

**A APLICABILIDADE DO NOVO CPC SEGUNDO A INSTRUÇÃO NORMATIVA
N. 39/16 DO TST***

***THE SUITABILITY OF THE NEW CPC ACCORDING TO TST NORMATIVE
INSTRUCTION 39/16***

Jorge Luiz Souto Maior**

RESUMO

O texto trata da inaplicabilidade do novo CPC no processo do trabalho, tecendo considerações críticas à Instrução Normativa n. 39 do TST por ter esta diminuído a relevância própria do processo do trabalho, deixando de lado a necessidade, urgente, de se compreender o alcance das normas processuais trabalhistas, notadamente a do art. 765 da CLT. A IN abre as portas para a aplicação do novo CPC no processo do trabalho com o nítido propósito de limitar os poderes do juiz de primeiro grau e mantê-lo sob controle. Além disso, não apresenta um critério sólido a ser seguido para que se proceda à transposição de normas do novo CPC para o processo do trabalho, favorecendo o advento de maiores complicações no cotidiano das Varas do Trabalho, sendo que, ainda, deixa de explorar o que poderia ser de fato mais inovador no novo CPC.

Palavras-chave: Processo do trabalho. Teoria geral do processo do trabalho. Novo CPC. IN n. 39 do TST. Subsidiariedade.

Diante do advento do novo CPC, e após estudar, detidamente, seus 1.072 artigos, repletos de incisos, parágrafos e letras, tenho sustentado a inaplicabilidade do novo CPC ao processo do trabalho como regra, diante da previsão contida no art. 769 da CLT, que não teria sido revogado pelo artigo 15 do CPC.

Venho apontando, também, as enormes contradições e retrocessos do novo CPC, que, se ser humano fosse, sofreria de esquizofrenia, razão pela qual embrenhar-se nesse diploma legislativo corresponderia a atrair para si todos os problemas que carrega.

Disse, ainda, que querer trazer para o processo do trabalho alguns dispositivos específicos do novo CPC, por se sentir obrigado a isso a partir de uma demonstração de respeito a uma atitude ponderada, representaria abrir a porta para a entrada de vários outros dispositivos extremamente complexos para a dinâmica do processo do trabalho, porta essa que, na sequência, precisaria ser fechada para alguns outros dispositivos, sem muita segurança quanto à eficácia dos critérios, ou, pior, realizar um exercício de mantê-la aberta para entrada de dispositivos do novo CPC que, ao passarem pela porta, seriam reinterpretados e aplicados no processo do trabalho de forma peculiar, em atitude tipicamente arbitrária.

* Artigo recebido em 25/4/2016 e aceito em 16/10/2016.

**Professor da Faculdade de Direito da USP. Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP.

De fato, essa confusão toda se dá pelo não reconhecimento de uma obviedade: a incompatibilidade do novo CPC com o processo do trabalho, já que ambos se pautam por lógicas totalmente distintas.

Mas não, chegar a essa conclusão é muito radical, disseram alguns. Na lógica do argumento “ponderado”, se o novo CPC existe, deve-se acatar a aplicação do CPC no processo do trabalho.

A pergunta que ficou no ar foi a que fiz em outro texto: mas, afinal, “quantos artigos do novo CPC precisam ser admitidos como aplicáveis no processo do trabalho para que se afaste a pecha de radical?”

Ora, como já era possível perceber desde os primeiros debates sobre o tema, “os autores, todos eles, impõem restrições à aplicação do novo CPC, em diversos assuntos, mas não guardam uma identidade plena quanto a quantos e quais artigos do novo CPC se aplicam ao processo do trabalho”. Assim, de fato, nunca houve o suposto “ponto ideal da ponderação”.

Pois muito bem, o resultado da admissão da aplicação do CPC ao processo do trabalho como pressuposto inevitável foi o advento da IN n. 39/16 do TST, que traz consigo, como se verá, todos os problemas preconizados.

Na exposição de motivos da Comissão que elaborou a IN, é possível verificar a contradição entre a vontade de manter a lógica do processo do trabalho, preservando a aplicabilidade dos artigos 769 e 899 da CL T, e a suposta necessidade de admitir a aplicação do novo CPC no processo do trabalho, já que, mesmo tentando preservar o processo do trabalho, restou reconhecido que o novo CPC vai gerar “profundos impactos” no processo do trabalho.

Ora, se o artigo 769 da CL T é uma regra de proteção do processo do trabalho frente às tentativas de intervenções indevidas do processo civil e se este artigo tem sua autoridade preservada, então não é possível que, com a incidência desse dispositivo, se chegue a uma situação de profundas ingerências do processo civil no processo do trabalho.

