

Aplicação do novo modelo de execução cível ao processo do trabalho em face da incompletude do sistema jurídico trabalhista

Raulino Maracajá Coutinho Filho*

1. Considerações Gerais

No presente artigo, serão analisadas algumas teorias relativas à existência de lacunas no sistema jurídico, as quais o tornam incompleto e fazem necessária a aplicação de métodos para a sua integração.

Segundo Karl Engisch ^[01], a incompletude do sistema está relacionada com o termo lacuna, que significa "uma imperfeição insatisfatória dentro da totalidade jurídica", ou seja, uma "falha" ou "deficiência" do sistema jurídico. Entende ainda que existem duas modalidades de lacunas: as lacunas da lei, que ocorrem quando não se consegue encontrar solução legal para um caso, e as lacunas jurídicas, referentes ao direito positivo, as quais aparecem sempre que nem a lei nem o costume forneçam respostas imediatas para determinada questão.

Destarte, na visão desse autor, as lacunas se referem a omissões de conteúdo de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora.

Ademais, não se poderia considerar como lacunas aqueles conceitos abertos, indeterminados, deixados propositadamente pelo legislador com o fito de dar uma maior margem de flexibilidade ao julgador.

Outrossim, as técnicas utilizadas pelos magistrados, seja através da analogia, seja através de outras operações baseadas em lei, não seriam hábeis a excluir as lacunas legais, simplesmente, podendo fechá-las ou colmatá-las. Contudo, a tarefa de colmatação não é tão simples no que tange às lacunas jurídicas, podendo haver situações em que aquela não é possível, apesar de existirem diversos métodos de integração, tais como a analogia e os princípios gerais do direito.

Sendo assim, na opinião do citado doutrinador, podem permanecer em aberto lacunas insuscetíveis de integração, não se tendo por válidas, ao menos à primeira vista, o dogma da plenitude do ordenamento jurídico e a idéia de proibição de denegação da justiça. Admite, portanto, a existência de autênticas lacunas, mas reconhece que estas devem ser colmatadas pelo Poder competente, através dos mecanismos jurídicos adequados, em virtude da necessidade de se manter a completude do sistema como um ideal ou um princípio a ser alcançado.

De acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz^[02]:

O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de maneira que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida.

O direito engloba diversos tipos de experiências interdependentes, tais como as históricas, as antropológicas, as sociológicas, as psicológicas, as axiológicas etc. Como corolário dessa circunstância, as normas, por mais completas que sejam, referem-se a apenas uma parcela do direito. Portanto, este não pode ser compreendido puramente como norma. "O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo. Querer um sistema jurídico uno é uma utopia"^[03].

Do exposto, denota-se que o sistema jurídico compõe-se de vários subsistemas, os quais, em conformidade com a Teoria da Tridimensionalidade Jurídica, proposta por Miguel Reale, seriam: o subsistema de normas, o subsistema de valores e o subsistema de fatos, enfatizando-se a existência de uma correlação entre eles.

Tendo-se em mira um melhor entendimento acerca da citada teoria, é válido registrar as palavras do próprio autor Miguel Reale^[04], nas suas Lições Preliminares de Direito, *in verbis*:

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como *fato*, ou em sua efetividade social e

histórica) e um aspecto *axiológico* (o Direito como *valor* da Justiça).

Nas últimas décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que:

a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;

b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;

c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da integração dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que os elementos do sistema são dependentes entre si, quando ocorre alguma incongruência entre eles, surgem as lacunas. Logo, pode-se considerar o ordenamento jurídico, em sua totalidade, mas lembrando que o mesmo é composto por um subsistema normativo, um subsistema fático e um subsistema axiológico ou valorativo, os quais vivem em um constante processo de correlação.

O modelo jurídico idealizado por Miguel Reale implica uma "estrutura normativa que ordena fatos, segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências" ^[05].

No momento em que o aplicador da lei vai exercer sua atividade, ele observa a norma e o fato social por ela regido, levando em consideração, ainda, os valores reais vigentes em cada época histórica. Tais valores reais é que constituem os valores jurídicos. Assim, a norma jurídica não pode ser analisada em sua relação com os fatos passados; ao contrário, deve-se destacar que o seu objetivo é regular os atos futuros, o que não é feito de maneira esquemática. Na verdade, a regulação destes últimos ocorrerá através de uma nova compreensão normativa, ante os impactos de novos eventos e valores havidos na sociedade.

Dessarte, objetivando acompanhar as transformações sociais, principalmente, em virtude de uma sociedade contemporânea sobremaneira

inventiva e progressiva, faz-se necessário que o direito seja dinâmico, inovando e buscando novas soluções mais adequadas aos casos concretos.

