplicável pela aplicação do filtro do art. 769 da CLT. A adoção da teoria menor da desconconsideração pelo Direito do Trabalho torna desnecessária a apuração de culpa ou dolo do sócio. Além disso, a execução trabalhista é processada de ofício, de modo que o incidente é incabível no processo do trabalho, sem prejuízo de que o sócio exerça o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

42 Art. 1.062.

43 Por exemplo, Cleber Lúcio de Almeida, que menciona “o princípio da simplificação das formas e procedimentos” como obstáculo para “a instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo” no processo do trabalho (Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador:

envolve mais do que o conteúdo mínimo e elementar do contraditório. Ela compreende a) ouvir a pessoa atingida pela decisão (art. 135), b) dar-lhe a oportunidade para provar suas alegações (art. 135) e c) decidir (art. 136). Como registrado certa feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos, “the requirement that parties be notified of proceedings affecting their legally protected interests is obviously a vital corollary to one of the most fundamental requisites of due process – the right to be heard”⁴⁴.

A legítima preocupação com a efetividade do processo, especialmente para a satisfação do crédito do trabalhador, não pode ser exacerbada e levada a paroxismos a ponto de comprometer a garantia do devido processo legal. Há de se compatibilizar a eficiência do processo com as garantias dos litigantes, o que se faz com a utilização de medidas de urgência, voltadas a preservar patrimônio ou bens, ressalvado o exercício do direito de defesa *a posteriori*, na forma de contraditório posposto, perfeitamente legítimo e constitucional⁴⁵. É o que propugna, em termos inegavelmente equilibrados, a IN nº 39, quando alude ao art. 301 do CPC. Também o art. 854 do CPC tem pertinência, para apreensão de dinheiro, sempre que houver potencial risco de frustração da medida em caso de prévia intimação⁴⁶.

Se não há risco de ineficácia da medida, todavia, não se começa pela apreensão de bens ou pelo bloqueio de dinheiro. Pense-se no requerimento voltado a responsabilizar empresa multinacional, com sólido patrimônio, ou grande banco, com indiscutível solvência financeira, por meio da chamada desconsideração inversa. Nada impede que se processe o requerimento segundo o disposto no art. 136 do CPC, intimando-se “o sócio ou a pessoa jurídica (...) para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

Juspodivm, 2016. p. 323). Também assim para Carlos Henrique Bezerra Leite: O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC e a sua (in)aplicabilidade no processo do trabalho. In: *O novo CPC e o processo do trabalho* – estudos em homenagem ao Ministro Wlamir Oliveira da Costa. São Paulo: Atlas, 2015. p. 398.

44 *Schroeder v. City of New York* (371 U.S. 208).

45 Referindo-se ao “contraddittorio posticipato”, Corte de Cassação, I Seção Civil, sentença n. 3.799, de 22.11.69 in: SCALERA, Ítalo. *Il procedimento di ingiunzione nella giurisprudenza*. Padova: CEDAM, 1976. p. 23/26. Em termos gerais: COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, n. 4, p. 588; e NASI, Antonio. Contraddittorio. *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1961. IX. p. 726.

46 “Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.”

É difícil conceber que o tempo gasto para processar o incidente possa levar ao esvaziamento do patrimônio da empresa multinacional ou do grande banco.

Afirmada a compatibilidade do incidente de desconsideração com o processo do trabalho, a IN nº 39 sublinha a possibilidade de atuação de ofício do juiz⁴⁷, o que é condizente com o art. 878 da CLT, invocado, aliás, como fundamento para a ideia. Na medida em que pode o juiz instaurar e impulsionar de ofício a execução, é de se admitir que possa também tomar outras medidas para garantir o seu resultado útil. A restrição à instauração de ofício do incidente, pertinente ao processo civil⁴⁸, mas não em termos absolutos⁴⁹, não vigora no processo do trabalho.

A irrecurribilidade imediata da decisão na fase de conhecimento⁵⁰ está em harmonia com o art. 893, § 1º, da CLT. A recorribilidade por agravo de petição na execução é desdobramento do art. 897, alínea *a*, da CLT. A dispensa de garantia do juízo⁵¹, no entanto, não é adequada. A eficácia imediata das decisões no processo do trabalho leva a exigir-se garantia, ante a afirmação de responsabilidade patrimonial do recorrente, contida no pronunciamento agravado. Prevalece, até a sua reforma, a decisão impugnada pelo agravo de petição.