Pensando a questão pontualmente, há de reconhecer um grande esforço da Comissão, como dito, em preservar o procedimento trabalhista, notadamente quando, no artigo 2º, afirma a não aplicabilidade no processo do trabalho de algumas normas, que, efetivamente, contrariam a lógica procedimental trabalhista: I - art. 63 (modificação da competência territorial e eleição de foro); II - art. 190 e parágrafo único (negociação processual); III - art. 219 (contagem de prazos em dias úteis); IV - art. 334 (audiência de conciliação ou de mediação); V - art. 335 (prazo para contestação); VI - art. 362, III (adiamento da audiência em razão de atraso injustificado superior a 30 minutos); VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes); VIII - arts. 921, §§ 4º e 5º, e 924, V - (prescrição intercorrente); IX - art. 942 e parágrafos (prosseguimento de julgamento não unânime de apelação); X - art. 944 (notas taquigráficas para substituir acórdão); XI - art. 1.010, § 3º (desnecessidade de o juízo *a quo* exercer controle de admissibilidade na apelação); XII - arts. 1.043 e 1.044 (embargos de divergência); XIII - art. 1.070 (prazo para interposição de agravo).

Também no que tange às normas que considera aplicáveis, essa preocupação aparece quando, no art. 3º, busca a aplicação de dispositivos, separando incisos e parágrafos de artigos, que complementam e até corrigem

algumas práticas trabalhistas como se dá com: I - art. 76, §§ 1º e 2º (saneamento de incapacidade processual ou de irregularidade de representação); III - art. 139, exceto a parte final do inciso V (poderes, deveres e responsabilidades do juiz); IV - art. 292, V (valor pretendido na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral); V - art. 292, § 3º (correção de ofício do valor da causa); VI - arts. 294 a 311 (tutela provisória); VII - art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova); VIII - art. 485, § 7º (juízo de retratação no recurso ordinário); X - art. 496 e parágrafos (remessa necessária); XI - arts. 497 a 501 (tutela específica); XII - arts. 536 a 538 (cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa); XIII - arts. 789 a 796 (responsabilidade patrimonial); XIV - art. 805 e parágrafo único (obrigação de o executado indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos para promover a execução); XV - art. 833, incisos e parágrafos (bens impenhoráveis); XVI - art. 835, incisos e §§ 1º e 2º (ordem preferencial de penhora); XVII - art. 836, §§ 1º e 2º (procedimento quando não encontrados bens penhoráveis); XVIII - art. 841, §§ 1º e 2º (intimação da penhora); XIX - art. 854 e parágrafos (BacenJUD); XXII - art. 918 e parágrafo único (rejeição liminar dos embargos à execução); XXIV - art. 940 (vista regimental); XXVIII - arts. 1.013 a 1.014 (efeito devolutivo do recurso ordinário - força maior); XXIX - art. 1.021 (salvo quanto ao prazo do agravo interno).

Mas, ao não especificar, em cada caso, o critério adotado, também no mesmo art. 3º, faz referência à aplicabilidade de normas que podem complicar sobremaneira a efetividade do processo do trabalho: II - art. 138 e parágrafos (*amicus curiae*); IX - art. 489 (fundamentação da sentença); XX - art. 895 (pagamento parcelado do lance); XXI - art. 916 e parágrafos (parcelamento do crédito exequendo); XXIII - arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais); XXV - art. 947 e parágrafos (incidente de assunção de competência); XXVI - arts. 966 a 975 (ação rescisória); XXVII - arts. 988 a 993 (reclamação).

O fato é que a IN resistiu em questões de somenos importância e cedeu nos aspectos mais relevantes, reivindicados pela racionalidade econômica, norteadora do novo CPC, destacando-se a intenção de limitar os poderes do juiz de primeiro grau, notadamente no que se refere à sua função criadora do direito.

Ao me deparar com o advento da Resolução, antes mesmo de fazer essa leitura mais detida, fui de cara verificar se estariam admitidos como aplicáveis os dispositivos que tratam da “desconsideração da personalidade jurídica”; da “fundamentação exauriente” da sentença (art. 489); da transformação do Judiciário em órgão de cúpula: “incidente de assunção de competência”; “arguição de inconstitucionalidade”; “incidente de resolução de demandas repetitivas”, “Reclamação” e do acatamento da lógica da disciplina judiciária, direta ou indiretamente incentivada: arts. 332, I; 489, VI; 927; 932; 947; 966; 976 a 987; 988 a 993.

