

PROCESSO CIVIL E PROCESSO DO TRABALHO: POSSIBILIDADES E LIMITES DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

CIVIL PROCEDURE AND LABOR PROCEDURE: POSSIBILITIES AND LIMITS OF THE SUBSIDIARY APPLICATION

*AROLDO PLÍNIO GONÇALVES**

1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

O Direito Processual Civil e o Direito Processual do Trabalho são ramos autônomos do Direito Público.

A comparação entre eles demonstra que há institutos jurídicos que são comuns a ambos os ramos, há institutos jurídicos semelhantes, em ambos, há institutos jurídicos em um dos ramos sem correspondência no outro, e há institutos jurídicos que disciplinam de modo diferente questões processuais semelhantes.

Essas questões têm provocado diversas indagações quanto às possibilidades e os limites da atuação do Magistrado, na aplicação do Direito Processual do Trabalho com recurso às normas e aos institutos do Direito Processual Civil.

Uma das indagações que tem se tornado recorrente, nos dias atuais, forma-se em torno das inovações introduzidas por meio de amplas reformas do Direito Processual Civil, que ensejaram maior agilidade no processo e na satisfação do crédito judicialmente reconhecido.

O Direito Processual do Trabalho não experimentou reformas semelhantes, oferecendo, ainda, à aplicação do direito

* Professor Titular de Direito Processual Civil aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG.

material, antigos institutos contemporâneos do advento da CLT.

Essa realidade tem sido propícia às interrogações dessa ordem:

Pode o Juiz abandonar normas e institutos do Direito Processual do Trabalho para aplicar à lide normas e institutos do Direito Processual Civil, mais condizente com o princípio da celeridade e de outros que presidem o Processo do Trabalho?

Tem o Juiz o poder de escolha da norma processual, para, entre a do Direito Processual Civil e a do Direito Processual do Trabalho, aplicar a que entende mais próxima à realidade contemporânea e mais eficaz à concretização da Justiça?

A aplicação da norma processual de um ramo do Direito Processual a outro é uma questão de preferência do julgador?

Por outro lado, interroga-se se as questões suscitadas escapam ao foro subjetivo das escolhas, por encerrar um problema de cumprimento de dever funcional do Juiz, que não é um mero intérprete do Direito, mas o agente estatal no exercício da função jurisdicional.

Este trabalho se propõe a oferecer uma contribuição às reflexões desenvolvidas sobre esses temas e a buscar uma resposta fundamentada às questões expostas, com o auxílio das conquistas já sedimentadas em estudos concernentes à Jurisdição, à Teoria das Fontes, às Lacunas e aos Métodos de Integração.

2 A JURISDIÇÃO COMUM - CIVIL E PENAL, E AS JURISDIÇÕES ESPECIAIS

O Direito Processual pode ser definido como o conjunto de princípios e normas que regem o exercício da jurisdição e seu instrumento de manifestação: o processo.¹

No estudo da jurisdição está, portanto, uma importante chave para a compreensão da divisão dos ramos do Direito Processual e para a delimitação dos campos do Direito Processual comum e dos Direitos Processuais especiais.

1 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012, p. 41-48.

Em suas admiráveis lições, LIEBMAN recorda a remota origem do termo empregado para designar a atividade dos Órgãos do Poder Judiciário na atuação do Direito, expressão que significa a aplicação do Direito ao caso concreto.

Essa atividade, conforme diz “*chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição (iurisdictio)*”.²

Em torno das definições de jurisdição teceram-se grandes debates, com as célebres contribuições de CHIOVENDA, que colocava no centro do conceito a “*atuação da vontade da lei*”, e de CARNELUTTI, que concebia a jurisdição como “*a justa composição das lides*”, dando à palavra lide a conotação de litígio e entendendo que nela “*está sempre implícita uma injustiça*.”³

Quer se acrescente ou se exclua a necessidade da realização da justiça na composição da lide, a jurisdição é atividade do Estado, cuja finalidade é a de solucionar os conflitos pela aplicação do Direito ao caso concreto, o que se faz por meio do processo.