7 – DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A IN nº 39 reconhece a aplicabilidade da chamada distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. Era inexorável o resultado. Imaginar que o art. 818 pudesse impedir a aplicação subsidiária do CPC seria desconsiderar a própria evolução da jurisprudência, que já deixava de lado – e continua a fazer isso – divisão rígida e predefinida, a partir, tão somente, de quem tenha feito a alegação. As Súmulas ns. 212, 338, inciso I, e 443, todas do Tribunal Superior do Trabalho, já mudavam a distribuição tradicional do fardo probatório, algo que continua a ser feito, consoante se infere da Súmula nº 460, editada após a entrada em vigor do CPC⁵². A incorporação da distribuição

47 Art. 6 .

48 NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 571.

49 No âmbito das relações de consumo, por força do disposto no art. 28 da Lei n. 8.078 (“o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando [...]”), é de se admitir também a atuação *ex officio* do juiz. Assim para José Tadeu Neves Xavier: A processualização da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2016, v. 254, p. 172.

50 IN n. 39, art. 6 , § 1 , inciso I.

51 IN n. 39, art. 6 , § 1 , inciso II, *in fine*.

52 “É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.”

dinâmica do ônus da prova ao processo do trabalho contribui para decisão de mérito mais “justa e efetiva”, de acordo com o art. 6º do CPC, anteriormente lembrado. Evita que dificuldades materiais ou circunstanciais na comprovação das alegações se transformem em obstáculos para o “o acesso à justiça”⁵³. Afinal, permitir a alegação, mas impedir a prova do alegado ou exigir, para a tutela do direito, prova impossível ou muito difícil de ser produzida, “é o mesmo que nem permitir alegar – equivale a denegação de justiça”⁵⁴.

A relação entre direito de ação e direito à comprovação das alegações feitas é inapagável. A doutrina não descarta o ponto⁵⁵ e na jurisprudência constitucional comparada é paradigmático o registro feito em pronunciamento da Corte Constitucional italiana em que se lê: “se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita quella tutela”⁵⁶. Como ressalta Jean-Michel Servais, o sucesso das medidas de combate à discriminação no emprego depende, em grande medida, “de la flexibilité du système des preuves judiciaires”⁵⁷.

Antes da aprovação do novo CPC, discutia-se se a disciplina da distribuição dinâmica do ônus da prova envolvia regras de procedimento (de instrução) ou regras de julgamento, o que se tomava por pressuposto para resolver em que momento deveria ocorrer a inversão⁵⁸. O problema estava mal colocado, no entanto. As regras sobre ônus da prova atuam no momento do julgamento, quando, diante da carência de material probatório e sem possibilidade de pronúncia de *non liquet*, indicam como deve ser decidido o litígio. Mas isso nada diz sobre o momento em que deve ser feita a inversão do ônus. Para não surpreender as partes e não as privar de contraditório regular e adequado, a inversão tem de ocorrer antes da instrução⁵⁹. Foi o que estabeleceu, com clareza, o CPC, no

53 MALLET, Estêvão. Acesso à justiça no processo do trabalho. In: *Apontamentos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 18.

54 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994. p. 124.

55 Cf., por exemplo, CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vincenzo. *Fundamental guarantees of the litigants in civil proceedings: Italy* em *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. n. 11. p. 552 e ss.

56 Sentença 53/1966, decisão de 17.05.66.

57 *Droits en synergie sur le travail*, Bruxelles, Bruylant, 1997. p. 121.

58 Veja-se, por exemplo, o debate travado no Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção) no E-REsp 422.778/SP, Rel. Min. João Otávio Noronha, decisão de 29.02.2012, DJe 21.06.2012.

59 No REsp 802.832/MG, decidido pela 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, o assunto teve melhor tratamento. Reconhece-se que a inversão do ônus da prova é “regra de julgamento”, mas que deve ocorrer, do ponto de vista procedimental, antes da instrução e não apenas “quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão)” (decisão de 13.04.2011).

art. 373, § 1º, *in fine*, ao assegurar “à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, diretriz condizente com a proibição de decisão surpresa, na forma do art. 10 do mesmo Código.

Transposta a solução para o processo do trabalho, surge uma peculiaridade importante, ante a concentração dos atos processuais. Como a defesa é apresentada na chamada “audiência de julgamento” do art. 843 da CLT, momento em que o juiz toma contato pela primeira vez com o pedido, é nessa altura que, em tese, se pode inverter o ônus da prova, depois de definida a extensão do contraditório. Sem conhecer os fundamentos da defesa – antes da audiência, portanto –, não há como avaliar se é o caso, ou não, de inversão. Tomada essa decisão na audiência, concebe-se não esteja o reclamado preparado para “se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, tal qual preconizado pelo art. 373, § 1º, do CPC. Pode ter deixado de trazer documentos que se tornaram necessários para alguma prova com a inversão ou, ainda, não ter convidado testemunhas para depor, testemunhas cujo depoimento seria ocioso sem a inversão.

Nem há pensar em que o reclamado deve considerar a hipótese de inversão e trazer todos os documentos de que possa vir a precisar ou mesmo convidar as potenciais testemunhas que poderia ou poderá ter de ouvir. É algo que onera demasiado a parte e, até mesmo, terceiros, como as testemunhas, cujo dever de colaboração com a justiça na apuração dos fatos não deve ser esquecido.