Excetuando-se a questão pertinente à arguição de inconstitucionalidade, que a Resolução não diz se é aplicável ou não, todos os demais institutos referidos estão acatados na IN como aplicáveis no processo do trabalho.

Esses dispositivos, que têm o nítido propósito de diminuir o poder do juiz, se aliam à Lei n. 13.015/14, que prevê a possibilidade de interposição de embargos no TST quando as decisões das Turmas forem “[...] contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante

do Supremo Tribunal Federal”; que permite o recurso de revista (mesmo no sumaríssimo) quando as decisões “[...] contrariarem súmula de jurisprudência uniforme [...]” do TST ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; obriga os Tribunais Regionais do Trabalho a procederem à uniformização de sua jurisprudência, cumprindo-lhes aplicar o incidente de uniformização de jurisprudência; autoriza a interposição de agravo de instrumento para “[...] destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no § 7º deste artigo”; adota o procedimento para julgamento de recursos repetitivos, que, instaurado, ensejará a suspensão, também nos regionais, de todos “[...] os recursos interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho [...]”, sendo que, “[...] Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou II - serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria”; e estabelece que, no caso de revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos, o que será possível “[...] quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica [...]”, dispõe a lei que deverá ser “[...] respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior , podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.”

Fui ver, também, se estariam relacionados como aplicáveis os artigos 1º; 4º; 5º; 6º; 67 a 69; 77, I a V; 79; 80; 81; 98, § 4º; 99; 99, § 4º; 139, III, IV, VI e VIII; 142; 156, § 1º; 191; 202; 292, § 3º; 293; 300; 311; 370; 372; 373, § 1º; 375; 378; 385; 406; 481; 487, III, b; 497 a 501; 503; 517; 520; 521, I, II, III e IV; 523, § 1º; 534; 535, § 3º, VI; 536; 537; 674 a 681; 794; 794, § 1º; 795, § 2º; 829; 833, § 2º, que poderiam, como apontado em outro texto¹, trazer algum benefício ao processo do trabalho.

No entanto, apenas os artigos destacados foram, digamos assim, contemplados.

É fácil constatar, portanto, colocando as diversas normas na balança, que, ao se cumprir a “obrigação” de trazer normas do novo CPC para o processo do trabalho, o efeito foi o de complicar e, conseqüentemente, danificar o processo do trabalho, dificultando a vida de quem atua na Justiça do Trabalho e tornando mais árdua a tarefa de fazer valer, em concreto, o Direito do Trabalho.

Mesmo os mais otimistas não poderão deixar de reconhecer que, no mínimo, atuar na Justiça do Trabalho ficará bem mais complexo, porque há muito se deixou de lado o estudo do processo do trabalho e agora, sem o necessário reforço dessa base teórica, o processo do trabalho será entrecortado por normas do CPC, que foram, inclusive, extraídas de contexto.

¹ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231714,31047-Novo+CPC+no+processo+do+trabalho+como+nao+aplicar+aplicando>>. Acesso em: 22 abril 2016.

O profissional trabalhista, sem entender bem a lógica do processo do trabalho, vai ter que estudar os 1.072 artigos do novo CPC e depois terá que tentar entender a IN n. 39/16 do TST, tudo acompanhado da leitura de inúmeros textos, com diversos entendimentos, e realização de cursos etc., bem ao estilo da lógica do estímulo à economia de mercado...

É interessante perceber que a IN do TST, apesar de se propor a isso, não elimina os problemas da aplicação do novo CPC no processo do trabalho e, na verdade, cria vários complicadores. Primeiro, ela não é exaustiva, deixando em aberto muitos aspectos. Segundo, diz que são aplicados ou não aplicados artigos isolados, extraídos de seu contexto, chegando mesmo a fatiar alguns deles, que seriam, assim, aplicáveis pela metade. E, terceiro, chega ao ponto de dizer como alguns dispositivos devem ser interpretados, “adaptando” o seu sentido ao processo do trabalho.

E há certa ilusão em tudo isso, pois, se o juiz pode interpretar a lei e se sua obediência diz respeito apenas às leis e à Constituição, poderá interpretar a Resolução, ela própria, ou mesmo rejeitá-la, caso entenda que contraria sua compreensão jurídica e que fere a Constituição, lembrando que a independência do juiz é um preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, essencial à efetividade dos Direitos Humanos.

Vejamos, por exemplo, o que se dá com o tal instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que é, notoriamente, incompatível com o processo do trabalho, mas que a Resolução diz que deve ser aplicado.

