

4. Artigo

As lacunas como parâmetro na aplicação subsidiária da norma processual comum no Direito Processual do Trabalho

Litiane Cipriano Barbosa Lins*

“Quem combate monstruosidades deve cuidar para que não se torne um monstro. E se você olhar longamente para um abismo, o abismo também olha para dentro de você”.

Friedrich Nietzsche

Introdução

Em artigo intitulado “As Lacunas no Direito do Trabalho”, Luciano Athayde Chaves (2007, p. 52) nos informa que inexiste na ciência do Direito análise profunda, ampla e satisfatória sobre o problema das lacunas do sistema positivo processual. Os processualistas pouco têm debatido o tema e quando o fazem é na perspectiva da realização do direito material, de acordo com o enunciado do art. 126 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), que determina ao juiz a aplicação da analogia, costumes e princípios gerais do direito quando houver lacuna ou obscuridade na lei.

O referido texto que embasa o nosso estudo propõe a reflexão sobre diversas questões interessantes, dentre as quais cabe destacar: a) a tarefa de integrar o subsistema processual trabalhista apenas teria lugar em caso de omissão, esta entendida como ausência de regramento específico para determinada situação?; b) a evolução científica e tecnológica ensejaria omissão no ordenamento jurídico processual?; c) a omissão de que trata o art. 769 da CLT comporta outras espécies de vazios normativos ou jurídicos passíveis de integração pelo aplicador da lei?

Essas e outras inquietações são demonstradas no texto que originou e embasou esta singela pesquisa, como veremos adiante.

1 Da incompletude do direito processual do trabalho

Luciano Athayde Chaves refere que no campo do Direito Processual do Trabalho somente seria possível falar em completude se considerássemos a cláusula de subsidiariedade no art. 769 da CLT, como elemento integrativo formal do sistema. Por esta regra se reconhece expressamente a incompletude do ordenamento jurídico-processual do trabalho ao permitir que o intérprete lance mão do processo comum nos casos omissos (CHAVES, 2007, p.62-63).

* Mestre em Direito pela PUCRS. Assessora das Vice-Presidências no TJRS. Avaliadora e Parecerista de Revistas Jurídicas. Professora.

Nesse sentido o autor traz exemplos do Direito comparado que permitem a aplicação subsidiária de normas do processo comum, como Portugal, Espanha e Argentina que parecem adotar sistemática de aplicação subsidiária bem mais flexível que o Brasil, afirmando, ainda, que essa incompletude é plenamente justificável, pois o processo do trabalho é subsistema criado para imprimir especialidade à jurisdição social¹, razão pela qual não existe razão para a regulamentação de todas as dimensões do panorama processual quando se tem uma teoria geral do processo, tronco comum de onde ramificam-se os demais subsistemas processuais.

1.1 A autonomia do direito processual do trabalho

Muitos autores discorrem sobre a autonomia do Direito Processual do Trabalho. Dentre eles, destaco a contribuição de Mario Pasco (1997, p. 22) que nos informa a existência de diversas correntes sobre o tema. A primeira, defendendo a unidade do direito processual, ou seja, um único capaz de abarcar os ramos do processo civil, penal e trabalhista². A segunda, por sua vez, negando o elo entre o processo do trabalho e quaisquer outras disciplinas processuais, o que por si só, denega a aplicação subsidiária na norma do processo comum na esfera trabalhista. Já a terceira vertente consiste em posicionamento moderado em que se reconhece a existência comum de distintos ramos processuais, o que não impediria a existência de uma teoria geral abrangendo a coexistência de princípios comuns.

A importância do exame das diversas correntes se dá na medida em que a adoção de uma delas gera consequências até mesmo na interpretação do art. 769 da CLT, no conceito de omissão e de lacunas que veremos mais adiante.

De acordo com o entendimento de Francisco Antonio de Oliveira, a interdependência orgânica do ordenamento processual trabalhista é visível, porquanto nenhuma ciência poderá subsistir de forma isolada e ao defender o envolvimento subsidiário, afirma que este é necessário para o avanço científico. "O Direito do Trabalho, como partícipe necessita desse alento subsidiário e desse envolvimento para que possa bem servir e desenvolver o seu fim social" (OLIVEIRA, 2005, p. 128).