Na doutrina jurídica, encontram-se, frequentemente, as expressões jurisdição ordinária, jurisdição extraordinária, jurisdição comum, jurisdição especial, Justiça comum, Justiça especial, Direito Processual comum, Direito Processual especial.

A jurisdição extraordinária, que se contrapõe à jurisdição ordinária, diferentemente das outras mencionadas, é exercida por órgão que não pertence ao Poder Judiciário.

É extraordinária, por exemplo, a jurisdição que as disposições do art. 52, incisos I e II, da Constituição da República, atribuem ao Senado Federal, para processar e julgar as pessoas mencionadas naqueles preceitos.

A jurisdição ordinária, comum ou especial, é a jurisdição do Poder Judiciário.

A jurisdição ordinária é exercida em matéria civil e penal, pelos órgãos que compõem a Justiça comum, que, no Brasil, em razão do regime federativo, compreende a Justiça Federal, a Justiça

2 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, vol I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 3.

3 CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Rio de Janeiro: Editora Minelli, 2002, p. 33-35.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A distinção entre matéria civil e matéria penal possibilita a aplicação, no âmbito da Justiça comum, do Direito Processual Civil e do Direito Processo Penal.

Ao lado da jurisdição comum, ou ordinária, na organização do Poder Judiciário brasileiro, foram instituídas as chamadas jurisdições especiais, exercidas pelas Justičas especiais: a do Trabalho, a Eleitoral e a Militar.

As atividades jurisdicionais, em cada uma delas, se regem pelo Direito Processual do Trabalho, pelo Direito Processual Eleitoral, pelo Direito Processual Militar.

É nesse quadro que se pode falar em Direito comum e em Direito Processual comum, em Direito especial e em Direito Processual especial.

Como assinala DINAMARCO:

Tanto no âmbito da jurisdição civil quanto da penal, costuma-se fazer a distinção entre jurisdição comum e jurisdição especial. Essas subclassificações têm por critério aproximativo a natureza das normas jurídico-substanciais com base nas quais os conflitos serão julgados. Assim como o direito penal militar é direito especial em relação ao direito penal comum, também o direito do trabalho é direito especial em relação ao direito civil.⁴

Fazendo a correlação entre as Justičas especiais e o Direito Processual, DINAMARCO assevera:

Cada Justiça é um sistema fechado e finito, composto de elementos indicados em números clausus pela Constituição Federal e que são os órgãos judiciários predispostos ao exercício da jurisdição nas causas e nos graus ali estabelecidos.

[...]

Os processos conduzidos pelas justiçaes especiais são regidos por ramos do direito processual especial – direito processual do trabalho, direito processual penal militar, direito processual eleitoral.⁵

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol I, São Paulo: Malheiros Editores. p. 330.

5 DINAMARCO, op. cit. p. 383.

A jurisdição ordinária civil é ampla, e a ela pertencem todas as matérias não expressamente excluídas pelo ordenamento jurídico, que são a matéria penal, sujeita à jurisdição ordinária penal e as matérias sujeitas às jurisdições especiais.

O Direito Processual Civil é o Direito Processual comum em matéria não penal. Em matéria penal, o Direito Processual comum é o Direito Processual Penal.

A jurisdição ordinária civil é a geral, assim considerada porque abrange todas as matérias não expressamente excluídas pelas normas do sistema jurídico.

Nas palavras de LIEBMAN, “*os seus limites podem ser indicados apenas negativamente, por exclusão da matéria penal de um lado e das matérias sujeitas às jurisdições especiais, de outro*”.⁶

A matéria das causas alcançada pelo Direito Processual Civil dá-se por exclusão.

Uma lide civil não é sempre a que apresenta controvérsia referente ao âmbito do Direito Civil e que deve ser resolvida com normas do Direito Civil.