Primeiro, cumpre destacar a contradição da Resolução, que preserva a vigência do art. 769 da CLT, reconhecendo, pois, que só se aplicam no processo do trabalho normas do CPC em virtude de omissão da CLT e havendo compatibilidade da norma do CPC que se pretenda aplicar, mas não diz como os arts. 133 a 137 do CPC seriam compatíveis com o processo do trabalho. Diz que se aplicam e pronto, mas essa é uma decisão não fundamentada, que fere o próprio espírito do novo CPC e afronta a previsão expressa do art. 769 da CLT.

Assim, pelos próprios fundamentos adotados pela Resolução, impõe-se a rejeição da aplicação dos arts. 133 a 137 do CPC.

Não bastasse isso, é importante perceber a total incompatibilidade dos artigos em questão com o processo do trabalho, ainda que, na mente dos elaboradores do novo CPC, o instituto tenha sido pensado exatamente para conter a atuação dos juízes do trabalho, dentro da perspectiva exclusiva de proteger os interesses de seus clientes.

Ora, o processo do trabalho é oral e se desenvolve em atos praticados em audiência, visando à simplicidade, celeridade e efetividade, para a melhor e mais eficaz aplicação do direito material ao qual está voltado, o Direito do Trabalho. O alvo principal do processo do trabalho é, portanto, satisfazer o interesse do trabalhador que tenha razão, procurando, com isso, eliminar toda situação de desigualdade com relação ao empregador, que dificulte a consecução desse objetivo. O processo do trabalho, por conseguinte, caminha na direção da eliminação de empecilhos processuais que apenas servem para reforçar a desigualdade material e para criar obstáculos à satisfação do interesse dos trabalhadores.

Dentro desse contexto, todo procedimento do processo civil que importa concessão de prazos, dilação probatória específica e prolongamento da lide é incompatível com o processo do trabalho. Lembre-se, ademais, de que todos os

reclamados na Justiça do Trabalho são pessoas jurídicas e uma grande parte das reclamações só se efetiva por meio da execução dos bens dos sócios.

Não se tendo a certeza de que a pessoa jurídica terá condições financeiras satisfatórias no futuro, uma exigência de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, para que se pudesse atingir os bens dos sócios, faria com que o incidente se tornasse a regra da atuação processual e não a exceção, eliminando, por conseguinte, a previsão procedimental contida na CL T e inviabilizando, por completo, os seus princípios básicos da simplicidade, da celeridade e da efetividade.

Imagine-se a situação de, em praticamente todas as reclamações, as audiências serem suspensas para notificação dos sócios, apresentação de defesas e produção de provas, com a intercorrência da devolução das notificações e com o complicador de os sócios residirem em outras comarcas e até serem outras empresas com seus próprios sócios, quando não forem fundos de participação ou empresas com sede no estrangeiro e *off shores*. Enquanto isso, o trabalhador que não recebeu verbas rescisórias de natureza alimentar fica esperando a definição desse autêntico *show* de horrores, que tende a se eternizar nas mãos de advogados habilidosos.

Bom, alguém dirá, isso é necessário para evitar penhoras surpresas e indevidas nas contas de sócios! Ora, entre correr o risco desse problema eventualmente existir e praticamente eliminar a efetividade do processo do trabalho, debitando mais um enorme prejuízo na conta dos trabalhadores, é evidente que a solução só pode ser aquela que preserva a dignidade da prestação jurisdicional trabalhista, respeitando-se a sua previsão procedimental, até porque, convenhamos, a penhora de bens dos sócios só se faz necessária quando a pessoa jurídica, contrariando a lei, não detém patrimônio correspondente ao capital integralizado ou quando esse capital é totalmente incompatível com os negócios jurídicos que realiza, como se dá, por exemplo, com empresas de prestação de serviços que possuem mais de 100 empregados e têm um capital integralizado de R\$ 10.000,00.

Adite-se que, como o incidente pode ser pedido pela parte, autor ou réu, não é difícil prever que grandes escritórios de advocacia, atuando para grandes empresas, com relação às quais a penhora dos bens de sócios é desnecessária, pedirão a instauração do procedimento apenas para tumultuar a lide.

Claro que, com o fundamento da inutilidade, uma vez que ainda vige o princípio da instrumentalidade das formas, o juiz pode recusar a instauração do procedimento. Além disso, muitos dirão, escritórios sérios, atuando para empresas sérias, não se utilizarão de tal subterfúgio.