2 A subsidiariedade das normas processuais comuns e as teorias das lacunas

A atividade de integração do ordenamento jurídico, segundo Luciano Athayde Chaves, ocorrerá quando observada a incompletude deste ordenamento, respeitando-se a compatibilidade do instituto importado à esfera trabalhista de modo que se preserve a coerência do seu sistema processual, a teor do que dispõe o art. 769 da CLT.

Contudo a leitura do dispositivo supra citado enseja o questionamento sobre o que seria compreendido por "casos omissos". Frequentemente a expressão é reconduzida a sinônimo de lacuna, uma ausência de disposição legal específica que se faz necessária diante do caso em apreço. Todavia, o conceito de lacuna não se apresenta unívoco e a partir do pensamento de alguns clássicos pensadores é possível perceber a complexidade que permeia o tema³.

¹ Sobre essa característica especialíssima da justiça do trabalho, consultar a evolução histórica dos direitos sociais amplamente debatida na obra de LEDUR, José Felipe. Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

² Vide sistema adotado no Uruguai.

³ Para classificações de lacunas além daquelas expressamente referidas neste estudo consultar: DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito, São Paulo: Saraiva, 2000; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, São Paulo: Atlas, 2008; ZITELMANN, "Las lagunas del derecho", in Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Espanha, 1922, p. 541; ASCARELLI, Tulio. Il Problema delle lacune. Archivio Giuridico, 94, 1925;.

3 Teorias das lacunas

3.1 Norberto Bobbio

Um dos clássicos pensadores do nosso tempo, Norberto Bobbio, em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico* discorre sobre o problema das lacunas e assevera ser um ordenamento completo aquele em que “[...] o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema”. E segue afirmando que é completo o ordenamento quando “[...] jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória” (BOBBIO, 1999, p. 115).

As classificações que propôs consistem em: reais, ideológicas, objetivas e subjetivas, estas últimas subdivididas em voluntárias e involuntárias.

As reais, completáveis pelo intérprete, decorreriam da falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. As ideológicas, por sua vez, originam-se da falta de uma solução satisfatória para o caso, da ausência de uma norma justa, de uma norma que se desejaria que existisse, mas não existe, sendo completáveis pelo legislador. Assim a lacuna seria entendida não como a ausência “[...] de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe” (BOBBIO, 1999, p. 140).

De modo que Bobbio inicialmente apresenta uma diferenciação com base nas regras que já existem e que podem ensejar uma lacuna real e normas que não existem, mas deveriam existir e que ensejam uma lacuna ideológica.

Outra classificação em seguida proposta consiste em lacunas subjetivas e objetivas. “Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador” (BOBBIO, 1999, p. 144), subdividindo-se em voluntárias e involuntárias. As involuntárias têm origem em um descuido do legislador. O caso parece estar regulamentado, mas não está em sua especificidade, provavelmente por ser considerado pouco frequente. As lacunas voluntárias são aquelas deixadas propositalmente pelo legislador por tratar-se de situação muito complexa, ao que se deixa a encargo do juiz uma interpretação passível de solver o caso concreto. Já as lacunas objetivas são independentes da vontade do legislador e têm origem na própria evolução social, no desenvolvimento das relações sociais, culminando no envelhecimento dos textos legislativos (BOBBIO, 1999, p. 144). Eis o argumento reiteradamente utilizado em prol de uma aplicação subsidiária de normas do processo comum cada vez mais abrangente na justiça do trabalho. Dada a maciça atualização das técnicas e mecanismos na seara da processualística civil, há quem defenda a importação daqueles institutos pela esfera trabalhista, pois o processo comum estaria melhor aparelhado no atendimento da complexificação das demandas, enquanto a CLT apresentaria muitos mecanismos desgastados pelo tempo.

