

ASPECTOS DA APLICAÇÃO DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO DO TRABALHO

Adhemar Prisco da Cunha Neto*

Resumo: As novidades introduzidas no CPC despertaram o debate sobre os critérios para a aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho. Este artigo recupera conceitos de “lacuna” propostos pela filosofia do direito e adverte para as cautelas a serem observadas pelo julgador antes de constatá-la em um caso concreto. O problema é transplantado ao direito processual sob a regência dos princípios da “duração razoável do processo” e do “devido processo legal”. O estudo culmina com a análise das peculiaridades do processo do trabalho, especialmente os artigos 769 e 889, da CLT, e oferece explicações razoáveis para casos cotidianos.

Palavras-chave: ordenamento jurídico; lacuna; subsidiariedade do processo civil; efetividade; segurança jurídica.

Sumário: 1 Introdução; 2 Existem lacunas? O problema da (in)completude do sistema jurídico; 3 Admitidas as lacunas. O problema da constatação; 4 O problema na seara processual; 5 Um problema adicional no processo do trabalho; 6 Apontando soluções para casos ilustrativos; 7 Conclusões; 8 Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A ausência de critérios científicos rigorosos para orientar a aplicação do processo comum ao processo do trabalho é ponto que,

há muito, causa inquietação. Recente trabalho publicado pelo juiz Luciano Athayde Chaves¹ trouxe nova luz aos debates e claramente influenciou o pensamento jurídico, como se observa, à guisa de exemplo, na abordagem de

*Juiz do Trabalho Substituto da 15ª Região. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Graduação e Pós-Graduação da Universidade do Vale do Paraíba.

¹CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. LTr, 2007, p. 52-96.

Carlos Henrique Bezerra Leite² a respeito do assunto. De imensa valia, o estudo partiu da teoria das lacunas no ordenamento jurídico para mostrar como ela é pouco examinada no direito processual e, menos ainda, na seara trabalhista. Culminou com a sólida argumentação de que as normas processuais trabalhistas possuem lacunas não apenas normativas, mas axiológicas e ontológicas, que, detectadas, devem ser preenchidas pelo julgador. A partir daí, identificou nas novidades introduzidas no CPC uma ferramenta de integração a serviço do juiz do trabalho.

Ao tempo dessa publicação, eu elaborava um desprezioso ensaio para defender o uso da penhora *on line* na execução provisória. Influenciado pela ousadia do artigo 475-O, do CPC e instigado pelas históricas discussões sobre o alcance da parte final do artigo 899, *caput*, da CLT (“permitida a execução provisória até a penhora”), havia encontrado na interpretação extensiva a resposta que procurava. Tomando contato com as idéias do eminente juiz potiguar, deparei-me com a oportunidade de aprofundar minha análise original.

Este artigo é resultado desse conjunto de fatores e serve ao propósito de contrapor os claros fundamentos apontados por Luciano Athayde Chaves. A narrativa mostrará como o autor citado logrou seus objetivos científicos, ao despertar indagações inconvenientemente adormecidas. As respostas?

Aponto algumas, que me parecem adequadas, embora bastante diferentes daquelas defendidas no texto que me motivou a escrever. Mas como a temática das lacunas sugere, elas não são propriamente certas ou erradas. Nossas idéias, aliás, partem do mesmo ponto e, até certo momento, trilham o mesmo caminho. Distancio-me ao identificar as figuras jurídicas envolvidas na decisão de adotar uma norma inerente ao processo comum.

Embora meu discurso se mostre mais conservador, ele não impede a aplicação de algumas novas disposições do CPC. Pelo contrário, aquele ensaio a que me referi no início – sobre a penhora *on line* em execução provisória – servirá, ao lado de outros casos ilustrativos, para revelar critérios para a aplicação do processo comum ao processo do trabalho, mas distintos daquele que a propõe como resultado da colmatação de lacunas.

2 EXISTEM LACUNAS? O PROBLEMA DA (IN)COMPLETUDE DO SISTEMA JURÍDICO

Para que se desenvolva qualquer teoria vinculada à integração de lacunas, é necessário antes verificar se elas realmente existem. A filosofia do direito é fértil a respeito. Busco subsídios em apenas três autores: Hans Kelsen³, Karl Engisch⁴ e Norberto Bobbio⁵. É o suficiente para demonstrar que o tema, em si, já é controvertido.

²LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. LTr, 2007, p. 93-103.

³KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. 1. reimpr. Martins Fontes, 1995.

⁴ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

⁵BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. UnB, 1999.

A iniciar por Kelsen, sua teoria pura do direito pregou a completude do sistema jurídico, a partir do raciocínio de que “uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo”⁶. Isso consiste na defesa da possibilidade de regulamentação negativa da conduta. Nessa linha, o que não é juridicamente proibido, seria permitido.

Apesar de não admitir um sistema jurídico com lacunas, Kelsen também não ignorou a hipótese de um tribunal constatar, no momento do julgamento, que a ausência de uma norma jurídica positiva e até mesmo a aplicação da ordem jurídica vigente pode resultar em soluções não eqüitativas ou desafortunadas. Para dirimir o problema, sugeriu uma técnica legislativa capaz de autorizar o juiz a criar norma jurídica individual adaptada às circunstâncias não contempladas na lei geral. No entanto, salientou que uma solução dessa ordem é quase sempre fundada em uma “presunção não demonstrável”, pois depende unicamente de um critério valorativo do magistrado. Essa é a razão pela qual foi enfático ao afirmar que “o juiz – e especialmente o juiz de carreira que está sob o controle de um tribunal su-

perior –, que não se sente facilmente inclinado a tomar sobre si a responsabilidade de uma criação do Direito *ex novo*, só muito excepcionalmente aceitará a existência de uma lacuna no Direito e, por isso, só raramente fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador”⁷ (g.n.).

Engisch, por seu turno, admitiu a incompletude do ordenamento jurídico⁸. Classificou que ele possui “deficiências”: lacunas e incorreções. E desde logo advertiu que “a linha de fronteira entre o preenchimento de lacunas e a correção jurídica nem sempre é nítida e segura”⁹. Haveria incorreção quando o juiz é instado a decidir *contra legem* por causa de contradições técnicas, normativas, valorativas, teleológicas ou principiológicas. Já as lacunas somente existiriam quando a interpretação (julgamento *secundum legem*) não bastar para responder às questões jurídicas¹⁰. Considero importante destacar, portanto, que o preenchimento de lacunas é uma atividade *praeter legem*, o que impõe diferença entre integrar e interpretar.