As normas do Direito Processual Civil aplicam-se aos litígios sobre relações jurídicas atinentes à matéria de Direito Civil e de Direito Empresarial, de Direito Agrário, de Direito Administrativo, de Direito Tributário, de Direito Constitucional, e outros ramos, abrangendo conteúdos de Direito Público e de Direito Privado.

Para se encontrar a lide que se coloca sob as normas do Direito Processual Civil, procede-se por eliminação.

Excluem-se as que constituem objeto de jurisdições especiais: do trabalho, militar e eleitoral.

Esse procedimento leva à lide de direito comum, que pode ser civil ou penal.

Se se puder excluir a matéria penal, surge a lide que tem natureza civil.

Discorrendo sobre as matérias compreendidas no âmbito da jurisdição civil, reguladas por normas do Código de Processo Civil

6 LIEBMAN, op. cit., p.14.

e pelas leis extravagantes de natureza processual civil, BARBOSA MOREIRA ressalta o seu caráter residual e a razão que faz do Direito Processual Civil um Direito Processual comum.

Conforme diz:

Fora do campo do processo civil ficam o processo penal, o processo trabalhista e o processo eleitoral, regidos por leis próprias. O conceito de processo civil é, por assim dizer, residual, e não exclui certa heterogeneidade das matérias a cujo respeito, no seu âmbito, se exerce a atividade judicial. Convém assinalar que mesmo os ramos do direito processual estranhos ao civil, como acima citados, admitem como fontes subsidiárias as normas processuais civis, desde que compatíveis com a índole especial de cada um daqueles tipos de processos. Pode-se afirmar, portanto, que o direito processual civil assume no sistema brasileiro o papel de direito processual comum.⁷

As afirmações do eminente Professor são esclarecedoras, mas deve se ter em mente que elas se referem à matéria não penal, porque também o Direito Processual Penal assume o papel de Direito Processual comum em relação ao Direito Processual Militar.

As breves considerações sobre a jurisdição mostram que, à medida em que foram se separando da jurisdição comum, as jurisdições especiais foram organizando a sua Justiça e as normas processuais especiais que regem a sua atuação, que se dá pelo processo.

3 A DELIMITAÇÃO DOS CAMPOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O Direito Processual Civil é o conjunto de princípios e normas que regem o exercício da jurisdição e o processo, nas lides de natureza civil, ressalvadas as que estão sujeitas às jurisdições especiais.

O art. 1º, do Código de Processo Civil dispõe:

7 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As Bases do Direito Processual Civil. In **Temas de Direito Processual (Primeira Série)**. 2ª ed. Saraiva: 1988, p. 3 e 4.

Art. 1º. A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

A jurisdição civil, como visto, não é a que se destina exclusivamente à aplicação do Direito Civil.

Ela se chama civil por oposição à penal e abrange as causas de direito empresarial, administrativo, agrário, fiscal, e de outras matérias para as quais o sistema jurídico não tenha instituído um processo diverso.

A referência feita pelo citado artigo à jurisdição civil, como abrangente da contenciosa e voluntária, é imprecisa e defeituosa.

O que o Código chama de jurisdição voluntária não constitui atividade jurisdicional e não se expressa por meio do processo.⁸

Constitui atividade administrativa, que se exerce por meio de mero procedimento, do qual está ausente a lide e o contraditório.

O Direito Processual Civil não se esgota no Código de Processo Civil, que sistematiza as suas normas, mas compreende, também, a legislação extravagante, como a do Mandado de Segurança, da Ação Civil Pública, da Ação Popular, dos Juizados Especiais Cíveis, disciplinados na Lei 9.099, de 26.09.1995, entre outras.

Abrange toda legislação de índole processual que não se refira à matéria sujeita à jurisdição penal e às jurisdições especiais, que, no sistema jurídico brasileiro são a do trabalho, a eleitoral e a militar.