Sim, é verdade, mas disso resulta apenas a constatação de que o incidente só interessa e só poderá ser utilizado por quem deseja fraudar a lei e obstar a efetividade processual, não sendo instrumento, portanto, que serve para garantir o devido processo legal e sim para contrariar a sua própria lógica.

O incidente de desconconsideração da personalidade é incompatível com os fundamentos do processo e mais ainda com os princípios e objetivos do processo do trabalho.

É interessante que a própria IN do TST reconhece isso e tenta aplicar o instituto do novo CPC, sem aplicá-lo efetivamente. Ora, a IN diz que o juiz poderá tomar a iniciativa do procedimento na fase de execução (art. 6º), enquanto que o art. 133 do NCPC diz que, mesmo na fase de cumprimento da sentença e na

execução de título extrajudicial, essa iniciativa é exclusivamente da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

A IN tenta, por óbvio, evitar que o incidente se torne uma regra na fase de conhecimento, para não desvirtuar o procedimento trabalhista, transferindo a discussão para a fase de execução, mas o que está pressuposto nesta sua preocupação é exatamente a incompatibilidade do instituto com o processo do trabalho, que não teve a coragem, sabe-se lá por que, de pronunciar .

Além disso, a IN não enfrenta a questão de fundo trazida no instituto do novo CPC que é a limitação da desconsideração em conformidade com os “pressupostos previstos em lei” (§ 1º do art. 133). O que quis o legislador foi vincular a declaração de desconsideração às previsões do Código Civil, de modo a evitar a atuação dos juízes do trabalho que buscam os bens dos sócios para além desses limites, apoiados nas previsões específicas da CL T, artigos 2º, 3º, 10, 448, e nas disposições do Código de Defesa do Consumidor .

A IN deixa a entender que esses limites não precisam ser respeitados, mas também não diz isso, expressamente.

Na sequência ainda tenta adaptar o procedimento, dizendo que não cabe recurso da decisão tomada a respeito na fase de conhecimento, ao mesmo tempo em que, sem qualquer respaldo legal, abre exceção à interposição de agravo de petição sem garantia do juízo e inclui uma nova hipótese de cabimento de agravo interno, ambos para rediscussão das decisões da desconsideração.

Por fim, a IN confere aos juízes do trabalho a saída para não se verem amarrados pelo incidente, alertando que podem se utilizar do poder de concederem tutela de urgência de natureza cautelar , conforme previsto no art. 301 do CPC (§ 2º do art. 6º da IN). Isso quer dizer que, embora a sistemática criada pela IN preveja que o juiz está, por ato de ofício, obrigado a instaurar o incidente, poderá buscar os bens dos sócios antes mesmo de iniciar o incidente, caso considere que a notificação dos sócios prejudique a efetividade do processo.

Como já adiantado no texto acima referido:

[...] a existência de um incidente para a desconsideração da personalidade jurídica não impede que o juiz determine o bloqueio de bens da pessoa natural indicada como responsável antes de instaurado o procedimento específico caso entenda que a medida, adotada como acautelatória (art. 300, § 2º), sirva aos objetivos maiores da efetividade da prestação jurisdicional e da duração razoável do processo, até porque ninguém pode arguir em seu favor a ineficácia ou mesmo a perda da própria razão de ser do Poder Judiciário (art. 303). Aliás, interessante perceber que mesmo as tentativas de “calar” o juiz, trazidas no novo CPC, são superadas, nas contradições do Código, por sua alusão ao respeito à Constituição, a qual consagrou a prevalência dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito, que têm como base a independência do juiz. Neste sentido, a aplicação do novo CPC possibilita um efeito concreto de não aplicação do novo CPC na parte em que se possa pretender uma retração da força jurisdicional. ²

² Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231714,31047-Novo+CPC+no+processo+do+trabalho+como+nao+aplicar+aplicando>>. Acesso em: 22 abril 2016.

Ou seja, a IN parte do pressuposto da incompatibilidade com o processo do trabalho do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, tal como regulado no novo CPC, mas, para não dizer isso expressamente, houve por bem adotar a tática do não aplicar , aplicando...

Com relação ao artigo 489, a mesma situação se repete.

Dispõe o artigo 489 do CPC que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que con terá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

E o que diz a IN do TST? Dispõe que:

Art. 15 O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I - por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas:

- a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CIJ, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º);
- b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

II - para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

III - não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

IV - o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

V - decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

VI - é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

Ora, era muito mais fácil ter dito que as sentenças dos juízes do trabalho devem seguir o princípio constitucional da fundamentação e os pressupostos formais, conteúdo e alcance fixados no art. 832 da CLT, deixando de lado, do lado de fora, o art. 489 do CPC. Afinal, a Justiça do Trabalho, desde 1937, não precisou dessa confusão toda e por que, agora, precisaria? A quem isso interessa? É o que se deve perguntar...