O autor identificou duas espécies principais de lacunas: *de lege ferenda* e *de lege lata*. “Uma lacuna *de lege ferenda* apenas pode motivar o poder legislativo a uma reforma do Direito, mas não o juiz a um preenchimento da dita lacuna. A colmatação judicial de lacunas pressupõe uma lacuna *de lege*

⁶Ob. cit., p. 273

⁷Ob. cit., p. 276

⁸Incompletude insatisfatória”, cf. op. cit., p. 281

⁹Ob. cit., p. 275

¹⁰Ob. cit., p. 280

*lata*¹¹. Seguindo esse raciocínio, observou que as lacunas *de lege lata* podem ser inerentes à própria regulamentação legal, ditas “primárias”, ou se manifestarem supervenientemente, por força da modificação das circunstâncias, hipótese em que são identificadas como “secundárias”.

Dessa abordagem, verifica-se que Engisch estabeleceu diferentes linhas divisórias: entre lacuna (*praeter legem*) e incorreção (*contra legem*), nem sempre nítida e segura; entre a solução através da interpretação (*secundum legem*) e da colmatação de lacunas (*praeter legem*); e entre as lacunas *de lege ferenda*, de interesse exclusivo do legislativo, e *de lege lata*, que autoriza a ação do juiz. Assim, antes de apontar a existência de uma lacuna, em especial de uma lacuna “secundária”, o julgador deve estar seguro sobre o território em que atua, para que não tome uma decisão de um lado da fronteira, acreditando estar do outro. Precisa estar certo de que não está sanando uma incorreção ou, diante de uma lacuna *de lege ferenda*, fazendo as vezes do legislador. Não é por outro motivo que o autor tornou claro que, de regra, nos assentamos no “pressuposto de que a interpretação ou qualquer outra utilização metodologicamente adequada da lei nos oferece uma determinada solução para uma questão jurídica como sendo a única aceitável em face da *lex lata*”¹², antes de excepcionar que “se deixarmos comple-

tamente de parte o acordo unânime dos adeptos da teoria do Direito Livre que, de qualquer modo, esconjuram toda a vinculação escravizante do juiz à lei, veremos que também certos autores muito moderados consideram defensável, em casos excepcionais, julgar *contra legem*”¹³ (g.n.).

A terceira abordagem sobre o mesmo problema é feita sob influência do pensamento de Bobbio. Para compreender sua avaliação a respeito das lacunas no ordenamento jurídico, é necessário, antes, identificar o critério que adotou para classificar as normas. Para revelar que as normas podem ser “inclusivas” e “exclusivas”, primeiramente narrou os embates havidos entre os adeptos do positivismo e da escola do Direito livre. Descreveu que, fruto dessa divergência, as propostas lançadas no início do Século XX pelos juristas Zitelmann e Donati trataram a questão da completude sustentando que “todos os comportamentos não-compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular”¹⁴. Em suma, uma norma particular, cuja natureza é inclusiva, seria sempre acompanhada de uma norma geral exclusiva. À noção de Zitelmann e Donati, Bobbio acrescentou uma terceira espécie de norma, que é inclusiva, mas também é geral, a

¹¹Ob. cit., p. 282.

¹²Ob. cit., p. 327.

¹³Ob. cit., p. 329.

¹⁴Ob. cit., p. 133.

qual denominou “norma geral inclusiva”. Ilustrou com um dispositivo da lei italiana que autoriza o juiz, em caso de lacuna, a recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas, tal como ocorre com os artigos 4º, da LICC e, em certa medida, 8º, da própria CLT. Desse modo, sugere o autor que um determinado comportamento pode ser regulado: a) pela norma particular (norma inclusiva); b) de forma oposta, quando se trata de um caso não compreendido na primeira (norma geral exclusiva); c) ou, ainda, de forma idêntica, na hipótese de um caso não compreendido na norma particular, mas em outra semelhante (norma geral inclusiva).

Essa abordagem preliminar sobre o pensamento de Norberto Bobbio é fundamental para que se compreenda sua concepção de lacuna: “a lacuna se verifica não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas *pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada*”¹⁵. Esse é o seu conceito de lacunas chamadas próprias ou reais. Ao lado delas, também reconheceu a ocorrência de lacunas impróprias ou ideológicas.

Haveria lacuna imprópria ou ideológica quando não faltar uma solução, mas uma solução satisfatória. Em dizeres seus, quando se constatar “a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se

desejaria que existisse, mas que não existe”¹⁶. Essa espécie de lacuna surgiria da comparação entre o ordenamento jurídico “como ele é” (real) e “como deveria ser” (ideal). E nesse particular, a conclusão foi clara: “se é óbvio que cada ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com as quais deve se preocupar aquele que é chamado a aplicar o Direito não são as ideológicas, mas as reais”¹⁷.

É nesse contexto que Bobbio classificou as lacunas próprias ou reais em subjetivas ou objetivas. As “lacunas próprias subjetivas” ocorreriam quando o sistema jurídico não define o critério de solução de um caso não regulamentado por norma particular, se através de norma geral exclusiva ou norma geral inclusiva, por motivo imputável ao legislador. Já as “lacunas próprias objetivas” também surgiriam quando o sistema jurídico não define o critério de solução de um caso não regulamentado por norma particular, se através de norma geral exclusiva ou norma geral inclusiva, mas por motivos que “dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos e que, portanto, são independentes da vontade do legislador”¹⁸.

Como salientei de início, a questão é essencialmente controvertida. Essa divergência aumenta

¹⁵Ob. cit., p. 137.

¹⁶Ob. cit., p. 140.

¹⁷Ob. cit., p. 140.

¹⁸Ob. cit., p. 144.

proporcionalmente ao número de teorias sugeridas pelos diferentes juristas que se puseram a estudar o tema. Daí Maria Helena Diniz ter resumido muito bem: “A problemática das lacunas no direito é uma questão sem saída; sobre ela não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. Se levantarmos todas as concepções de sistema – dinâmico ou estático; aberto ou fechado; unitário ou composto de vários subconjuntos – devido à íntima conexão entre ele e a lacuna, ‘teríamos um amontoado de opiniões incapaz de nos guiar no labirinto do problema’, o que demonstra que a questão das lacunas continua aberta. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que se deve entender por lacuna, parece-nos que não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, nem tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar mão de um expediente muito simples: expor o tema sob uma forma problemática.”¹⁹

3 ADMITIDAS AS LACUNAS. O PROBLEMA DA CONSTATAÇÃO

Acolhendo o ensinamento de Maria Helena Diniz, proponho-me a prosseguir a partir de uma abordagem problemática. Admitir a existência de lacunas no sistema jurídi-

co é a primeira questão a ser superada pelo julgador, como ficou fartamente demonstrado. Aceita a incompletude do sistema jurídico, o segundo problema está em identificá-las para, posteriormente, preenchê-las. Esse desafio aparece no instante em que o julgador avalia a adequação da norma ao caso. Para Kelsen, há ficção de lacuna quando a norma ou a ausência dela possa conduzir a resultado, que sob a concepção ético-política do juiz, pareça inadequada. Na lição de Engisch, haverá lacuna passível de ser suprida pelo juiz quando não for possível solucionar a questão jurídica com a interpretação, mesmo que extensiva. Segundo Bobbio, é necessária a ausência de critério de solução de conflito entre norma geral exclusiva e norma geral inclusiva.