De igual modo, o Direito Processual do Trabalho contém princípios e normas que regem o exercício da jurisdição especial do trabalho e o processo do trabalho.

Suas normas estão sistematizadas na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e se estendem, também, pela legislação extravagante, de índole processual e matéria sujeita à jurisdição especial do trabalho, como, por exemplo, a Lei 5.584, de 26.06.1970.

8 V. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª ed. 1992, p. 10-13; ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, 1985-1986, p. 1-15

O Direito Processual Civil e o Direito Processual do Trabalho submetem-se aos princípios constitucionais da prestação da jurisdição, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da fundamentação das decisões.⁹

Ambos possuem alguns princípios e normas de conteúdos praticamente idênticos, como, por exemplo, o princípio dispositivo, que exige a iniciativa da parte na busca da tutela jurisdicional (com exceção da previsão do art. 856, da CLT, que trata do Dissídio Coletivo suscitado pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho em caso de greve), o princípio inquisitório, que confere ao Juiz a liberdade de impulsionar o processo, da oralidade, da celeridade processual, da instrumentalidade das formas, que impede a pronúncia da nulidade quando o ato alcança a sua finalidade e não há prejuízo, da não *reformatio in peius*, do convencimento racional do Juiz.

Possuem princípios e normas que, embora compareçam nos dois campos, são mais abrangentes ou mais acentuados no Direito Processual do Trabalho, como, por exemplo, o da oralidade, o do *jus postulandi exercido pela própria parte*, restrito no Direito Processual Civil às causas submetidas ao Juizado Especial Civil (art. 9º, da Lei 9.099/95), o da conciliação.

Possuem princípios próprios e específicos, como o da concentração, no Direito Processual do Trabalho que preconiza a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, enquanto prevalece a recorribilidade, no Direito Processual Civil.

A menção que se faz aos princípios é apenas exemplificativa.

É necessário ressaltar que, no âmbito do Direito Processual Civil, há modelos diferenciados de processos e nem todos os processos sujeitos à jurisdição ordinária civil compartilham dos mesmos princípios.

Nos processos dos Juizados Especiais Cíveis, por exemplo, em que os princípios da simplicidade, da oralidade, da economia

9 Quanto aos princípios do Direito Processual do Trabalho, v. ALMEIDA, Isis. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LT, 5ª ed. p. 36-86; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 58-66.

processual, da informalidade e da celeridade se tornaram critérios de julgamento, conforme previsto no art. 2º, da Lei 9.099/1995, há normas específicas para o cumprimento da sentença e para os recursos cabíveis, que seguem a disciplina da lei especial e não a do Código de Processo Civil.

4 A DISCIPLINA DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO NA CLT

A CLT ainda utiliza a denominação antiga pela qual se designava o ramo do Direito que põe em movimento a jurisdição e cuida da disciplina do processo.

A antiga denominação Direito Judiciário Civil foi, há muito, substituída por Direito Processual Civil, e, nessa trilha, no campo doutrinário, emprega-se a expressão Direito Processual do Trabalho.

Com a terminologia original, de 1943, a CLT trata do “Direito Judiciário do Trabalho” no Título X, que compreende 8 Capítulos, e cuja matéria é assim distribuída:

- I – Disposições Preliminares
- II – Processo em geral
- III Dissídios individuais
- IV Dissídios Coletivos
- V – Execução
- VI – Recursos
- VII – Aplicação de penalidades
- VIII – Disposições finais.

Essa matéria está contida nas disposições dos artigos 763 a 910, da CLT.

A disciplina processual da CLT não é extensa. Ao contrário, é bem restrita, limitando-se a cento e quarenta e sete artigos.

A que se encontra na legislação extravagante também é bem sucinta.

Naturalmente, não se pretende deter na análise de cada um dos artigos, o que escaparia ao propósito inicialmente delineado.