A propósito, convém repetir avaliação anteriormente feita no sentido de que:

[...] o artigo 489 é prática e logicamente inconcebível. Ora, se o juiz tiver mesmo que fazer todo esse exercício físico e mental para elaborar uma sentença, de 100 sentenças por mês passará a elaborar, no máximo, 10, desgastando-se, ainda, nos consequentes embargos, reclamações etc. No processo do trabalho o problema se potencializa porque quase todas as reclamações trabalhistas trazem uma acumulação bastante grande de pedidos, carregada, pois, de uma variedade enorme de questões jurídicas.

Com cerca de 3.500 processos novos a cada ano, pressionado pelos números ditados pelas metas e pela concorrência, elaborar sentenças com todos esses

elementos seria um autêntico martírio, o que, de fato, torna a sentença um ato irrealizável.

Verifique-se que a impossibilidade da elaboração da sentença não se trata unicamente de um problema quantitativo, mas também de uma decorrência extraída da lógica. Ora, o Código estipula que a sentença não será considerada fundamentada se “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte”, mas atribui o mesmo efeito se a sentença “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes”. Assim, o juiz, segundo o Código, mesmo não concordando com o conteúdo de uma súmula, está obrigado a segui-la, mas não poderá se limitar a indicá-la, devendo, isto sim, trazer os fundamentos da súmula, mas esses fundamentos não estão de acordo com o seu convencimento, vendo-se, então, obrigado a apresentar os seus fundamentos e divergir deles para justificar a incidência da súmula, com a qual não concorda. Ou seja, uma coisa de doido!

A gravidade jurídica dos termos do artigo 489, no entanto, vai bem além disso, já que afronta a pedra fundamental do Estado Democrático de Direito e ordem jurídica internacional pautada pela prevalência dos Direitos Humanos, não tendo, portanto, eficácia concreta, como se esclarecerá mais adiante.

Mas vale insistir. O § 1º do artigo 489 diz, textualmente, que “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Ou seja, sentença que não segue enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte não é sentença. Mas então para que se quer um juiz afinal? Não seria melhor um computador, efetuando-se coleta de dados e expressando o resultado pré-programado?

Sim, se dirá, mas o juiz pode não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, mas somente se “demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”, o que quer dizer que, sendo o caso idêntico e ainda estando em vigor o entendimento da súmula, qualquer coisa que disser será tido como não dito!

Lógico que a criatividade não se consegue evitar e o juiz fará, quando queira, uma interpretação da própria súmula e uma desvinculação ao caso, mas isso só exigirá esforço que dificulta exatamente o objetivo da celeridade processual, alimentando incidentes e forçando, na lógica do contexto de restrição da atuação do juiz, a profusão de novas súmulas.³

Quanto ao princípio da vedação de surpresa fixado nos artigos 9º e 10 do NCPC, a mesma contradição se reproduz, pois a IN diz que tais artigos se aplicam no processo do trabalho, porém o faz separando a ordem jurídica em dois tipos: o material e o processual.

Assim, o juiz, nos termos do § 1º do art. 4º da própria IN, a que se atribui o poder de lei, não pode julgar o mérito da causa invocando fundamento jurídico

³ Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/o-conflito-entre-o-novo-cpc-e-o-processo-do-trabalho>>. Acesso em: 23 abril 2015.

não debatido previamente pelas partes, vindo com a pérola contraditoriamente insuperável de que “[...] persiste a possibilidade de o órgão jurisdicional invocar o brocardo *jura novit curia*, mas não sem audiência prévia das partes.”

Por outro lado... Bom, é melhor dar a palavra à própria IN, pois é difícil criar uma paráfrase:

[...] no plano estritamente processual, mitigou-se o rigor da norma (art. 4º, § 2º, da IN); para tanto, concorreram vários fatores:

- b1) as especificidades do processo trabalhista (mormente a exigência fundamental de celeridade em virtude da natureza alimentar das pretensões deduzidas em juízo);
- b2) a preservação pelo próprio CPC/2015 (art. 1.046, § 2º) das “disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis”, dentre as quais sobressai a CL T;
- b3) o próprio Código de Processo Civil não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório prévio como vedação à decisão surpresa;
- b4) a experiência do direito comparado europeu, berço da nova concepção de contraditório, que recomenda algum temperamento em sua aplicação; tome-se, a título de ilustração, a seguinte decisão do Tribunal das Relações de Portugal de 2004:

“A decisão surpresa apenas emerge quando ela comporte uma solução jurídica que, perante os factos controvertidos, as partes não tinham obrigação de prever.”