A avaliação do magistrado sobre o conteúdo da norma possui verdadeiro cunho valorativo ou, por assim dizer, “axiológico”. Emitir um juízo de valor a respeito do conteúdo normativo não o exime, porém, de adotar uma abordagem lógica. Atendendo a essa exigência e considerando que não existem respostas absolutas para o problema das lacunas, mostram-se úteis ao julgador as chamadas “lógicas do concreto”²⁰. Esses mecanismos lógicos se levantam contra a redução do raciocínio jurídico a uma simples aplicação dedutiva da lei ao fato. Por tal razão, não objetivam demonstrar, mas investigar e descobrir uma solução plausível para

¹⁹DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 3. ed. Saraiva, 1995, p. 119-120.

²⁰MONTORO, André Franco. Lógica jurídica, ferramenta do jurista. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

o caso. Nelas se encontram a “argumentação tópica”, resgatada por Theodor Viehweg, e a “Lógica do razoável”, de Luís Recaséns Siches.

A tópica se exprime pela técnica do “pensar através de problemas”. Apresentada a questão a ser solucionada, “procura assinalar sugestões e indicar possibilidades, desvendando caminhos, tendo por fim uma decisão”²¹. A resposta alcançada não será verdadeira ou falsa, mas aceitável ou inaceitável, defensável ou indefensável. E, por não se prender a um raciocínio puramente silogístico, concorda que se utilize a intuição como guia. Com isso, a busca pelo justo se opera primeiro pela convicção, o que compreende os sentidos e emoções do juiz. O raciocínio ou demonstração vem depois, para legitimar a decisão.

A importância da intuição também é salientada na Lógica do razoável, como ilustra Lídia Reis de Almeida Prado²²:

“Relativamente à sentença é essa também fruto de estimativa, que alguns autores, como Jerome Frank, denominam de valoração intuitiva: segundo a posição desse autor, corroborada por Siches, o juiz, para chegar à intuição sobre a justiça do caso concreto, não separa sua opinião sobre os fatos das dimensões jurídicas desses fatos: a intuição é um complexo integral e unitário, que engloba os dois aspectos: ‘fatos’ e ‘Direito’.

Quanto a esse aspecto, formula Siches duas observações: primeiramente entende que a intuição do juiz acha-se embasada na lógica do razoável. Por isso, adverte (é essa a segunda observação), que quando se fala em o juiz procurar uma justificativa para o que pressentiu intuitivamente, tal não significa que deva recorrer àquelas pseudo-motivações lógico-dedutivas, de que se serviram os juristas no séc. XIX. Basta oferecer uma justificação objetivamente válida, com embasamento na lógica do humano.

Além dos critérios axiológicos extraídos do ordenamento jurídico positivo, o nosso autor aponta para as valorações complementares, nos casos de lacunas que devam ser preenchidas, apesar de não conter o ordenamento valor aplicável. Em tais hipóteses o juiz deverá decidir recorrendo ao que considera ‘justo’, isto é, de acordo com os princípios da estimativa jurídica que acha válidos. Constitui esta a única exceção à regra de que o juiz deva valorar de acordo com os princípios axiológicos da ordem jurídico-positiva vigente.”

A busca pela solução mais justa possível através da lógica do razoável é, como se lê no trecho transcrito, uma tarefa impregnada de juízo axiológico. De se registrar, porém, a observação que Maria Helena Diniz tece a respeito dessa idéia, e sem a qual o leitor poderia extrair conclusão equivocada a respeito do pensamento de Siches:

²¹DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 123-124.

²²PRADO, Lídia Reis de Almeida. Alguns aspectos sobre a lógica do razoável na interpretação do direito (Segundo a visão de Luís Recaséns Siches). In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). **Direito, cidadania e justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

“nem por sombra sua doutrina tem a veledade de propugnar um direito livre *contra legem*, pois a atividade interpretativa e integradora do juiz não está autorizada a saltar além do ordenamento jurídico vigente, terá que se ater ao âmbito do mesmo, devendo, contudo, dar ao caso concreto a solução que for a mais justa possível”²³.

Não obstante a clara observação de que a procura do justo tenha a lei como parâmetro, considero oportuno investigar um pouco mais sobre o que se deve compreender por “justo”. A respeito, Goffredo Telles Junior²⁴ perquire sobre o que fazer quando a seca aplicação da letra da lei leva a resultados que parecem iníquos. Aponta, então, duas dimensões para o “justo”: o “justo por convenção”, resultado de uma experiência de vida, após um processo de convivência e de relacionamento humano; e o “justo por natureza”, que independe de convenções porque decorre da simples natureza das coisas. O “justo por convenção” se reflete em normas, jurídicas ou não, nada tendo de universal ou imutável. Daí indicar a necessidade de extrair da lei sua verdadeira intenção, sugerindo o uso da própria lógica do razoável. E, para confirmar o real alcance desse método investigativo, sacramenta: “o que queremos é nos submeter à lei, não ao arbítrio do juiz, não às teorias ou cren-

ças subjetivas do juiz, à revelia da lei”.

Tudo isso revela que aceitar e constatar uma lacuna é tarefa valorativa do julgador. Se, utilizando a intuição para buscar a solução que lhe pareça a mais justa, concluir pela existência e necessidade de preenchimento de uma lacuna, tem a liberdade de adotar uma ou outra corrente doutrinária, pois não existem, a respeito, respostas definitivas. Essa opção, no entanto, depende da observação fiel das propostas contidas na teoria adotada, sob pena de afastar a legitimidade da decisão.

De todo modo, é preciso que o juiz esteja certo, antes de concluir pela existência de uma lacuna normativa, de que esgotou, pelo uso de técnicas interpretativas, as possibilidades de extrair do próprio texto legal a solução adequada ao caso. Com maior

razão, o juiz deve evitar abandonar a investigação dos valores contidos na lei, sob pretexto de que estão ultrapassados. Isso sugere especial cautela antes de propugnar a existência de uma lacuna axiológica ou ontológica. É preciso, em primeiro lugar, estar realmente certo de que os valores ou as práticas vigentes são diferentes daqueles contidos na norma. Além disso, para legitimar sua decisão, o julgador deve conhecer as teorias que admitem es-

“...para legitimar sua decisão, o julgador deve conhecer as teorias que admitem essas espécies de lacunas, sob o risco de, em nome delas, proferir um julgamento *contra legem*.”