Para o objetivo exposto, interessa mais imediatamente uma análise, ainda que breve, do sentido e do alcance das normas do

art. 763, que define a fonte principal do Processo do Trabalho, e o art. 769, que trata das lacunas do Processo do Trabalho e da fonte supletiva, a ser aplicada no procedimento de integração.

O art. 763, da CLT, assim dispõe:

Art. 763. O processo da Justiça do Trabalho, no que concerne aos dissídios individuais e coletivos e à aplicação de penalidades, reger-se-á em todo o território nacional, pelas normas estabelecidas neste Título

Nesse preceito, a CLT estabeleceu como fonte principal do Direito Processual do Trabalho as normas específicas e especiais de seu Título X, quer se trate da regência dos dissídios individuais ou da disciplina dos dissídios coletivos.

O art. 769, da CLT, preceitua:

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

O dispositivo legal indica o meio pelo qual devem ser preenchidas as lacunas do Direito Processual do Trabalho.

A CLT elegeu, no art. 763, suas normas processuais como fonte principal na regência do Processo do Trabalho e, no art. 769, indicou o Direito Processual comum, que, por exclusão da matéria penal é o Direito Processual Civil, como fonte subsidiária, naquilo que não seja incompatível com suas normas processuais, para a solução dos casos omissos.

O sentido e o alcance das duas disposições do Direito Processual do Trabalho, citadas, assim como a extensão de sua obrigatoriedade, bem como as balizas de seus limites, surgem, claramente, quando se busca compreendê-los com o auxílio das aquisições da Teoria das Fontes do Direito.

5 A FONTE SUBSIDIÁRIA NA TEORIA DAS FONTES

Em uma definição simplificada, pode-se dizer que fontes são modos e formas de produção e de manifestação do Direito.

A doutrina jurídica usa a metáfora “fonte” para significar procedimentos e fenômenos distintos e reúne vários critérios para definir e classificar as fontes do Direito.

A palavra fonte é, geralmente, utilizada para designar as formas pelas quais o direito positivo se manifesta ou o processo de criação do Direito, quer se trate das normas gerais ou das normas individualizadas, inclusive as produzidas pelo processo de aplicação das normas genéricas ao caso concreto.

Na Teoria do Direito, fala-se em fontes formais, como os fatos idôneos a levar à criação da norma do Direito positivo, em fontes materiais ou reais, que são os elementos da realidade social que determinam o conteúdo das normas, e em fontes históricas, que designam os antigos repositórios do Direito.

Do ponto de vista clássico, as fontes formais compreendem a legislação (ou, simplesmente, a lei), o costume jurídico, a jurisprudência e a doutrina, embora, haja autor que sustente que a doutrina é, na verdade, fonte material do Direito.

Citam-se, ainda, entre as fontes do Direito, a analogia, embora ela seja somente um procedimento que consiste na aplicação da lei feita para um caso a um caso semelhante e não previsto, tratando-se, portanto, da aplicação da própria lei, os princípios gerais do direito e a equidade.

Por aplicação de outros critérios, as classificações e as terminologias se multiplicam, como as que consideram as fontes em relação ao Estado e as classificam em estatais (como a legislação), infra-estatais (como os acordos coletivos de trabalho), supra-estatais (como os costumes e os Tratados Internacionais) e extra-estatais (como, por exemplo os estatutos e regulamentos de grupos e instituições sociais e o Direito eclesiástico).

A Teoria do Direito trabalha, também, com uma hierarquia das fontes em geral e das fontes legisladas, em que se ordenam, no ápice, a fonte primária e principal, a fonte preponderante, e, após, em posição subordinada, as fontes secundárias, também denominadas acessórias, subsidiárias, supletivas, cuja função é justamente de suprir, de preencher, de colmatar as lacunas verificadas na fonte principal.¹⁰

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 55-59.

A escala hierárquica das fontes varia, nos ordenamentos jurídicos, conforme se trate de Direito pertencente ao sistema de Direito escrito, ou ao sistema da Common Law.