Com efeito, o regramento processual não está imune ao tempo e se os valores, a tecnologia, a cultura de um modo geral se transformam, caberá ao processo também uma transformação com o fito de alcançar o seu fim que é a instrumentalização para o alcance da concretização dos direitos materiais (CHAVES, 2007, p. 65-66).

3. 2 *Karl Engisch*

Karl Engisch na Introdução ao pensamento jurídico sustenta que as lacunas consistem em deficiência do ordenamento jurídico, também podendo se manifestar como incorreções neste ordenamento. Nas palavras do autor, consistem em faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica. “Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna significa que se trata de uma incompletude insatisfatório no seio do todo jurídico” (ENGISCH, 2001, p. 276). A deficiência do ordenamento jurídico, segundo o autor, poderá ser suprida com a integração jurídica, já as incorreções poderão ser afastadas pela correção da lei

O pensamento de Engisch se aproxima bastante da classificação de Bobbio, na medida em que ambos acreditam na existência de lacunas que derivam de uma regulamentação já existente e de uma regulamentação que ainda não existe⁴. Contudo, Engisch alerta para importância de, no caso das lacunas reais de Bobbio – as que ensejam a ação do interprete – que se faça uma interpretação harmoniosa com a evolução da sociedade. Nestes casos não deverá o intérprete ficar preso à vontade do legislador, mas deverá desenvolver um sistema de interpretação que acompanhe o desenvolvimento das relações sociais.

Sérgio Pinto Martins ao tratar de umas das diversas formas de aplicação das normas de direito processual do trabalho, afirma que integrar corresponde a completar e neste sentido, o “intérprete fica autorizado a suprir as lacunas existentes na norma jurídica por meio da utilização de técnicas jurídicas” (MARTINS, 2006, p. 34). Ademais, seriam, de acordo com Martins, técnicas jurídicas a analogia, a equidade, bem como a utilização de princípios gerais do Direito, além do direito comparado, de acordo com o que dispõe o art. 8º da CLT.⁵ Segue o doutrinador afirmando que a “A analogia não é um meio de interpretação da norma jurídica, mas de preencher os claros deixados pelo legislador”, consistindo mais especificamente na “[...] utilização de uma regra semelhante para o caso em exame” (MARTINS, 2006, p. 35).

Neste contexto Luciano Athayde Chaves alerta para a importância de se pensar na expressão “casos omissos” trazida pelo art. 769 da CLT. Estaria o dispositivo referindo-se apenas a uma lacuna normativa? Ao que se posiciona no sentido de que a aplicação subsidiária da norma comum não deveria ser feita tão-somente quando ausente norma específica na CLT, mas quando uma norma do processo civil se apresentasse mais ajustada à realidade e à evolução social, condicionada é claro à preservação dos princípios trabalhistas, o que vai resultar em um maior benefício ao cidadão. O autor exemplifica com o caso da súmula 303 do TST sobre a remessa de ofício, quando se reconheceu maior sintonia das regras de processo comum com os valores constitucionais de duração razoável do processo, reconhecendo-se, por consequência uma mudança nas relações sociais, o que autorizou a aplicação da regra de processo comum, já que preservava a harmonia do processo trabalhista.

Como bem referiu Cândido Rangel Dinamarco, os textos legislativos são portadores da norma, mas não são a norma. “As normas vivem no plano ideal do direito e integram um sistema harmônico do qual a lei constitui apenas uma forma de expressão” (DINAMARCO, 2005).

⁴ Referência às lacunas reais e ideológicas de Bobbio.

⁵ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 05/04/2010.

Na esteira de Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castelo Branco, "uma lei não é velha nem nova; ela é boa enquanto refletir a realidade que se propõe a regular. Se o mundo fático se modifica, tem a lei de ser alterada" (SAAD; SAAD; BRANCO, 2004, p. 100). E seguem os autores atestando a necessidade de uma atualização da CLT com vistas ao melhor atendimento das exigências impostas pela evolução da sociedade e conseqüentemente, das demandas.