²³Op. cit., p. 133.

²⁴TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. Saraiva, 2001, p. 360.

sas espécies de lacunas, sob o risco de, em nome delas, proferir um julgamento *contra legem*.

4 O PROBLEMA NA SEARA PROCESSUAL

O problema da existência ou não de lacunas é comumente estudado de forma abstrata. Os exemplos dos juristas geralmente são extraídos do direito material, em especial das áreas penal e civil. Pouco se questiona sobre sua existência no espaço do conhecimento jurídico destinado a cuidar do instrumento de efetivação do direito material: o processo. É salutar, porém, verificar que existem processualistas atentos à questão. Melhor ainda quando se constata a orientação revelada por Cândido Rangel Dinamarco²⁵:

“É certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se destaca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio ‘espírito’; a *mens legis* corresponde, assim, ao juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal. Ao juiz cabe esse trabalho de descoberta.”

Mais adiante, contudo, o autor adverte²⁶:

“Daí, porém, não deve emanar a idéia de uma carga excessiva e perigosa de poderes entregues ao juiz. Legislador ele não é e, com as ressalvas postas, sempre continua o juiz sujeito à lei. Aquele que, a pretexto de dar a esta uma interpretação evolutiva, pretender impor soluções suas personalíssimas, decorrentes de suas opções políticas, crenças religiosas, preconceitos, preferências, etc., estará cometendo ilegalidade e sua decisão não será legítima.”

Observe-se como a fala do eminente processualista coincide com as noções anteriormente descritas. Os dois trechos demonstram que o estudioso do direito processual deve estar absolutamente consciente dos papéis reservados à lei e ao magistrado. Admitem perfeitamente que o juiz realiza uma tarefa impregnada de valores (atividade axiológica), salientam a importância de investigar a vontade da lei (lógica investigativa), mas não abandonam a exigência de conduzir o raciocínio *secundum legem* ou, nas lacunas, *praeter legem*. Não é por outra razão que Dinamarco²⁷ conclui que nada excluiria do direito processual os temas ligados à boa interpretação, já que o juiz é o intérprete da ordem jurídica positivada e lhe cabe atuar segundo regras processuais.

Pois se a atividade do juiz persegue a efetividade através das regras processuais, cumpre-me res-

²⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. Malheiros, 2003, p. 360.

²⁶Op. cit., p. 362.

²⁷Op. cit., p. 364.

gatar seus princípios constitucionais mais importantes: o festejado e recém-elevado a esse patamar “duração razoável do processo” (artigo 5º, LXXVIII); o antigo agente da segurança jurídica “devido processo legal” (artigo 5º, LIV). Não há supremacia de um sobre o outro. Na realidade, ambos coexistem e, como tal, devem ser conjuntamente considerados no momento da investigação sobre o verdadeiro espírito da lei processual. Como o processo tem um destino – a efetividade –, desde o início é conhecida a direção a seguir. Quem indica o caminho e o momento de ser mais ou menos célere é o devido processo legal. Utilizando uma linguagem metafórica, pode-se afirmar que o objetivo é fazer com que a jornada chegue ao fim no mínimo de tempo possível, mas sem desrespeitar os sinais encontrados no percurso ou tomar atalhos proibidos. Sob o pretexto de chegar mais cedo, aquele que não observou os sinais ou seguiu caminhos errados, agiu *contra legem*. E se a contrariedade à lei é genericamente encarada com grande restrição, com maior razão quando se exige o respeito ao devido processo “legal”.

Não estou a postular a primazia da forma sobre a instrumentalidade, pois o papel do processo não se exaure em si próprio. No entanto, se o apego ao formalismo

não pode transformá-lo em um caminho cheio de armadilhas, o mesmo há de ser dito em relação ao desrespeito à forma, ignorada em nome de um procedimento presumidamente mais célere. É evidente que a celeridade é parte essencial para a concretização do sentimento de “justiça” e não há quem, em sã consciência, a renegue. O resultado ágil não será útil, todavia, se provocar lesão, ao invés de repará-la. Por isso, “o processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes”²⁸.

“É evidente que a celeridade é parte essencial para a concretização do sentimento de “justiça” e não há quem, em sã consciência, a renegue. O resultado ágil não será útil, todavia, se provocar lesão, ao invés de repará-la.”

No esteio de tudo o que foi dito, o melhor a se fazer é confiar à lei a tarefa de oferecer o ferramental adequado para que o magistrado possa cumprir o propósito de alcançar os resultados esperados no menor espaço

de tempo possível. É claramente isso o que se pretendeu com as diversas inovações ao CPC. Dada a lei, o julgador ficará incumbido de colher o que há de mais justo em seu conteúdo. Não sendo possível decidir através da interpretação, atuará ao lado da lei, como é possível exemplificar no artigo 649, §2º, do CPC. Esse dispositivo afirma que os ganhos decorrentes do trabalho não serão considerados impenhoráveis quando se tratar de pagamento de prestação alimentícia. A lei não estabelece um percentual para a rea-

²⁸DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit. , p. 329.

lização da penhora, mas é bastante provável que, no caso concreto, o juiz verifique que o bloqueio integral conduzirá a resultado indesejável. Nada impede, portanto, que exprima juízo de valor sem afrontar a lei e, agindo *praeter legem*, restrinja a penhora ao percentual que considera justo e razoável.

5 UM PROBLEMA ADICIONAL NO PROCESSO DO TRABALHO

O direito processual do trabalho possui duas características que interessam ao tema em análise. Primeiro que os instrumentos colocados à disposição do juiz do trabalho pela CLT possuem o propósito de conferir celeridade ao processo. Muito antes que o princípio da duração razoável fosse erigido ao plano constitucional, já era expresso no artigo 765. Além disso, tacitamente regia a disciplina de diversos institutos, como, por exemplo, a imediata designação de audiência, a concentração dos atos em audiência, a irrecorribilidade de imediato das decisões interlocutórias e a exigência de depósito para fins recursais. A segunda característica, que ladeia o propósito de celeridade, corresponde à aplicação subsidiária do processo comum. O artigo 769, da CLT se refere a casos omissos, enquanto o 889 prevê a aplicação, naquilo em que houver convergência, da lei dos executivos fiscais. Como o artigo 1º, da Lei 6.830/80 menciona a aplicação subsidiária do CPC, é lá que o processo do trabalho também acaba

desaguando em matéria de execução.