Neste contexto, será impostergável a instrução. Pretender dar-lhe prosseguimento a qualquer preço, em pretensa homenagem ao princípio da duração razoável do processo, é desconsiderar outro princípio, ainda mais relevante, o da ampla defesa. Como bem se escreveu, a propósito do novo Código de Processo Civil: “a celeridade processual não pode ser utilizada no discurso jurídico-processual – dogmático ou judicial – como motivo justificador para que o Estado Judiciário interrompa o devido processo”⁶⁰. E Barbosa Moreira anota, em termos irrespondíveis: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional

60 RAMOS, Glauco Gumerato. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva no CPC de hoje e no de amanhã. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2015, n. 239, p. 430. Em jurisprudência, em termos dignos de atenção: “(...) é vedado ao Juízo, em nome do princípio da celeridade processual, atropelar atos e desprezar o princípio consagrado de direito do *due process of law*. A celeridade pretendida não deve chocar-se com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de se caracterizar cerceamento de defesa, impondo-se a nulidade do feito” (TRT da 3ª Região, 1ª T., RO 8.535/97, Rel. Manuel Cândido Rodrigues, DJMG 05.12.97, p. 8).

venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”⁶¹.

Em rigor, a dificuldade noticiada é o produto do procedimento estabelecido pelo legislador trabalhista, pouco adequado em termos teóricos. Concentrar o exame da petição inicial e o recebimento da defesa no mesmo momento em que se vai realizar a instrução, como decorre do disposto no art. 848, *caput*, da CLT, compromete consideravelmente o exercício do contraditório. Quando não é o reclamado que sofre o prejuízo, o reclamante pode ter de lidar com alegação feita na defesa, que lhe é dada a conhecer apenas na audiência, cujo enfrentamento seja bastante difícil. Pense-se em justa causa aplicada ao empregado, sem indicação precisa do motivo, supondo-se diferentes possíveis imputações. O reclamante, que ainda não conhece a defesa, deve apresentar-se à audiência com quais elementos de prova? Negar possa ele ser surpreendido, impondo-se-lhe sempre o ônus de trazer suas testemunhas, como fazem certos julgados⁶², violenta a garantia de acesso à justiça e o próprio contraditório regular.

O ideal seria, portanto, prever cognição judicial prévia da petição inicial, inclusive para permitir sua emenda ou correção, com fixação de prazo para apresentação de defesa, delimitação do contraditório e definição do ônus probatório, somente após designando-se audiência de instrução. Trata-se, porém, de procedimento novo, incompatível com o direito posto e que exige, para sua implantação, reforma legislativa. O quadro que existe *de lege lata* apenas permite adiar-se a audiência sempre que os atos nela praticados possam comprometer o exercício do contraditório por qualquer das partes.

8 – DECISÃO-SURPRESA

A IN nº 39 reconhece a aplicabilidade dos arts. 9º e 10 do CPC ao processo do trabalho, com a consequente proibição de decisão-surpresa⁶³. Não poderia ser de outra forma. Como se intentou mostrar em texto publicado antes

61 O futuro da Justiça; alguns mitos. In: *Temas de Direito processual* – oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

62 Paradigmático o seguinte acórdão: “Audiência. Adiamento para arrolar testemunha. Impossibilidade. Inspirado no princípio da concentração dos atos processuais em audiência, o art. 845 da CLT determina que as partes comparecerão à audiência acompanhadas das suas testemunhas, apresentando, nessa assentada, as demais provas. Cientes as partes, pela notificação para audiência inaugural, de que deveriam comparecer à audiência acompanhadas das testemunhas, a surpresa com a tese da defesa não justifica a inobservância do referido preceito legal, competindo às partes interessadas na prova testemunhal zelar pelo seu próprio interesse” (TRT da 1ª Região, 3ª T., Proc. RO 10198420105010342, Relª Patricia Pellegrini Baptista da Silva, j. 20.08.2012, DJ 19.09.2012).

63 Art. 4 da IN n 39.

da aprovação do CPC⁶⁴, a proibição de decisão-surpresa é desdobramento da garantia do contraditório – da nova visão sobre o contraditório, que não é mais o mero direito de oposição ao que é pedido, mas compreende a possibilidade de participar ativamente da formação do convencimento do julgador⁶⁵ –, de modo que prescinde de previsão legal expressa. Escreveu-se, na altura, que “fundamentar a decisão em aspecto estranho ao contraditório, seja de direito ou de fato, mesmo no caso de matéria de ordem pública, suscetível de conhecimento de ofício, ainda que não viole o direito ordinário posto, quando não haja regra proibitiva da conduta na legislação comum, inegavelmente desrespeita de modo direto a Constituição, por ofender a tutela conferida ao direito de defesa e a garantia do contraditório”⁶⁶. Em consequência da matriz constitucional da providência, também no processo do trabalho há que observá-la⁶⁷.