Aplicando-se ao processo trabalhista o que foi exposto até aqui, verifica-se que o magistrado trabalhista, diante de um caso concreto para o qual não encontra solução nos dispositivos consolidados, poderá se utilizar de outros ramos jurídicos, como o processual civil, o constitucional etc. O juiz, além de correlacionar as normas entre si, deve considerar o subsistema de valores correspondente ao fato concreto, posto que não pode ficar adstrito a um critério puramente normativo, devendo, então, compreender os sistemas normativos relacionados ao fato e aos valores a eles inerentes.

O legislador, por mais detalhista que seja, não é capaz de prever todos os problemas da vida, no momento da elaboração das normas. Portanto, mais interessante do que saber se determinada conduta é proibida ou permitida por lei, ou melhor, por um sistema normativo, é saber se ela pode ser solucionada pelos demais subsistemas.

O intérprete da lei, diante de uma lacuna, deve passar de um subsistema a outro, como por exemplo, do subsistema legal ao consuetudinário ou ao axiológico ou ainda ao subsistema fático, até que aquela possa ser suprida.

Há um sistema jurídico trabalhista para cada caso concreto, o qual é formado por três conjuntos de elementos relacionados entre si, ou seja, pelo subsistema normativo (pode ser legal ou consuetudinário), o subsistema de fatos e o de valores.

Dessa forma, havendo lacunas no direito laboral e no direito processual trabalhista, deve-se lançar mão do sistema jurídico, em sua totalidade, não apenas o subsistema normativo, sempre se observando o caso concreto submetido à apreciação do magistrado. Ademais, a teoria das lacunas não pode ser estudada tomando-se por base uma visão estática do direito, porque este, na verdade, é extremamente dinâmico, estando em constante mutação, sendo, por conseguinte, lacunoso.

2. Espécies de Lacunas

A mais antiga classificação das lacunas foi proposta por Zitelmann^[06]. Para este autor, as lacunas autênticas ocorrem quando é impossível obter-se uma decisão para um caso concreto a partir de uma análise da lei, enquanto que as lacunas inautênticas surgem quando há previsão legal do fato-tipo, mas a solução possível é considerada insatisfatória ou falsa. Todavia, apenas as primeiras poderiam ser tidas por lacunas jurídicas, sendo as segundas encaradas como lacunas políticas.

Para Karl Engisch ^[07], as lacunas inautênticas seriam lacunas político-jurídicas, críticas, impróprias ou de *lege ferenda*, ou seja, de lacunas do ponto de vista de um direito futuro mais perfeito. Estas apenas poderiam inspirar o legislador a reformular o direito, mas não o órgão judiciário a realizar a integração das lacunas. Já as lacunas autênticas se referem às lacunas próprias, de *lege data*, isto é, de lacunas no direito em vigor. Ressalte-se que, quando se fala em preenchimento de lacunas, é apenas a estas últimas que se está fazendo menção.

Na concepção de Bobbio ^[08], a ausência de uma norma justa denomina-se lacuna de *jure condeno*, ideológica, imprópria ou objetiva, não havendo lacuna no sentido de falta de normas, mas sim de inexistência de norma justa. Por outro lado, há a lacuna real, de *jure condito*, propriamente dita ou subjetiva, imputável ao legislador, a qual ocorre dentro do sistema.

As lacunas impróprias de Zitelmann são chamadas de lacunas de regulação, por Karl Larenz ^[09], significando a incompletude de uma norma jurídica relativamente a um setor material.

Como se observa, as denominações são extremamente variadas. Contudo, é importante salientar que essas classificações não logram êxito no sentido de diferenciar as lacunas normativas das lacunas axiológicas, apesar intentarem fazê-lo.

Segundo Zitelmann, do ponto de vista lógico, o ordenamento jurídico não possui lacunas, visto que "tudo que não está proibido, está juridicamente permitido". Entretanto, essas lacunas a que o autor se refere não são as lacunas normativas, mas as lacunas axiológicas, pois não existe forma de interação humana que não esteja juridicamente regulada. Apenas pode acontecer de a maneira como determinado comportamento é regulado passar a ser considerada injusta, em função da modificação dos valores jurídicos e, nesse caso, surgirá a lacuna axiológica.

Como exemplos de lacunas axiológicas, há as situações em que o legislador conferiu ao juiz somente critérios gerais, como os da boa-fé, do atentado ao pudor, dos bons costumes, entre outros, e o magistrado deverá completar o sentido da norma, levando em consideração a visão moderna da sociedade sobre esses conceitos genéricos.

Há também hipóteses em que a norma existente é tida por inaplicável a determinados casos que, certamente, não teriam sido contemplados pelo legislador, caso ele os tivesse conhecido. Nessas circunstâncias, percebemos que, apesar de haver uma norma regulando logicamente a matéria, tal não é feito de modo suficiente, além de a norma ser considerada injusta, estando-se diante, portanto, de lacunas axiológicas, que precisam ser integradas pelo aplicador do direito.