As grandes indagações a serem respondidas são: a) se o silêncio da CLT a respeito dos mais diferentes temas do processo configura lacuna; b) em caso positivo, se os artigos 769 e 889 oferecem mecanismos de colmatação. Luciano Atahyde Chaves²⁹ assinala que “no campo do Direito Processual do Trabalho, somente seria possível se falar em completude se se considerar, por ficção legal, a cláusula da subsidiariedade prevista no art. 769 da CLT como elemento integrativo formal do sistema”. Aqui parece residir o ponto mais importante sobre o qual pretendo lançar um olhar diferente.

Está claro que existem leituras que conferem completude ao sistema jurídico. Não é menos evidente que o legislador é incapaz de prever todas as situações futuras, razão pela qual reputo correto afirmar que a lei ganha alma ao entrar em vigor. Fica, então, desvinculada de seu criador, cabendo ao julgador verificar seu significado mais adequado no instante da aplicação ao caso concreto. Em diversas ocasiões vai se deparar com situações inesperadas, quando, de um modo ou outro, será obrigado a lidar com a questão das lacunas. Se as admite, ingressará no universo de alternativas oferecidas pela ciência do direito. Se as nega, mesmo assim continuará obrigado a buscar a decisão, por não lhe ser dado negá-la, momento em que tangenciará a teoria das lacunas, nem que seja para enxergar nelas uma ficção.

²⁹Op. cit., p. 60.

Sob influência de um pensamento problemático, aceito que o ordenamento jurídico possui lacunas e que é tarefa do juiz integrá-las. Ao adotar essa linha, devo necessariamente admitir que isso se aplica ao direito material e ao direito processual. Apontei no artigo 649, §2º, do CPC a possibilidade de decisão *praeter legem*. Pois se o processo comum admite lacunas, não haveria de ser diferente com o processo do trabalho. Ocorre que não vislumbro no silêncio legislativo da CLT, em primeiro plano, a hipótese de lacuna. É possível que ela venha a ser constatada posteriormente, mas, para tanto, o juiz deve, antes, se valer das normas subsidiariamente aplicáveis. Isso se torna perfeitamente compreensível quando não se trabalha com a existência propriamente de um “ordenamento jurídico processual trabalhista” e outro “ordenamento jurídico processual comum”. Ao se reconhecer que integram o mesmo sistema jurídico, estará afastada a idéia de que a omissão da CLT equivale a lacuna e, conseqüentemente, que os artigos 769 e 889 estabelecem critérios para sua colmatação.

Utilizo, então, dois vocábulos parecidos para expressar significados bastante diferentes. A CLT pode assumir característica “lacunosa”, mas somente depois que o CPC, a Lei dos Executivos Fiscais ou até mesmo outras normas processuais, como é o caso de algumas disposições do Código de Defesa do Consumidor ou da lei que regula a ação civil pública, também não forem capazes de apontar solução para o caso concreto. Nesse caso, caberá ao juiz preencher o vazio

legal, utilizando técnicas de integração, como a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito ou, em última instância, a equidade. Voltando ao exemplo da penhora de rendimentos, existe lacuna quanto ao percentual e ela está presente tanto no direito processual comum, como no trabalhista. De outra parte, se a CLT não oferecer resposta, mas ela for alcançada com auxílio do processo comum, será meramente “lacônica”, pois bastará a atividade interpretativa. Entende-se por “lacônica” o fato de ser sucinta na descrição dos procedimentos específicos, remetendo ao processo comum a disciplina dos genéricos. Logo, se adoto um preceito do processo comum no processo do trabalho, não o faço por analogia, em vistas ao preenchimento de uma lacuna, mas porque ele verdadeiramente regula a situação concreta, por expressa autorização da CLT.

Situação especial ocorre quando a CLT e o processo comum tratam, ambos, do mesmo assunto, mas de formas diferentes. Esse conflito de conteúdo entre normas jurídicas positivadas exige um critério capaz de identificar qual delas é a aplicável. A saída não pode se resumir a um juízo exclusivamente valorativo e casuístico do julgador. De regra, para a solução de uma antinomia se apresentam diferentes critérios válidos, como a hierarquia e a cronologia, por exemplo. Nenhum desses é, a rigor, o mais indicado para dirimir contradições entre disposições do processo do trabalho e do processo comum. Mostra-se mais pertinente o critério da especialidade, o que não deixa de ser uma conseqüência da pró-

pria exigência normativa³⁰ de compatibilidade, prevista nos artigos 769 e 889, da CLT. Tradicionalmente, aliás, houve certo consenso a respeito. Como a CLT era mais “arrojada” e o CPC, “tradicional”, não era comum questionar a opção pela especialidade da CLT. Hoje, porém, vivemos um momento paradoxal, em que as disposições processuais trabalhistas se confrontam com um conteúdo processual comum supostamente mais moderno. É o que acontece nitidamente quando se comparam os artigos 880, 882 e 884, da CLT com o 475-J, do CPC.

A situação especial descrita não revela, porém, a existência de lacunas, ao menos daquelas que interessam ao jurista. Sob o prisma de Kelsen, a aplicação da CLT é resultado direto da existência da norma vigente. A partir do ensinamento de Engisch não constatamos “lacuna *de lege lata* secundária”. Para quem acredita que o CPC tornou-se mais moderno que a CLT, e essa é uma sensação bastante presente neste primeiro momento, a existência de um critério que indica a aplicação da norma mais específica mostra que, na verdade, esse julgador alimenta o desejo de que a lei processual trabalhista fosse diferente. A circunstância se aproxima muito mais de uma “lacuna *de lege ferenda*”, o que se corrobora pela existência do Projeto de Lei n. 7.152/2006³¹, cujo propósito é justamente alterar a redação do artigo 769, da CLT. Por derradeiro, na concepção de Bobbio, a resposta se repete. Não vislumbro uma

“lacuna própria objetiva”, mas uma lacuna puramente “imprópria ou ideológica”. Relembre-se que a teoria desse jurista somente aceita a presença de lacuna real quando o caso puder ser solucionado através de uma “norma geral exclusiva” e, ao mesmo tempo, de uma “norma geral inclusiva”, sem que exista critério que indique o caminho a se adotar. Não é esse o caso.

6 APONTANDO SOLUÇÕES PARA CASOS ILUSTRATIVOS

6.a Citação, nomeação de bens à penhora e embargos à execução

O primeiro problema, e talvez de maior visibilidade, se refere ao sincretismo do novo processo civil. A execução se transformou em fase do processo, o que resultou na dispensa da citação para pagamento. De acordo com o novo artigo 475-J, do CPC, o devedor fica obrigado a cumprir a sentença originalmente líquida ou tornada líquida no prazo de quinze dias, sob pena de arcar com multa de 10% sobre o montante da condenação. Além disso, não terá oportunidade de oferecer bens à penhora, pois o §3º autoriza o exequente a, desde o início, indicar os bens a serem penhorados. Realizada a penhora, segue a intimação do executado, que pode ser feita na pessoa do advogado, momento em que passa a correr o prazo de quinze dias para o oferecimento de impugnação, tal como descreve o §1º.