O ordenamento jurídico brasileiro pertence ao sistema de direito escrito, no qual prevalece o primado da lei, e a ele se aplica a hierarquia das fontes, na qual se preserva o papel preponderante da lei, a escala das fontes legisladas e fontes subsidiárias são invocadas para suprir lacunas na lei.

6 AS FONTES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O Direito Processual do Trabalho tem como fonte principal as Leis, em cuja hierarquia despontam, no grau mais alto, as leis constitucionais, situando-se nos graus inferiores as leis infraconstitucionais - a lei ordinárias e os decretos-leis recepcionados pela ordem constitucional, os Decretos, os Regimentos Internos dos Tribunais.

A essa relação, acrescenta-se a fonte subsidiária legislada: o Direito Processual Civil, e as Súmulas da Jurisprudência Predominante, as Orientações Jurisprudenciais, os Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho.

Quando integrados ao Direito positivo, são também fontes secundárias as Convenções da Organização Internacional do Trabalho e os Tratados Internacionais.

Alguns autores ainda invocam os costumes, embora sejam raras e remotas as possibilidades de que eles interfiram como fonte no Direito Processual.

Em sede doutrinária, não é raro encontrar-se, por referência ao art. 8º, da CLT, a menção à analogia, à equidade e os princípios gerais do Direito, como fontes do Direito Processual do Trabalho.

Não se deve, entretanto, confundir as fontes do Direito do Trabalho, que são as mencionadas no art. 8º, da CLT, com as fontes do Direito Processual do Trabalho.

Assim estabelece o art. 8º:

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.

A leitura atenta do citado artigo mostra que ele não contém norma de natureza processual.

Suas disposições se referem ao conteúdo das decisões, portanto, ao direito material, ou substancial, aplicado.

Anote-se, também, que o art. 8º, da CLT, refere-se às atividades das Autoridades administrativas e da Justiça do Trabalho, que têm atribuições e funções distintas, não possuindo, as primeiras, competência jurisdicional.

Mesmo que as Autoridades administrativas, no exercício do poder de fiscalizar a observância da legislação trabalhista, sejam competentes para aplicar multas, a última palavra sobre a legalidade e a licitude do resultado dessa atribuição, em caso de conflito, caberá sempre ao Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional.

A jurisprudência, a analogia, a equidade, os princípios gerais do Direito, principalmente do Direito do Trabalho, os usos e costumes, o direito comparado, na dicção do citado artigo, são fontes secundárias, que podem ser invocadas para cobrir as lacunas da lei ou das normas contratuais, na esfera do direito material do trabalho.

Ressalve-se que as fontes do Direito do Trabalho vão além da enumeração da CLT e a sua hierarquia é menos rígida do que a do Direito comum.¹¹

De todo modo, o parágrafo único, do art. 8º, ao preconizar que o Direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, completando o *caput* do artigo, fortalece ainda mais o convencimento de que os meios previstos naquele dispositivo, para suprir a falta de

11 V. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 177.

disposições legais e contratuais, são fontes secundárias do Direito material do Trabalho, e não do Direito Processual do Trabalho.

7 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMO FONTE SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

No art. 769, da CLT, o Direito Processual comum é expressamente nomeado como fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho.

Como visto acima, a expressão Direito Processual comum, deslocada de seu contexto, poderia significar o Direito Processual Civil ou o Direito Processual Penal.

No contexto do art. 769, da CLT, a expressão é usada na acepção de Direito Processual Civil, de vez que trata de aplicação, pelo órgão jurisdicional, de direito material que não se insere na órbita do Direito Penal.

No rol das fontes supletivas do Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Civil é a mais importante, tanto porque participa da natureza das fontes legisladas, como pelo grau de elaboração que já alcançou e da proximidade de seus institutos com os do Direito Processual do Trabalho.