De toda forma, a IN nº 39 delimita o conceito de decisão-surpresa, considerando que não se subsume ao conceito aquela que, “à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário”⁶⁸. A ressalva da parte final é irrepreensível. Sempre que o direito posto exige prévia manifestação das partes, como nos casos dos §§ 2º e 7º do art. 1.007 e dos §§ 1º a 4º do art. 938 do CPC, lembrados pela exposição da IN nº 39, a observância do contraditório é ainda mais necessária. De outro lado, se a decisão toma em conta fundamento que as partes tinham a obrigação de prever, caso não o tenham debatido, a omissão não é do juízo, mas das próprias partes. Logo, como foram elas que, pela conduta

64 MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada decisão-surpresa. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2014, n. 233, p. 43/64.

65 Nos termos do que consignou, certa feita, a Corte Constitucional italiana, o contraditório deve ser compreendido como “diritto di partecipare personalmente o a mezzo di difensore alla formazione del convincimento del giudice” (Sentença n. 74, de 1973; decisão de 30.05.1973). Cf. ainda: COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970. n. 24. p. 145/146.

66 MALLET, Estêvão. *Notas sobre o problema da chamada decisão-surpresa, op. cit.*, p. 58/59.

67 Em termos análogos, a exigir, no sistema jurídico português, o direito de audição no procedimento tributário, antes de sua positivação pela Lei Geral Tributária, em decorrência de interpretação conforma à Constituição, cf. a seguinte decisão do Supremo Tribunal Administrativo: “Apesar de só com a entrada em vigor da Lei Geral Tributária, em 01.01.99, se prever o direito de audição dos contribuintes antes da liquidação – art. 60, n. 1, a) da Lei Geral Tributária – não estava o procedimento tributário dispensado de dar execução a tal direito, pelo menos numa das formas compatíveis com uma interpretação conforme a Constituição da República portuguesa que, no seu art. 267, n. 5, exige que o processamento da actividade administrativa assegure a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhes disserem respeito” (STA, 2ª Secção, Proc. 01667/13, Relª Ana Apula Lobo, j. 26.11.2014).

68 Art. 4, § 2.

omissiva adotada, deixaram de discutir o fundamento, não há nulidade, por força do disposto no art. 796, alínea b, da CLT.

Mas é preciso algum cuidado para que a dispensa do contraditório prévio não adquira contornos excessivos, como por vezes se vê, inclusive na jurisprudência portuguesa, judiciária⁶⁹ e administrativa⁷⁰. Nem toda decisão tomada, a partir do exame das condições da ação, dos pressupostos processuais ou dos pressupostos de admissibilidade dos recursos, dispensa contraditório prévio, pois nem sempre está em causa fundamento que as partes têm a obrigação, no sentido próprio do termo, de prever. O tratamento dado à condição da ação pode ser inesperado, inusitado ou inovador. Pode simplesmente envolver convicção pessoal do julgador, não encontrada em precedentes outros. Pode também se fundar em alegação, de fato ou de direito, suscetível de ser contraditada pela outra parte ou por ambas. Considera o julgador, por exemplo, ter havido carência superveniente, pelo desaparecimento do interesse processual, mas pode a parte demonstrar que, mesmo admitido o enquadramento normativo proposto, resta, residualmente e em tese, algum interesse no exame do mérito do litígio⁷¹. O convite à manifestação prévia deve ocorrer, para evitar-se a surpresa que o art.

69 Entender, como consta de acórdão do Tribunal da Relação do Porto, que “o conhecimento oficioso da nulidade consistente em erro na forma de processo não tem de ser precedido da audição das partes” (Trib. da Rel. do Porto, Proc. 1702/04.8TBPNF.P2, Rel. Henrique Araújo, j. 23.11.2010) é claramente excessivo. A argumentação invocada pelo acórdão (“não cremos que o conhecimento oficioso da nulidade consistente em erro na forma de processo tivesse de ser precedida da audição das partes. Essa decisão, correspondendo à imperativa conversão de uma forma processual inadequada na forma legalmente prevista, não incide sobre os elementos da causa nem coarcta ou limita os direitos das partes a uma decisão justa. Pode até dar-se como certo que a forma processual legalmente prevista, agora adoptada, por ser específica para a situação em causa, será a que melhor garante uma solução justa”) nada diz e não considera que a proibição de decisão-surpresa não tem em vista apenas garantir a solução mais justa mas, isso sim, assegurar que as partes possam, no exercício do contraditório, participar na formação do convencimento do julgador. Decisão tomada sem o respeito ao contraditório, ainda que justa, é nula. Sobre a extensão dessa nulidade, cf. MALLETT, Estêvão. *Notas sobre o problema da chamada decisão-surpresa*, op. cit., p. 61/64.