³⁰FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. Atlas, 1996, p. 211.

³¹CHAVES, Luciano Athayde, op. cit., p. 86.

Ao mesmo tempo, o artigo 880, da CLT, permanece formalmente íntegro, inclusive após a alteração introduzida pela Lei 11.457/2007, ao dispor sobre a necessidade de citação do executado. O §2º exige que a citação seja realizada por oficial de justiça e o §3º, que ela ocorrerá por edital, quando não encontrado. O prazo para o pagamento é de 48 horas e o artigo 882 mantém a figura da nomeação de bens à penhora. A CLT não menciona a hipótese da multa pelo não cumprimento, nem a forma de intimação da penhora, mas estabelece no artigo 884 o prazo de cinco dias para oposição dos embargos à execução, a contar da garantia da execução.

Os primeiros meses de vida do artigo 475-J, do CPC, têm sido interessantes sob o prisma científico e confirmam a importância de uma técnica apurada de aplicação do processo comum ao processo do trabalho. Neste particular, há antinomia entre os conteúdos da CLT e do CPC, sendo certo que alguns juízes refutam a aplicação do CPC, enquanto outros defendem ardorosamente a substituição, por caducidade, da disciplina prevista na CLT. Há, ainda, os que importam do direito material do trabalho, ainda que inconscientemente, noções da “teoria da acumulação”³² para justificar o aproveitamento de partes de uma ou outra norma, o que acaba por transformar o processo em uma verdadeira “colcha de retalhos”. No meio de tanta indecisão está o jurisdicionado, que enfrenta dificuldade para visualizar

com clareza o “devido processo legal aplicável ao seu caso”.

Embora existam argumentos plausíveis independentemente da perspectiva adotada, as idéias defendidas neste estudo me conduzem a sustentar que, sob o prisma normativo, a CLT é mais específica. Isso indica sua aplicabilidade, em detrimento das inovações trazidas pelo CPC. O uso desse critério para a solução do problema somente foi possível porque não detectei nesse confronto de conteúdos normativos a hipótese de lacuna, mas de antinomia.

Acrescente-se que a prudência indica suspeita sobre a afirmação de que a CLT, sob os prismas axiológico e ontológico, padece de caducidade. Há de se cuidar para não estimular uma prática *contra legem* generalizada (desrespeito ao critério da especialidade), o que resultaria em grave risco de investir o juiz na condição de legislador. Não há como saber como o processo civil vai se comportar diante de tamanha inovação. A imposição da multa de 10%, por exemplo, vai se revelar compensadora do ponto de vista processual, mesmo quando causar lesão àquele que deixou de cumprir a sentença por não possuir condições para tanto? A falta de conhecimento técnico para questionar a ordem judicial ou a má orientação jurídica do devedor, dada a dificuldade de se desenhar a linha limítrofe entre o processo do trabalho e o processo comum, são provas empíricas de que o procedimento é eficaz? A multa é boa punição para o devedor que age de má-fé,

³²PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. LTr, 1993, p. 57-59.

mas isso não acontece em todos os casos. Portanto, para fins investigativos, impõe-se uma indagação hipotética, sem importar, por ora, o que vai efetivamente acontecer: se o tempo se encarregar de mostrar que as inovações do CPC não passaram de uma tentativa frustrada de conferir efetividade ao processo, trazendo mais malefícios que benefícios, a CLT recuperaria seu valor e sua atualidade social? É um bom tema para reflexão.

6.b Remessa ex officio

O Decreto-Lei 779/69 dispõe expressamente que nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica o “recurso ordinário *ex officio* das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias”. Discute-se se a Súmula 303, I, do TST, ao aceitar as exceções previstas no artigo 475, §§2º e 3º, do CPC teria comprovado empiricamente a existência de lacuna axiológica ou ontológica no texto do Decreto-Lei³³. A partir da compreensão de que o processo do trabalho e o processo comum integram o mesmo sistema jurídico, defendi que o conflito de conteúdos entre normas reguladoras de um e de outro não configura lacuna, mas antinomia,

preferivelmente solucionada pelo critério da especialidade. Esse caminho ajudou a resolver o primeiro caso ilustrativo. O leitor deve, então, estar se perguntando se a Súmula do TST não contrariaria esse raciocínio, já que, à primeira vista, o Decreto-Lei seria mais específico que o CPC. Em resposta, relembro, primeiramente, que o problema tratado é uma aporia, pois comporta diferentes conclusões válidas, mesmo que contrárias. Nesse tipo de pesquisa, não lidamos com o verdadeiro e o falso, mas com o plausível. Ainda assim, pretendo

demonstrar que um simples trabalho de interpretação das normas envolvidas é o bastante para legitimar a conclusão alcançada pelo TST.

Antes de qualquer avaliação é importante observar que a norma destinada a regular a remessa *ex officio* no

processo do trabalho não integra a CLT. Diante do silêncio original do instrumento normativo consolidado, o Decreto-Lei não veio para criar regra especial, mas para dirimir eventuais dúvidas interpretativas sobre a aplicação das tradicionais vantagens processuais concedidas aos entes públicos, tornando claro que elas também deveriam ser observadas no processo do trabalho. A norma em comento não excepcionou as hipóteses de condenações de pequena monta ou fundadas em jurisprudência uniforme dos tribunais superiores simplesmente por-

“...se o tempo se encarregar de mostrar que as inovações do CPC não passaram de uma tentativa frustrada de conferir efetividade ao processo, trazendo mais malefícios que benefícios, a CLT recuperaria seu valor e sua atualidade social?”

³³CHAVES, Luciano Athayde, op. cit., p. 71.

que o ordenamento jurídico não oferecia, até então, outros parâmetros. Posteriormente, as exceções foram introduzidas ao CPC, sem alteração do antigo Decreto-Lei, cuja redação, se não excepciona, também não expressa que todas as decisões contrárias aos entes públicos devem se sujeitar ao duplo grau de jurisdição obrigatório. Essa circunstância não criou lacuna axiológica ou ontológica porque a necessidade de proteção do patrimônio público contra eventuais omissões processuais do administrador continua exigível e desejável. Houvesse caducidade, o CPC padeceria do mesmo mal. Sendo o mesmo bem jurídico tutelado, não haveria como entender que essa proteção fosse justificável no processo comum, mas não no processo do trabalho. Isso confirma que há aqui aparente antinomia entre as duas normas, o que comporta uma investigação mais detalhada sobre como solucioná-la.