3.3 Karl Larenz

Para Larenz nenhuma lei por mais bem pensada que seja, poderá conter solução para todas as situações que aparecerem. Toda lei, portanto, contará, inevitavelmente, com lacunas que serão colmatadas pelo Poder Judiciário. Assim, o autor classifica as lacunas em normativas e de regulação. As primeiras decorrem da conclusão de que não será possível solucionar o caso sem acrescentar nova disposição normativa, as últimas não se referem exatamente a uma ausência de regra, mas o fato é que a atuação jurisdicional acabaria por ensejar a própria "denegação da justiça".

Sérgio Pinto Martins tem uma passagem que ilustra essa classificação quando afirma que [...] o juiz pode até praticar injustiça num caso concreto quando segue rigorosamente o mandamento legal, razão pela qual haveria também a necessidade de se temperar a lei para aplicá-la ao caso concreto e fazer justiça. Pela CLT, contudo, o juiz só poderá decidir por equidade havendo lacuna na lei (MARTINS, 2006, p. 34).

Ele ainda classifica as lacunas em patentes, quando a lei não contém regras para determinados grupos de casos e ocultas, quando a lei possui regramento para determinado grupo de casos, mas não se ajusta ao caso concreto dada a sua especificidade.

As iniciais seriam aquelas deixadas propositalmente pelo legislador como as lacunas subjetivas voluntárias de Bobbio. As subseqüentes são originadas da evolução tecnológica, científica e econômica da sociedade.

Amauri Mascaro do Nascimento alerta que

[...] o juiz do trabalho não pode deixar de acompanhar a evolução do seu tempo, atuando em consonância com as exigências que os avanços tecnológicos, econômicos e a problemática social apresentam, com o que não pode ser escravo da lei, nos moldes da exegética da Escola de Napoleão (NASCIMENTO, 2009, p. 30).

Segue Nascimento:

A lei é evidentemente o quadro dentro do qual o juiz deve movimentar-se; a equidade é o respaldo no qual busca fundamento para criar a norma inexistente no caso concreto, atuando como se legislador fosse; a analogia é a técnica que usa para a solução de questões semelhantes; e a razoabilidade é a atitude subjetiva que deve pautar o exercício da jurisdição, sem os exageros da Escola do Direito Livre, observando as disposições da lei, mas atento aos fins a que se destina a norma jurídica, mantendo postura teleológica e prospectiva capaz de dar sentido e efetividade às suas decisões (NASCIMENTO, 2009, p. 30).

Nesta quadra é possível o seguinte questionamento: o que poderia ser considerado como evolução no campo processual, a ponto de produzir lacuna? Segundo Chaves, o desenvolvimento

de técnica e mecanismos capazes de alcançar com mais celeridade e efetividade a concretização dos direitos materiais, poderiam considerados evolução no campo processual capaz de originar lacunas, razão pela qual não haveria motivo para o repúdio de uma técnica nova e mais efetiva só porque provém de outro sistema processual (CHAVES, 2007, p. 81).

Considerações Finais

A abertura do sistema jurídico a partir da Constituição, como bem definiu Chaves, não permite apenas uma forma de interpretação, mas encoraja o câmbio e os ajustes entre subsistemas com o condão de preservar a efetividade dos direitos (CHAVES, 2007, p. 93). Entretanto, repiso, não se deve sacrificar a efetividade de uma justiça especializada pela duvidosa celeridade advinda da desmedida aplicação subsidiária da norma de processo comum.

Encerra-se esta singela pesquisa com a lição de Eduardo Couture (2001, p. 29-33) sobre as chamadas lacunas da lei, desenvolvida na obra *Interpretação das Leis Processuais*. Segundo o autor, no plano positivo do direito o problema da lacuna se apresenta da seguinte forma: se não existe uma norma para decidir o assunto, impera o preceito do tudo que não é proibido é permitido, se essa outra norma implícita não é suficiente para resolver o caso, onde buscarei o preceito necessário?