70 Censurável é o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Administrativo que nega a própria essência da proibição de decisão-surpresa: “O princípio do contraditório, na vertente que proíbe a decisão surpresa, não impõe ao tribunal de recurso que, antes de decidir questão proposta pelo recorrente, o alerte para a eventualidade de o fazer com base num quadro normativo distinto do por si invocado, e até então não referido no processo” (STA, 2ª Secção, Proc. 0574/07, Rel. Baeta de Queiroz, j. 23.01.08).

71 O Tribunal Central Administrativo Sul de Portugal, por exemplo, anulou julgado que declarou, sem prévia oitiva das partes, a carência superveniente, pelo pagamento do crédito exequendo, em decisão com a seguinte ementa: “Sob pena de violação do princípio do contraditório, não pode ser proferida decisão de extinção da instância por impossibilidade superveniente da lide nos termos do art. 277, alínea e), do CPC, sem suscitar essa questão de direito junto às partes e notifica-las do ofício do órgão de execução fiscal que informa o pagamento da dívida exequenda, pois estamos perante questão de direito e de facto relativamente às quais a recorrente não teve possibilidade de sobre elas se pronunciar anteriormente” (TCA, Sul, CT – 2 Juízo, Proc. 07817/14, Relª Cristina Flora, j. 16.12.2015).

10 afasta⁷². A linha há de ser – como enuncia o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal – a de que “a dispensa do princípio do contraditório só é permitida em *casos de manifesta desnecessidade*”⁷³.

De toda maneira, a dispensa de aplicação do art. 10 do CPC não implica desnecessidade de observância do regime do art. 317 do mesmo Código. Ainda que ocioso, o contraditório prévio pode ser o caso de vício passível de correção, hipótese em que a extinção unilateral do processo, por falta de pressuposto processual ou condição da ação, ou o não conhecimento do recurso, sem intimação da parte para sua correção, é precipitada. Prevalece a busca de decisão de mérito, sobre cuja importância já se discorreu acima, no item 3 do presente texto.

9 – AÇÃO RESCISÓRIA

Das normas sobre ação rescisória, a IN nº 39 as têm todas por aplicáveis aos litígios trabalhistas. Não há mesmo disciplina específica da medida, a despeito da afirmação, no art. 836 da CLT, de sua compatibilidade com o processo do trabalho. Das várias observações que poderiam ser feitas sobre o tema, considera-se apenas uma, diante da particular direção tomada pela jurisprudência trabalhista. Outras, como a substituição da hipótese de violação de “literal disposição de lei” por violação manifesta de “norma jurídica”, revestem-se de caráter mais geral, e ficam fora do escopo que levou à edição da IN nº 39, a despeito do inegável interesse teórico que ostentam.

O que se pretende questionar envolve o § 2º do art. 966. O dispositivo admite a rescindibilidade de decisão que, “embora não seja de mérito, impeça: I – nova propositura da demanda; ou II – admissibilidade do recurso corres-

72 Nessa linha, na jurisprudência portuguesa, com prévia intimação das partes antes da prolação de decisão sobre ilegitimidade passiva: “Tendo o Tribunal convidado os requerentes de Providência Cautelar de Restituição Provisória de Posse a suprir a ilegitimidade passiva, sob pena de proferir decisão-surpresa, deveria ter dado seguimento ao incidente de intervenção provocada, requerido pelos requerentes cautelares (na boa interpretação daquela decisão), sendo contraditório o despacho ulterior que decreta que nos procedimentos cautelares não são admissíveis incidentes de intervenção de terceiros” (Trib. da Rel. do Porto, Proc. 0652182, Rel. Fonseca Ramos, j. 15.05.06). De igual maneira, em matéria de admissibilidade de recurso, no âmbito do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal: “I – A questão da ‘inadmissibilidade do recurso’, embora vocacionada para ser conhecida pelo relator previamente ao julgamento do recurso, no caso de não o ter sido pode ser conhecida pelo próprio colectivo, no acórdão final, com prévia observância do contraditório; II – Se a questão foi suscitada pela primeira vez em sede de acórdão final, e aí foi decidida no sentido da inadmissibilidade do recurso ‘sem prévia observância do contraditório’, configura-se uma nulidade processual que conduz à anulação do acórdão” (STA, 1ª Secção, Proc. 01311/13, Rel. José Veloso, j. 29.01.2015).

73 STA, 2ª Subsecção do CA, Proc. 0412/11, Relª Fernanda Xavier, j. 28.06.2011 (o itálico é do original).

pondente”. Poderão ser rescindidas decisões do gênero proferidas pela Justiça do Trabalho antes da vigência do CPC?