Posto dessa forma, o primeiro ponto a ser debatido é se o critério do artigo 769, da CLT, serve para dirimir esse aparente atrito. O preceito é genérico em sua primeira parte: “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho”. Se o Decreto-Lei, embora não sendo parte integrante da CLT, dirige sua disciplina ao processo do trabalho, o critério examinado se apresenta como meio legal para sanar a controvérsia. A parte final do texto do mesmo artigo 769, quando veda expressamente a incompatibilidade “com as normas deste Título”, não impede a conclusão alcan-

çada. Ao contrário, essa redação facilita sua aplicação, pois, de certo modo, separa o texto legal pertencente do não-pertencente à CLT. Se a norma que conflita com dispositivo do processo comum está contida na CLT e, portanto, no Título que trata do “Processo Judiciário do Trabalho”, como ocorreu no caso anterior, sua própria existência representará problema adicional à adoção da fonte subsidiária. Diferentemente, se o conflito ocorre exclusivamente com norma não contida na CLT, o que é o caso, o problema pode ser resolvido apenas com o exame da expressão “nos casos omissos”.

A avaliação sugerida se resolve mediante exclusivo emprego de técnicas interpretativas. Conhecedor do propósito original do Decreto-Lei 779/69, o intérprete, na busca pelo significado mais justo que se pode extrair da norma, saberá que seu objetivo não foi criar norma especial para o processo do trabalho, mas uniformizar os benefícios dirigidos ao ente público, independentemente de ser parte no processo do trabalho ou no processo comum. Por isso, o silêncio sobre a existência de exceções para a remessa *ex officio* é capaz de compatibilizar as normas em aparente antinomia, pois, diferentemente da impressão inicial, as normas não se excluem, mas se complementam. Não há o que censurar no posicionamento jurisprudencial do TST, sem que isso necessariamente represente a constatação empírica de que o problema foi resolvido através da integração de uma lacuna. A construção interpretativa ocorreu inteiramente *secundum legem*.

6.c A convalidação de ato processual contrário à norma aplicável ao caso

Como o leitor sabe e tive a oportunidade de salientar em outra passagem, o processo persegue um resultado. Seu caráter instrumental não recomenda que seja um fim em si mesmo, pois está a serviço da concretização do direito material. Vale aqui a advertência anteriormente assinalada, atribuída a Dinamarco³⁴, que propaga a segurança jurídica através de um processo bem estruturado na lei, conduzido por um juiz cômico dos objetivos. Esses dois fatores conferem segurança porque, juntos, proporcionam uma “formalidade equilibrada”. Neste tópico, meu propósito é demonstrar como em alguns casos os princípios inerentes ao direito processual possibilitam que se utilize norma do processo comum, mesmo que exista disposição expressa na CLT. Tudo sem desprezar o devido processo legal e também sem a necessidade de vislumbrar a ocorrência de lacunas.

A teoria das nulidades dos atos processuais é construída de modo a causar o mínimo de impacto ao processo. Por isso, dentre os princípios que a orienta exige-se o prejuízo³⁵. Não é outra a proposta do artigo 794, da CLT. Esse dispositivo não foi concebido como critério de solução de antinomias, menos ainda para preencher lacunas. Mas será invocado quando uma norma do processo comum for utilizada no lugar de outra expressamente prevista para o processo

do trabalho, mesmo que sejam contraditórias, caso o objetivo do ato seja alcançado. Nessa situação, a aplicação do processo comum no lugar do processo do trabalho é aceita não porque se constatou alguma lacuna. Nem porque assim indicou algum critério normativo de solução de controvérsia, como os artigos 769 e 889, da CLT. Em tese, decidiu-se *contra legem*, o que configura uma ilegalidade. Não obstante, a instrumentalidade das formas convalida esse ato e impede que se declare a nulidade. A não ser que a forma seja exigência de ordem pública, caso em que a nulidade será absoluta.

A circunstância descrita ajuda a explicar o aparente abandono de determinadas formalidades constantes da CLT. São os casos dos artigos 830, que trata da forma de apresentação de documentos, e 827, que se refere a “peritos compromissados”. É até possível que, *de lege ferenda*, se recomende a revisão. Enquanto o legislador não emite esse juízo valorativo, sua inobservância é convalidada pela ausência de prejuízo na adoção de outra forma lícita capaz de atender seus objetivos. Trata-se de uma nota característica do direito processual.

6.d Aplicação do Direito Processual Comum como resultado da interpretação extensiva

Como narrei na introdução, quando tive contato com as idéias de Luciano Athayde Chaves e decidi aprofundar meu estudo, eu

³⁴Vide nota 28.

³⁵CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. Malheiros, 2007, p. 366-367.

preparava um pequeno texto no qual defendia a ampliação do uso da penhora *on line*. Naquela ocasião, com o propósito de legitimar meu pensamento, abordei a atual disciplina dada pelo CPC à execução provisória. Pois confesso que após considerar encerrado aquele trabalho, temi me convencer de idéias contrárias às que havia anteriormente defendido. Mas a análise cuidadosa a que me propus mostrou que era infundado esse temor.

Os conceitos introduzidos ao CPC inegavelmente trouxeram novos elementos à tarefa interpretativa. O princípio da duração razoável impregnou a norma processual com valores que privilegiam a celeridade, muitas vezes em detrimento de antigos dogmas. Os diferentes aspectos do processo sincrético são bons exemplos do que afirmo. Por isso, mesmo não admitindo sua inteira aplicação, mas aceitando que a maioria dos conceitos, regras e princípios são inerentes a uma teoria geral do processo, devo reconhecer que se fazem sentir seus efeitos no processo do trabalho.

Tecido esse breve comentário, volto à questão da execução provisória, cuja regulamentação é das que maiores poderes conferem ao juiz. Esse ponto mostra nitidamente como se dá, no plano legislativo, a interação entre “devido processo legal” e “duração razoável do processo”. O magistrado foi autoriza-

do pelo artigo 475-O, III e §2º, do CPC, a usar a prudência para determinar o alcance da execução provisória. Nas situações previstas, poderá ou não, conforme sua intuição, autorizar o pagamento provisório ou a alienação do bem penhorado. O mais importante é que foi o próprio conteúdo valorativo da norma que decidiu privilegiar a celeridade, após sopesar os fatores “presteza” e “certeza”³⁶. Isso significa que o juiz pode ser mais incisivo na execução provisória porque isso integra o devido processo legal. A decisão de liberar o dinheiro ou alienar o bem penhorado sem caução pode até ser revista por causa de seu conteúdo, mas não por contrariar a forma legal.