Daí a diretriz assumida pela IN, a *contrario sensu*: não se reputa “decisão surpresa” a que as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais. Ainda aqui, todavia, a IN ressalva os casos excepcionais em que, a propósito desses institutos, há disposição legal expressa determinando a audiência prévia da parte, a exemplo das normas dos §§ 2º e 7º do art. 1007 e §§ 1º a 4º do art. 938 do CPC de 2015.

Os artigos específicos da IN se expressam no seguinte sentido:

Art. 4º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1º Entende-se por “decisão surpresa” a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera “decisão surpresa” a 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.

Tentando entender, acho que o que se quis dizer é que, como as partes conhecem as regras processuais e devem se portar em conformidade com elas, as decisões judiciais dessa natureza não implicam surpresa mesmo quando não debatidas previamente, a não ser nas hipóteses em que a lei assim o obrigue expressamente.

Então, segundo o novo CPC e a IN, se o juiz possui um fundamento jurídico para aplicar ao fato que lhe foi posto a julgamento, mas as partes dele não se atentaram ou não desconhecem, deve o juiz abrir vista às partes para que digam sobre o que o juiz vai dizer. Claro que isso é um procedimento totalmente inútil, processualmente falando, servindo apenas para reforçar o controle sobre os juízes e limitar sua atuação, além, é claro, de tornar o processo ainda mais complexo e moroso.

Ora, o princípio fundamental é o de que ninguém pode se eximir de cumprir a lei e, de forma mais ampla, o Direito. Ninguém pode invocar a favor de si o desconhecimento da norma ou do Direito. Além disso, como já se diz desde a antiguidade, o juiz, pressupostamente, conhece o Direito, cumprindo às partes apresentarem ao juiz os fatos para que este diga o Direito, afinal, não é a parte, em atuação de interesse privado, que cria o Direito, e sim o juiz. Por fim, o contrário está ligado, naturalmente, às questões pertinentes às oportunidades de prova.

Desse modo, se o fato foi aduzido; se as partes sobre ele se manifestaram, atribuindo os efeitos jurídicos que lhe parecem pertinentes; se as provas foram produzidas e sobre elas também as partes se manifestaram; resta apenas ao juiz praticar o ato que lhe compete: julgar com independência, de forma fundamentada, aplicando o direito que lhe pareça conveniente aos fatos.

Nenhum proveito para a efetividade e o devido processo legal possui o ato de o juiz ter que reabrir a instrução para dizer às partes que vai julgar o feito com base em outro fundamento, primeiro, porque sua convicção está dada; segundo, porque será difícil, nessa iniciativa, não apresentar um juízo de valor que seja entendido como prejulgamento; e, terceiro, porque naturalmente, uma parte vai apoiar o juiz e a outra vai criticar e até, quem sabe, tomar medidas para evitar o julgamento.

Para superar esse empecilho, caso o TST insista em dizer que a atuação dos juízes deve ser modelada de modo a que se evite a tal “surpresa” de julgar o mérito com fundamento previamente não debatido pelas partes, talvez tenham os juízes que colocar nas notificações que enviam às partes que julgarão o feito aplicando a Constituição, as normas (em sentido amplo) do país, incluindo a jurisprudência e os preceitos teóricos jurídicos, tais como princípios, conceitos e institutos, além da normativa internacional ligada aos Direitos Humanos, como autoriza a Constituição, e que, se a parte não conhecer todos esses fundamentos, que providencie a contratação de advogado devidamente habilitado.

A IN diz, ainda, que se aplica no processo do trabalho a figura, criada pelo novo CPC, do *amicus curiae* (art. 138), que em nada contribui para a efetividade do processo, servindo, isso sim, para complicar ainda mais as lides processuais.

O mais grave, no entanto, é que a IN, apesar de preservar o art. 769 da CLT, não reforça as características principais do processo do trabalho da concessão de maiores poderes ao juiz na condução do procedimento, nos termos expressos no art. 765 da CLT, o qual é solenemente ignorado pela IN, uma vez que sua aplicação jogaria por terra todo o propósito de controle da atuação do juiz e da proteção à parte economicamente mais frágil, que se exige para compensar a desigualdade material e assim permitir que o processo do trabalho possa ser instrumento efetivo para a aplicação do direito trabalhista.