Por certo, a rescindibilidade rege-se pela legislação vigente ao tempo do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Como anota Pontes de Miranda, “se, no dia em que transitou em julgado, a sentença não era rescindível, não há pensar-se em *lex nova* que a faça rescindível”⁷⁴. Aplicação retroativa de nova hipótese de rescindibilidade implica ofensa à garantia constitucional da coisa julgada, o que pode explicar a redação dada à Sumula nº 413 do Tribunal Superior do Trabalho pela Resolução nº 209/2016⁷⁵.

O que se afirmou não resolve, todavia, o problema da aplicação no tempo do art. 966, § 2º, do CPC. A previsão não é verdadeiramente inovadora. Não há, em termos estritos, nova hipótese de rescisão. Há, apenas, explicitação de hipótese latente no sistema anterior, mas nem sempre bem compreendida pela doutrina e pela jurisprudência, apegadas à literalidade da referência, no art. 485, *caput*, do antigo CPC, a “sentença de mérito”⁷⁶. O legislador partira, no texto anterior, da suposição de que, não sendo de mérito o julgamento, faltaria interesse para o ajuizamento de ação rescisória, diante da possibilidade de re-propositura do processo extinto, consoante o art. 268, também do antigo CPC. O raciocínio é falho em diversos pontos, no entanto.

Em primeiro lugar, a mera literalidade da norma nunca é decisiva, reconhecidas as evidentes limitações do método gramatical de interpretação⁷⁷.

74 *Tratado da ação rescisória*. Forense: Rio de Janeiro, 1976. § 17, n. 10, p. 188.

75 “É incabível ação rescisória, por violação do art. 896, *a*, da CLT, contra decisão transitada em julgado sob a égide do CPC de 1973 que não conhece de recurso de revista, com base em divergência jurisprudencial, pois não se cuidava de sentença de mérito (art. 485 do CPC de 1973).”

76 Representativo desse pensamento é o texto de RIZZLI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979. n. 9. p. 29-30.

77 Vem bem a calhar a citação de pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, em *United States v. American Trucking Ass'ns*, de 1940, ao expor o risco de dar às palavras peso decisivo na definição do sentido da norma: “There is, of course, no more persuasive evidence of the purpose of a statute than the words by which the legislature undertook to give expression to its wishes. Often these words are sufficient in and of themselves to determine the purpose of the legislation. In such cases we have followed their plain meaning. When that meaning has led to absurd or futile results, however, this Court has looked beyond the words to the purpose of the act. Frequently, however, even when the plain meaning did not produce absurd results but merely an unreasonable one ‘plainly at variance with the policy of the legislation as a whole’ this Court has followed that purpose, rather than the literal words” (310 U.S. 534). Também em *Helvering v. Morgan's Inc.*, de 1934, a Corte sublinhou a mesma proposição, aduzindo, em matéria tributária: “(...) the true meaning of a single section of a statute in a setting as complex as that of the revenue acts, however precise its language, cannot be ascertained if it be considered apart from related sections, or if the mind be isolated from the history of the income tax legislation of which it is an integral part” (293 U.S. 121). Mais recentemente, sempre na mesma trilha: “(...) the text, taken alone, cannot provide a conclusive answer to our interpretive question” (*Kasten V. Saint-Gobain Performance Plastics Corp.*, 563 U.S. 2011).

Aliás, o preceito referia-se a “sentença” apenas, e ninguém pôs em dúvida o cabimento de rescisória contra acórdão.

Em segundo lugar, o art. 268 não permitia qualquer repositura, mas, apenas, aquela decorrente de novas circunstâncias.

Em terceiro lugar, há efeitos permanentes da decisão terminativa, como condenação em honorários ou em custas. Se esses efeitos envolvem ofensa à lei ou outro vício considerado grave pelo legislador, inexistente – e inexistia antes – razão para tornar não rescindível a decisão que os produz.

Por fim, algumas decisões que não são de mérito fazem transitar materialmente em julgado decisões de mérito. É o caso de julgado que nega conhecimento a recurso interposto contra decisão que acolheu ou rejeitou o pedido. Dizê-lo não rescindível convalida erro de julgamento que o legislador preferiu considerar reparável.

Por tudo isso, já se esboçava, antes do novo CPC, a tendência de admitir rescisória para impugnar, em certos casos, decisão que não era de mérito, em doutrina⁷⁸ e em jurisprudência. Um bom exemplo encontra-se em aresto com a seguinte ementa: “A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar ‘sentença de mérito’, o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a ‘sentença definitiva’, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito”⁷⁹.

Com o art. 966, § 2º, toda a dificuldade, antes suscitada pelo direito posto, desaparece. E, sob a perspectiva de que não se está diante de hipótese de rescisão não admitida pelo direito antecedente, o correto é aceitar a possibilidade de desconstituição também de decisões proferidas enquanto ainda não estava em vigor o novo CPC.