O transporte dessa norma para o processo do trabalho exige um esforço adicional. Fazendo uso da terminologia sugerida anteriormente, pode-se dizer que a CLT é “lacônica” em relação à execução. Em especial à execução provisória, cuja única referência está na parte final do artigo 899, *caput*, da CLT e, ainda assim, limitando-se a dizer que é “permitida a execução provisória até a penhora”. Levantar hipóteses sobre o que se pode apreender do texto legal é o que pretendo fazer.

Nesse sentido, a primeira saída imaginada se prendia à estrita literalidade da lei³⁷. A execução provisória serviria, então, apenas para liquidar a sentença, se necessário, formalizar a citação e reali-

³⁶Pela conotação de “segurança jurídica” adotada neste trabalho, mostra-se mais apropriado utilizar, neste momento, o vocábulo “certeza” no lugar de “segurança”

³⁷ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. LTr, 1998, v. 2, p. 429.

zar uma penhora cuja validade seria discutida posteriormente. A busca pelo significado mais justo da norma revelou, contudo, não ser essa solução a mais satisfatória, pois lhe conferiria pouca ou nenhuma utilidade. Além disso, tornaria praticamente letra morta a primeira parte do *caput* do mesmo artigo 899, naquilo em que se refere ao efeito meramente devolutivo dos recursos. Com base nessas constatações, defendeu-se a necessidade de uma compreensão mais ampla da expressão legal, que passou a incorporar os incidentes advindos da penhora e respectivas decisões.³⁸ Vê-se, então, que se consagrou uma leitura ampliativa da expressão analisada. Ocorre que os limites originais desse debate foram profundamente alterados, o que implica novos questionamentos sobre o alcance dessa interpretação extensiva.

Classifica-se como extensiva a interpretação que *“desenvolve-se em torno de uma norma para nela compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente, incluídos, atribuindo assim à lei o mais amplo raio de ação possível, todavia sempre dentro de seu sentido literal”*³⁹. Ao dispor sobre a aplicabilidade do processo comum à execução trabalhista, o artigo 889, da CLT, pretendeu aproveitar todas as disposições convergentes com os preceitos que regem o processo do trabalho. Não se trata apenas de cobrir vazios legislativos nos trâmites executórios da CLT, mas de maximizar a atra-

ção de normas processuais que atendam a propósitos afeitos a ambos os segmentos do direito processual. Isso indica como perfeitamente admissível que o sentido mais amplo alcançado pela parte final do artigo 899, *caput*, da CLT, inclua as hipóteses do artigo 475-O, III e §2º, do CPC.

Com esses quatro casos ilustrativos, foi possível demonstrar como, alheio à idéia de que o processo comum serve de mecanismo de integração de supostas lacunas existentes na CLT, é possível apontar soluções plausíveis para problemas de diferentes ordens. Não tenho a pretensão de realizar uma análise exaustiva sobre casos possíveis, pois tornaria a leitura por demais cansativa, sem considerar que dificilmente conseguiria alcançar esse propósito, dada a diversidade de possibilidades. Sigo, assim, para minhas considerações finais.

7 CONCLUSÕES

A questão das lacunas no ordenamento jurídico não oferece respostas unânimes. É impossível acolher uma posição doutrinária como definitiva, pois, conforme mudam as concepções de sistema, altera-se, igualmente, o conceito de lacuna. No entanto, como geralmente o estudo desse tema atravessa terreno árido, há de se cuidar para não perder de vista as propostas lançadas na teoria que se pretendeu adotar. Essa observação é de especial importância para quem

³⁸PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista*. 9. ed. LTr, 2002, p. 54-56.

³⁹DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 181.

busca a solução através de lógicas intuitivas. O ato de se guiar pela investigação do “justo”, usando sentidos e emoções, deve ser posteriormente legitimado por uma demonstração válida. E, dentro dessa liberdade, o magistrado precisa ficar atento para a excepcionalidade do julgamento *contra legem*, sob pena de proferir decisão ilegítima. Esse é um raciocínio aplicável tanto ao direito material, quanto ao processual. Neste último campo, porém, a preocupação deve ser redobrada por causa do princípio do devido processo legal, cuja importância não pode ser mitigada pela elevação ao plano constitucional do princípio da duração razoável.

A existência de lacunas no direito processual não indica peremptoriamente que os artigos 769 e 889, da CLT, apresentem mecanismos de integração. É perfeitamente válido trabalhar com o conceito de que processo comum e processo do trabalho não constituem ordenamentos jurídicos independentes, mas integram o mesmo sistema normativo. Nessa concepção, a CLT é meramente lacônica ao disciplinar os pontos especiais do processo do trabalho e deixar a cargo do processo comum a disposição dos aspectos gerais. Assim, tais artigos servem tanto para demonstrar esse propósito, quanto para ditar critérios de solução das antinomias.

Como se viu, isso indica uma forma diferente de investigar a relação entre leis processuais trabalhistas e leis processuais comuns. Dessa análise decorre a conclusão sobre a incompatibilidade do artigo 475-J, do CPC, com o processo do trabalho, sem que isso revele eventual contradição com outros

casos em que a jurisprudência aceitou a aplicação de normas nascidas no âmbito do processo comum. Métodos interpretativos, como o resgate histórico de determinados institutos e a interpretação extensiva dão conta de justificar tais conclusões. Isso sem considerar os casos em que o vício existe, mas a própria lei processual se encarrega de convalidá-lo a partir de princípios que orientam a teoria das nulidades.

Para encerrar, desejo registrar que meu objetivo maior não é convencer o leitor de que as respostas indicadas são as corretas, mas alertar para a importância de se legitimar a solução alcançada. Se a segurança jurídica é fator de desenvolvimento de uma nação e ela é obtida pela atuação de um juiz consciente dos propósitos de um processo bem estruturado na lei, espero ter colaborado para que isso aconteça, tornando mais claro o caminho para a aplicação *de lege lata* da lei processual na área trabalhista. Sem prejuízo, que meus argumentos também sirvam de subsídio para mostrar ao legislador que algumas alterações legislativas são necessárias.

8 BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. LTr, 1998. v. 2.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. UnB, 1999.

CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. LTr, 2007. p. 52-96.

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. Malheiros, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. Malheiros, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 3. ed. Saraiva, 1995.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. Atlas, 1996.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. 1. reimpr. Martins Fontes, 1995.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. LTr, 2007.
- MONTORO, André Franco. Lógica jurídica, ferramenta do jurista. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas**. Revista dos Tribunais, 1995.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. **Execução trabalhista**. 9. ed. LTr, 2002.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. LTr, 1993.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. Alguns aspectos sobre a lógica do razoável na interpretação do direito (Segundo a visão de Luís Recaséns Siches). In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas**. Revista dos Tribunais, 1995. p. 68.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. Saraiva, 2001.