Não se pode deixar de assinalar que ambos tratam da mesma realidade que diz respeito ao exercício da jurisdição e ao processo, embora as normas de direito material civis e trabalhistas, aplicadas pela atuação da função jurisdicional, por meio do processo, se destinem à regência de realidades distintas.

Os doutrinadores, às vezes, buscam o fundamento da aplicação supletiva do Direito Processual Civil ao Direito Processual do Trabalho no princípio da subsidiariedade.

Todavia, o Direito Processual comum é referido na própria lei como fonte subsidiária, o que significa que sua aplicação para suprir as lacunas se legitima pela própria disposição legal da CLT, na qual tem o seu fundamento.

Em outras palavras, a sua força, como fonte subsidiária ou supletiva, deriva diretamente da lei, e não da força dos princípios gerais ou especiais do Direito.

A aplicação do Direito Processual Civil ao Processo do Trabalho, nos termos previstos no art. 769, da CLT, pressupõe a lacuna (“nos casos omissos” diz a lei) e a compatibilidade com as normas processuais sistematizadas no Título X, da CLT.

Obviamente, se as normas do Direito Processual Civil contrariarem as disposições do Direito Processual do Trabalho a aplicação subsidiária se tornará um verdadeiro contra-senso, com a criação de verdadeiras antinomias no Direito.

8 O PROBLEMA DAS LACUNAS

A existência de casos omissos no Direito Processual do Trabalho é a primeira condição para que o Juiz se socorra do Direito Processual Civil, para assegurar o desenvolvimento do processo.

Está-se, portanto, diante do problema das lacunas.

A admissão da existência de lacunas, na Teoria Jurídica, importa na aceitação da incompletude do ordenamento jurídico.

Como o legislador não pode tudo prever, ou como pode ele, por diversos motivos, deixar de legislar sobre certos aspectos da realidade, é possível que o ordenamento jurídico não contenha resposta para todos os casos que se apresentem à decisão do julgador; é possível que para determinada pretensão não haja procedimento previsto, ou que a prática de determinado ato pela parte ou pelo juiz não componha a cadeia do procedimento em conformidade com o modelo legal do processo.

Entre as várias definições de lacunas e várias propostas para resolver o problema da incompletude do ordenamento jurídico, a doutrina já divulgou e sedimentou, por diversas formas, o brocardo que diz que “*se há lacunas na lei, não há lacunas no Direito*”, ou, em outras palavras, a lei pode conter lacunas, mas o Direito não as contém.

Tal assertiva assinala, em última análise, que não há verdadeiras lacunas no ordenamento jurídico quando este oferece ao intérprete e ao Juiz os meios de preencher os seus vazios.

Merece, ainda, referência a teoria que caracteriza a lacuna não pela falta de norma para resolver o caso concreto, mas pela

falta de critérios válidos para se decidir qual das normas existentes deve ser aplicada.

Dentre as várias classificações de lacunas, tem adquirido importância crescente a que as divide em lacunas reais e lacunas ideológicas.

A classificação, devida sobretudo aos trabalhos de BRUNETTI, encontrou ampla divulgação na doutrina de NORBERTO BOBBIO, que assim a expõe.

Entende-se também por “lacuna” a falta não já 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. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídica como ele é, mas da comparação entre o ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença desse modo: as lacunas ideológicas são lacunas de iure condendo (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são de iure condito (do direito já estabelecido).¹²

As lacunas ideológicas surgem, como visto, da comparação entre um ordenamento existente e o seu tipo ideal, ou, um ramo, um instituto, uma categoria jurídica, ou mesmo um conceito existente comparado com o que se entende que deveria ser.

Elas aparecem quando a solução para o caso existe, mas é tida por inexistente porque considerada injusta.

As reais são as lacunas verdadeiramente presentes, quando falta, na norma jurídica, a solução para o caso concreto.

As lacunas são, ainda, classificadas em próprias e impróprias.