10 – SUPERACÃO PARCIAL DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Na exposição de motivos da IN nº 39, chama-se a atenção para o fato de que “a aprovação da Instrução Normativa, tal como proposta, acarretará impacto substancial ou de atualização formal em dezenas de súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho”. É muito correta e pertinente a advertência. Vários exemplos podem ser mencionados.

78 YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro. São Paulo, s. e. p. (tese), 2004, n. 51, p. 158 e ss.

79 STJ, 2ª T., REsp 1.217.321/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.10.2012, DJe 18.03.2013.

A impossibilidade de regularização da representação processual na fase recursal, enunciada pelas Súmulas ns. 164 e 383, deixa de ter lugar com o reconhecimento de aplicação, ao processo do trabalho, dos arts. 76, §§ 1º e 2º⁸⁰, e 938, §§ 1º a 4º⁸¹, bem como do parágrafo único do 932⁸². Por isso, não tardou para que o Tribunal Superior do Trabalho cancelasse o primeiro verbete e conferisse nova redação ao último, para admitir, no final de junho do corrente ano, a regularização da representação processual na fase recursal, seja por iniciativa da parte, seja por meio de provocação do juízo⁸³. A solução estende-se às hipóteses contempladas nos itens II e IV da Súmula nº 395 e das Orientações Jurisprudenciais ns. 110⁸⁴ e 349⁸⁵ da Subsecção 1 de Dissídios Individuais.

Com as tutelas provisórias, aplicáveis ao processo do trabalho, consoante a IN nº 39⁸⁶, não há mais espaço para ações cautelares. Logo, a Súmula nº 414, inciso I, e as Orientações Jurisprudenciais ns. 76 e 131 da Subsecção 2 de Dissídios Individuais estão em dissonância com o novo CPC. A referência à ação cautelar tem de ser relativizada. É suficiente pedido de tutela⁸⁷, sem as formalidades próprias de uma petição inicial. Bastam os elementos mínimos para a sua adequada apreciação, sem prejuízo de eventual correção ou comple-

80 IN n 39, art. 3 , inciso I.

81 IN n 39, art. 10.

82 IN n 39, art. 10.

83 Passa a Súmula n 383 a ter a seguinte redação: “I – É inadmissível recurso firmado por advogado sem procuração juntada aos autos até o momento da sua interposição, salvo mandato tácito. Em caráter excepcional (art. 104 do CPC de 2015), admite-se que o advogado, independentemente de intimação, exiba a procuração no prazo de 5 (cinco) dias após a interposição do recurso, prorrogável por igual período mediante despacho do juiz. Caso não a exiba, considera-se ineficaz o ato praticado e não se conhece do recurso. II – Verificada a irregularidade de representação da parte em fase recursal, em procuração ou substabelecimento já constante dos autos, o relator ou o órgão competente para julgamento do recurso designará prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o relator não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente, ou determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2 , do CPC de 2015)”. Já a Súmula n 164 é expressamente cancelada pela mesma Resolução n 210/2016. Chega-se, assim, à solução que há tanto tempo já vigorava no direito português, por conta do art. 40 do anterior Código de Processo, de teor seguinte: “1. A falta de procuração e a sua insuficiência ou irregularidade podem, em qualquer altura, ser arguidas pela parte contrária e suscitadas oficiosamente pelo tribunal. 2. O juiz fixa o prazo dentro do qual deve ser suprida a falta ou corrigido o vício e ratificado o processado (...)”.

84 “A existência de instrumento de mandato apenas nos autos de agravo de instrumento, ainda que em apenso, não legitima a atuação de advogado nos processos de que se originou o agravo.”

85 “A juntada de nova procuração aos autos, sem ressalva de poderes conferidos ao antigo patrono, implica revogação tácita do mandato anterior.”

86 Art. 3 , inciso VI.

87 Como consta, aliás, na Súmula n 405, com a redação que lhe foi dada pela Resolução n 208/2016: “Em face do que dispõem a MP n 1.984-22/00 e o art. 969 do CPC de 2015, é cabível o pedido de tutela provisória formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda”.

mentação. Eis mais uma hipótese em que o erro de forma não impede a tutela do direito, aplicando-se plenamente o disposto no art. 317 do CPC.

A regra do art. 968, § 6º, ao prever o encaminhamento da rescisória ao juízo competente para o seu julgamento, quando proposta perante Tribunal incompetente – nem sempre é fácil definir o juízo competente, especialmente nos casos de recurso da natureza extraordinária, em que a distinção entre admissibilidade e mérito não se faz com facilidade, muito menos pela jurisprudência⁸⁸ –, prejudica a Orientação Jurisprudencial nº 70⁸⁹ da Subsecção 2 de Dissídios Individuais⁹⁰, que pouco se amolda ao disposto no já citado art. 317 do CPC.