Partindo-se da classificação em lacunas autênticas e inautênticas, proposta por Karl Engisch, foi elaborada uma divisão entre lacunas voluntárias ou intencionais, que são aquelas deixadas, propositadamente, em aberto, pelo legislador, tendo em vista a matéria regulada ser extremamente complexa, o que exigiria a elaboração de normas assaz minuciosas ou pelo fato de aquele entender não estar em condições adequadas, preferindo delegar essa tarefa ao juiz; e lacunas involuntárias ou não-intencionais, que podem surgir, quando o legislador não analisou o direito robustamente, ou porque a matéria era estranha à época ou, em razão de não ter estudado o caso corretamente.

Uma outra classificação foi proposta por Werner Goldschmidt^[10], segundo a qual existem as lacunas normológicas, referentes à ausência de normas exigidas por outras normas; e lacunas dikelógicas, quando há falta de normas requeridas pela justiça. Estas últimas podem ser diretas, se, por motivos históricos, o legislador não foi capaz de prever a necessidade das normas, ou indiretas, quando as normas existentes são tão injustas a ponto de não serem aplicadas.

A doutrina alemã propôs a distinção entre as lacunas primárias ou originárias, existentes na ordem normativa desde o momento de sua criação; e as lacunas secundárias ou derivadas, que aparecem posteriormente, ou, em virtude de uma modificação da situação fática, ou em função do aparecimento de situações que não se enquadram nos tipos originalmente propostos por um sistema, ou ainda, devido a uma mutação dos valores relativos à ordem jurídica. Tais hipóteses referem-se a questões novas não previstas pelo legislador, as quais dão lugar às lacunas e abrem margem para a integração realizada pelo aplicador do direito.

Interessante é a classificação feita por Paul Foirier^[11], de acordo com a qual há as lacunas técnicas ou *intra legem*, que significam a ausência pura e simples de uma regulamentação; e as lacunas práticas, nos casos em que, embora exista a norma, esta é considerada pelo juiz como inadequada, tendo em vista as novas concepções e costumes sociais.

No entender de Maria Helena Diniz, as lacunas ocorrem quando há o rompimento da isomorfia entre os três subsistemas integrantes do sistema jurídico, ou seja, entre o subsistema de normas, de fatos e de valores. Para a mesma, as espécies de lacunas seriam: as lacunas normativas, quando há ausência de norma para regular determinado caso; as lacunas ontológicas, quando existe a norma, mas esta não corresponde aos fatos sociais, em virtude do desenvolvimento das relações sociais, do avanço tecnológico, os quais ocasionam o ancilamento da norma positiva; e, por fim, as lacunas axiológicas, ante a ausência de normas justas. Esta é a classificação que mais se adequa à abordagem a que se propõe o presente estudo, além de ser de fácil compreensão.

Diante do exposto, pode-se constatar que, apesar de serem inúmeras as classificações das espécies de lacunas, com denominações diferentes, em geral, faz-se referência às lacunas puramente normativas, como também às lacunas que não derivam simplesmente da ausência de uma norma, mas sim da sua incompatibilidade com o contexto social, diferente daquele em que a norma foi elaborada.

Dessa forma, a intenção do estudo da teoria das lacunas é fazer com que se perceba a existência de lacunas outras que não as normativas, para que se possa analisar a atual situação da Consolidação das Leis do Trabalho, cujos dispositivos permaneceram estáticos frente às mudanças ocorridas na sociedade. Na CLT, portanto, encontram-se lacunas axiológicas e ontológicas, que levam o aplicador do direito a um constante exercício de integração, através de suas duas modalidades a auto-integração e a heterointegração.

2.3. A Incompletude do Direito Processual do Trabalho e os Métodos para Integração de suas Normas

O art. 769 da CLT preconiza que, nos casos omissos, serão utilizadas, como fonte subsidiária do direito processual do trabalho, as normas pertinentes ao processo comum, observando-se a compatibilidade destas com aquele. Em virtude dessa subsidiariedade, os operadores da Justiça do Trabalho necessitam, freqüentemente, fazer uso do CPC.

Ainda no tocante à utilização subsidiária do processo civil, verifica-se que muitos são os questionamentos acerca da compatibilidade de novos institutos, introduzidos no processo comum, com as necessidades e omissões do processo do trabalho.

A problemática das omissões do processo laboral agrava-se a cada dia, em razão da estagnação da CLT, principal fonte de normas do citado processo, a qual deixou de acompanhar as modificações ocorridas na sociedade, bem como não se adequou às novas demandas sociais.