Contudo, assevera, em função de uma série de características próprias da juridicidade, o direito poderá conter casos não previstos, mas não contém vazios. Já se disse que o direito é completamente hermético porque existem juízes que integram necessariamente a ordem jurídica e possuem a função de completar as supostas lacunas do direito. É essa uma construção apta para a interpretação judicial, mas ela atribui uma significação excessiva à atividade jurisdicional. Não é possível falar em um lacuna da lei ou do direito porque não há, dentro da finalidade lógica do direito uma situação que não possa ser resolvida pelos métodos próprios de sua aplicação. Não pode haver um problema virtualmente jurídico que seja insuscetível de solução (COUTURE, 2001, p. 32).

O direito é completo, assegura Couture, mas não impenetrável. Muitos dos seus elementos são abertos à vida e o direito está constantemente submetido a um intercâmbio com a vida como também propôs Luciano Athayde Chaves. Não é prudente por motivo de rigor científico, recorrer ao uso de uma metáfora como a das lacunas do direito, para nos referirmos aos casos concretos que tenham escapado do legislador. A atividade do intérprete diante de uma situação não prevista é apontada pelo próprio direito, mediante a aplicação da analogia, das doutrinas, dos princípios gerais do direito (COUTURE, 2001, p. 32).

O fato é que a lei contém em si mesma toda a ordem jurídica, em sua integridade. Quando o seu texto o reflete, sem margem para dúvidas, o caso será resolvido por ele; quando não tiver sido prevista uma forma expressa, todo o ordenamento jurídico estará presente para decidir a questão. Desse modo, finaliza o jurista uruguaio, apontando não existir lacunas no direito, mas no máximo omissões de previsão expressa. E são as omissões em si mesmas a força motriz para a constante reflexão sobre o desenvolvimento no campo das leis processuais.

Após a singela pesquisa cabe a lembrança de que a justiça do trabalho como jurisdição especializada na tutela de direitos que transcendem os interesses patrimoniais é a responsável pela efetividade de direitos fundamentais que influenciam diretamente na ordem social brasileira. O Direito do Trabalho nascido da evolução histórica do país, a custa de relevante esforço de todos aqueles que lutaram bravamente pela regulamentação destes interesses, jamais poderá perder de

vista a sua índole protecionista. A esta justiça especializada incumbe a missão de igualar aqueles que se encontram absurdamente desnivelados nas relações de trabalho, zelando para que a mão-de-obra que movimenta o país não seja solapada pela busca desenfreada de um crescimento econômico a qualquer preço. Não há porque lançar mão da aplicação subsidiária da norma de processo comum sempre que esta apresentar mera celeridade em comparação com a norma trabalhista, até mesmo porque inexistente qualquer garantia no sentido de que a norma do processo comum terá o mesmo efeito na Justiça do Trabalho, haja vista indiscutível distinção sistemática entre as jurisdições. Inconcebível o sacrifício da efetividade para o alcance da celeridade – esta última, convenhamos, sempre foi característica da justiça trabalhista e somente após árduo esforço na busca por uma constitucionalização do processo civil, este passou a promover reformas, criando mecanismos que pudessem auferir celeridade a uma processualística que encontrava-se estagnada pela influência de séculos de rigor formal. Ironicamente, hoje é atribuída ao processo civil toda a gama de técnicas verdadeiramente capazes de imprimir celeridade à jurisdição como se fosse este subsistema o pioneiro da rapidez processual no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, lembrando que é necessário cautela quando da aplicação subsidiária com o fito preservar-se as características inerentes à justiça trabalhista, vale a menção de trecho da obra *Além do Bem e do Mal* em que Friedrich Nietzsche alerta: “Quem combate monstruosidades deve cuidar para que não se torne um monstro. E se você olhar longamente para um abismo, o abismo também olha para dentro de você” (NIETSCHE, 2005).

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 09.04.2010.

BUENO, J. Hamilton. Da introdução ao estudo do direito processual do trabalho. In: J. Hamilton Bueno (coord). *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2008.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. *As lacunas no direito processual do trabalho*. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.) *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 52-95.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução da Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. Tomo I.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008;

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual do processo do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Catello. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Alessandro da; FAVA, Marcos Neves. Critérios para aferição da incidência da reforma do Processo Civil ao Processo do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. Pp. 125-150.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 8, p. 920-930.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta 2007.