O art. 1.034 confere nova amplitude ao efeito devolutivo nos recursos de natureza extraordinária, temperando o sentido da célebre Súmula nº 126, ao dispor: “Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”. Aplicado o preceito na sua devida extensão, desaparece a necessidade de interposição de recurso de revista condicionado, para devolução, ao Tribunal Superior do Trabalho, de fundamento do pedido ou da defesa não abrangido pelo recurso. A medida, antes propugnada pela doutrina nacional⁹¹ e estrangeira⁹², agora perde sentido.

88 Veja-se o que José Carlos Barbosa Moreira escreve em que significa “não conhecer” de um recurso. In: *Temas de direito processual* – sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 125 e ss.

89 “A existência de instrumento de mandato apenas nos autos de agravo de instrumento, ainda que em apenso, não legitima a atuação de advogado nos processos de que se originou o agravo.”

90 “O manifesto equívoco da parte em ajuizar ação rescisória no TST para desconstituir julgado proferido pelo TRT, ou vice-versa, implica a extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial.”

91 MALLET, Estêvão. *Do recurso de revista no processo do trabalho*, op. cit., p. 156 e ss.

92 SATTA, Salvatore. Corte di Cassazione. In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1962. v. X. p. 818-819. Contra, todavia, sob o argumento de que a parte vencedora em segundo grau “non ha l’onere di riproporre le domande e le eccezioni non accolte o non esaminate dal giudice d’appello, poiché l’eventuale accoglimento del ricorso principale comporta la possibilità che dette domande o eccezioni vengano riesaminate in sede di giudizio di rinvio” (*Corte de Cassazione, Sez. 5, Sentenza n. 27157*, de 16.12.2011. Disponível em: <<http://www.foroeuropeo.it/home/materie/civile-procedura/276-impugnazioni-ricorso-per-cassazione-ricorso-incidentale-condizionato>>. Acesso em: 24 jul. 2016). O argumento, como facilmente se percebe, não se aplica ao sistema jurídico brasileiro, no qual os recursos de natureza extraordinária não se revestem de natureza de cassação e não existe o juízo de reenvio. Ademais, a matéria continua a ser controvertida no direito italiano. Para mais ampla exposição, com indicação de vários precedentes da Corte de Cassação italiana sobre o assunto, cf.: RUSCIANO, Silvia. *Il procedimento di cassazione: attività delle parti e poteri della Corte*, tese (s. e. p.), especialmente a partir de p. 103 e seguintes. Disponível em: <<http://www.fedoa.unina.it/919/1/Rusciano.Dir.Process..pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

DOCTRINA

Com a ampliação da devolução produzida pelo recurso de natureza extraordinária, o Tribunal *ad quem*, conhecida a revista, aplica o direito à espécie, com exame de todos os fundamentos suscitados, assim para o acolhimento como para a rejeição do pedido⁹³, na linha da Súmula nº 393, inciso I, do Tribunal Superior do Trabalho. Terá de fazê-lo até com exame de fatos e provas, se necessário, para a solução da controvérsia, o que nada tem de incompatível com a especial função de tal recurso ou com a cognição dos Tribunais de superposição. Por exemplo, provido o recurso de revista e afastado o enquadramento do trabalhador em função de confiança (art. 62, II, da CLT), o Tribunal deve prosseguir no julgamento, para estabelecer a quantidade de horas extras. Evita-se a devolução da causa a outro juízo e ganha-se tempo na definição da controvérsia. Se, porém, a causa não estiver madura, por não se terem produzido provas – o que deve ocorrer com menos frequência em causa que haja chegado ao terceiro grau de jurisdição –, a devolução será inexorável.

Talvez o maior obstáculo para essa nova orientação seja o grande volume de processos, especialmente no Tribunal Superior do Trabalho, no qual cada recurso, não poucas vezes, veicula vários pedidos diferentes, com pluralidade de causas de pedir ou de defesa. E, para retomar o exemplo do pedido de horas extras, pense-se na defesa que invoca as teses da não prestação de serviço extraordinário, do exercício de função de confiança e do exercício de atividade externa, incompatível com o controle de horário.

11 – CONCLUSÃO

Em síntese, a despeito de algumas críticas feitas ao Tribunal Superior do Trabalho por haver editado a IN nº 39, críticas em grande medida exageradas, certo é que se trata de providência que favorece a segurança jurídica, sem comprometer, de nenhuma forma, a sagrada liberdade de convencimento de cada julgador, a qual permanece – como tinha mesmo de ser – devidamente salvaguardada. De qualquer sorte, as soluções propostas pela IN nº 39 são quase todas corretas e equilibradas, refletindo a melhor alternativa para a compatibilização do CPC com o processo do trabalho. Por fim, a IN nº 39 não esgota os temas da compatibilidade e da aplicação da legislação processual civil ao processo do trabalho. Ficam ainda por decidir e resolver vários pontos, para cujo enfrentamento terão muito a dizer a reflexão da doutrina e a sedimentação da jurisprudência.

93 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo CPC*, op. cit., p. 1.504.