Cumprir registrar que, a partir da Emenda Constitucional nº 24/1999, que retirou a representação classista da órbita da Justiça do Trabalho, tornou-se imprescindível uma reformulação dos institutos do processo trabalhista, posto que estes possuem um formato compatível com uma estrutura colegiada nos três graus de jurisdição. Logo, é fácil perceber que o processo do trabalho urge em ser reformado para que possa ser exercido, no primeiro grau de jurisdição, o juízo monocrático, bem como para que sejam incorporadas as tutelas de urgência.

É de conhecimento geral a dificuldade existente para a aprovação de leis, no âmbito do processo do trabalho, especialmente, quando estas visam torná-lo mais célere, encontrando-se forte resistência da classe patronal que,

aliás, é muito bem organizada para a defesa de seus interesses. Portanto, enquanto não ocorre uma reforma na CLT, precisa-se colmatar suas lacunas, utilizando-se de regras procedimentais pertencentes ao processo comum, o que leva os juízes do trabalho a realizarem um constante exercício de integração do direito.

A integração das lacunas pode ocorrer através de dois métodos, como bem asseverou Maria Helena Diniz ^[12], *in verbis*:

[...] dois são os mecanismos por meio dos quais se completa, dinamicamente, um ordenamento: a auto-integração e a heterointegração. A auto-integração é o método pelo qual o ordenamento se completa, recorrendo à fonte dominante do direito; a lei. O procedimento típico é a *analogia*. A heterointegração é a técnica pela qual a ordem jurídica se completa, lançando mão de fontes diversas da norma legal, p. ex.: o *costume*, a *equidade*.

Ademais, a autora supracitada considera os princípios gerais do direito como instrumentos heterointegrativos e entende que a analogia significa a aplicação a um "caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo e não na identidade do fato" ^[13].

A necessidade da colmatação das lacunas presentes no processo do trabalho decorre também da idéia de que se deve conciliar o direito processual com os modernos entendimentos sobre o "acesso à justiça", que foi brilhantemente descrito por Cândido Rangel Dinamarco ^[14], senão vejamos:

[...] o *acesso à justiça* é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo [...] a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um *princípio-síntese* e o *objetivo final*, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um *processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*.

Ocorre que, atualmente, constata-se um descompasso entre o processo trabalhista e o processo comum, ao menos no que tange à busca por institutos compatíveis com as novas demandas jurisdicionais, situação muito diferente do que aconteceu nos primórdios do processo do trabalho, quando

este era um exemplo de simplicidade, celeridade e eficácia processual e serviu de modelo para as reformas havidas no CPC a partir de então.

Com vistas a solucionar essa questão, deve-se utilizar a teoria das lacunas proposta por Maria Helena Diniz, segundo a qual, em determinado sistema jurídico, existem lacunas de natureza normativa, axiológica ou ontológica, para se reconhecer a incompletude do sistema processual trabalhista, mesmo que este disponha de regramento próprio sobre determinadas matérias, como é o caso da execução, objeto desse estudo. Isso porque tais regras não se coadunam com as demandas contemporâneas e a nova realidade social, tornando imprescindível a aplicação subsidiária de institutos mais modernos e eficientes, estabelecidos em outros sistemas.

Pretende-se ir além do que dispõe o art. 769 da CLT e realizar a integração não apenas das omissões, ou seja, das lacunas normativas constantes da CLT, mas também "nas freqüentes hipóteses em que a norma processual trabalhista sofre de manifesto e indiscutível anciloso em face de institutos processuais semelhantes adotados em outras esferas da ciência processual, inequivocamente mais modernos e eficazes" ^[15].

Por fim, deve-se destacar que o intérprete do direito processual não pode se limitar à análise fria das leis e dos códigos, deixando de levar em consideração a realidade social em que se insere o caso concreto que lhe submetido à apreciação.

3. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*: leis ns. 11.187, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06 e outros estudos de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo, Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

Notas

⁰¹ ENGISCH, Karl *apud* DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 69 ss.

⁰² DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 72, nota 1.

⁰³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 73, nota 1.

⁰⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 64-65.

⁰⁵ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 162.

⁰⁶ ZITELMANN *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 84, nota 1.

⁰⁷ ENGISCH, Karl *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 84, nota 1.

⁰⁸ BOBBIO, Noberto *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 84, nota 1.

⁰⁹ LARENZ, Karl *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 85, nota 1.

¹⁰ GOLDSCHIMIDT, Werner *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 87, nota 1.

¹¹ FORIERS, Paul *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 92, nota 1.

¹² DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 138-139, nota 1.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 139-140, nota 1.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 12-13.

¹⁵ CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho: leis ns. 11.187, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06 e outros estudos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-29.

*advogado em João Pessoa (PB), concluinte da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da AMATRA XIII

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9803>