A IN, além disso, não explora as eventuais potencialidades realmente inovadoras do novo CPC, tais como:

a) o fato de o art. 139 do NCPC, a exemplo do que já fixava o artigo 765 da CLT, deixar claro que quem dirige o processo é o juiz (“o juiz dirigirá o processo”), incumbindo-lhe “velar pela duração razoável do processo”;

b) o esclarecimento feito no art. 277 do novo CPC, de que o que vale não é a forma, mas a essência, pois, “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”;

c) a possibilidade de fixação de indenizações por dano processual (arts. 774 e 79 a 81);

d) a cooperação nacional (arts. 67 a 69), que serve para embasar prática já adotada por alguns juízes cíveis e trabalhistas, encarregados de processar recuperações judiciais ou falências de empresas e as várias reclamações trabalhistas em face dessas mesmas empresas e que combinam, em colaboração, o procedimento que vão adotar para melhor investigar o patrimônio das empresas, de seus sócios e de empresas coligadas, realizar a desapropriação dos bens e efetuar o pagamento aos credores;

e) a possibilidade de imposição de multas processuais a quem é beneficiário da justiça gratuita, nos termos do artigo 98, § 4º;

f) a possibilidade de requerimento de concessão de gratuidade na petição inicial (art. 99);

g) a eliminação da exigência de apresentação de declaração de pobreza para requerer a gratuidade (art. 99, § 4º);

h) a obrigação de que os Tribunais organizem cadastros de profissionais habilitados para a realização de perícias, embora o ideal seja a realização de concurso para admissão de peritos oficiais (art. 156);

i) a concessão de ofício das tutelas provisórias de urgência, visto que o requerimento da parte não é exigido em nenhum dispositivo do novo CPC e até mesmo o juiz não tem sua atuação delimitada pelo pedido (arts. 297, 300 e 311);

j) a impossibilidade de homologação de acordo que represente renúncia a direitos (arts. 487 e 503);

l) a eliminação da suspensão da execução em razão da interposição dos embargos (arts. 674 a 681);

m) a possibilidade de se executar direto a empresa tomadora, mesmo quando declarada devedora subsidiária, cumprindo a esta, caso queira exercer seu benefício de ordem, nomear, com indicação pormenorizada, bens da empresa prestadora, situados na mesma comarca, livres e desembaraçados, suficientes para adimplir a dívida (art. 794), sendo que o mesmo pode ocorrer com os sócios das empresas (art. 795);

n) a incidência do princípio da execução menos onerosa somente quando não gerar prejuízo ao exequente (art. 829, § 2º).

De um modo geral, portanto, a IN diminui a relevância própria do processo do trabalho, deixando de lado a necessidade, urgente, de se compreender o alcance de suas normas, notadamente o art. 765 da CLT; abre as portas para a aplicação do novo CPC no processo do trabalho com o nítido propósito de limitar os poderes do juiz de primeiro grau e mantê-lo sob controle; não apresenta um critério sólido a ser seguido na transposição de normas do novo CPC para o processo do trabalho; atrai para o processo do trabalho textos bastante

ameaçadores à eficácia da prestação jurisdicional trabalhista e deixa de explorar o que poderia ser de fato mais inovador .

É fácil prever que a atuação na Justiça do Trabalho, dentro desses parâmetros, se tornará tecnicista, complexa e, conseqüentemente, morosa, funcionando muito mais a serviço da lógica de mercado do que para fazer valer com eficácia, rigor e comprometimento social e humano as normas jurídicas trabalhistas.

ABSTRACT

The text is about the non suitability of the new Civil Procedure Code (New CPC) on labour procedure, making critical remarks to Supreme Labour Court's Normative Instruction n. 39 (IN 39 TST), which weakened labour procedure inherent value, forgetting the compelling need of understanding the scope of labour procedural norms, especially that of CL T's article 765. The Normative Instruction promotes new CPC's using in labour procedure with the aim of limiting first instance judge powers and keeping him under control. Furthermore, it does not bring solid standards to be followed in the migration of new CPC norms to labour procedure, increasing problems on Labour Offices daily operations, and finally fails to explore what could be really fresh on new CPC.

Keywords: *Labour procedure. Labour procedure general Theory . New CPC. IN 39 TST. Subsidiarity.*

REFERÊNCIAS

- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Novo CPC no processo do trabalho: como não aplicar , aplicando. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231714,31047-Novo+CPC+no+processo+do+trabalho+como+nao+aplicar+aplicando>>. Acesso em: 22 abril 2016.
- _____. O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/o-conflito-entre-o-novo-cpc-e-o-processo-do-trabalho>>. Acesso em: 23 abril 2015.

São Paulo 23 de abril de 2016.