As lacunas próprias são as existentes dentro do sistema.

As impróprias são assim concebidas pela existência de casos não regulamentados, como, por exemplo, a conduta que se acredita que devesse ser sancionada, mas não encontra tipificação na lei,

12 BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 140.

ou a pretendida aplicação de sanção que não encontra previsão na cadeia dos atos processuais.

Como elucida BOBBIO, o que distingue as duas espécies de lacunas é que as próprias podem ser eliminadas pelo intérprete, enquanto as impróprias só podem ser eliminadas por meio da formulação de novas normas, tarefa que compete ao legislador.¹³

O preenchimento das lacunas se dá por métodos que a doutrina, utilizando a terminologia cunhada por CARNELUTTI, denomina de autointegração, no qual se empregam as fontes do mesmo sistema, e de heterointegração, no qual se buscam fontes exteriores ao sistema jurídico, ou fontes diversas da dominante no sistema.

9 A APLICAÇÃO DO DIREITO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

No ordenamento jurídico brasileiro ao Juiz não é lícito proferir o *non liquet*.

O Julgador pode se equivocar na aplicação do Direito, mas não pode deixar de prestar a jurisdição.

O Juiz não pode deixar de julgar, e deve julgar os casos que lhe são apresentados com base em norma do sistema jurídico.

Nesse sentido, o art. 126, do Código de Processo Civil, estabelece:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Essa disposição, que proíbe o Juiz de se eximir de julgar e que exige que o julgamento se baseie em norma e em recursos consagrados no sistema jurídico, encontra paralelo no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que trata das lacunas e dos meios adotados para seu preenchimento.

13 BOBBIO, op. cit., p. 144.

Encontra, também, correlação no art. 8º, da CLT, que se remete às fontes que deverão fundar a decisão, em caso de lacunas, indicando a jurisprudência, a analogia, a equidade, os princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, os usos e costumes, o direito comparado, e, como fonte subsidiária, o Direito Civil, quando não for incompatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

Entretanto, é necessário ressaltar que as normas de direito material que indicam e delimitam as fontes que devem ser aplicadas nas decisões não se confundem com as normas de natureza processual.

Há relações, e não identidade, entre o direito processual, enquanto disciplina o exercício da jurisdição e do processo, considerado como o procedimento que se realiza em contraditório na preparação do provimento, e o direito material ou substancial, que é exatamente o concretizado pelo provimento, enquanto ato imperativo estatal.

O fato de o Juiz ser obrigado a decidir as controvérsias que lhe são apresentadas com base em normas do sistema jurídico não significa que ele possa escolher as normas processuais que irá aplicar no curso do procedimento preparatório do provimento.

O Magistrado, como órgão da jurisdição, não pode exercer uma faculdade de escolha que não possui.

Não se pode ignorar que, no Direito do Trabalho, tem ampla aceitação a tese da prevalência da norma mais favorável, aferida com base na teoria da acumulação ou na teoria do conglomerado.¹⁴

Não cabe, todavia, o transplante dessas teorias para o campo do Processo.

As normas processuais são imperativas e esse caráter deve ser sublinhado, porquanto o exercício jurisdicional é o exercício de uma função e de um poder estatal, que se exerce com a participação das partes.

Para que a competência para julgar, que importa no exercício de um poder autorizado por normas jurídicas, se cumpra no quadro

14 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 129/132.

legal, é preciso que a função jurisdicional se exerça nos limites das normas jurídicas instituídas para sua disciplina, a fim de que a aplicação do Direito não se confunda com um ato meramente arbitrário.

10 O SUPRIMENTO DAS LACUNAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Com o auxílio das construções jurídicas apresentadas acima, embora sucintamente, podem-se encontrar as respostas para as indagações postas no início deste estudo.

Não é lícito ao Juiz transplantar uma norma processual feita para disciplinar o exercício de uma jurisdição para outra jurisdição diversa, sem autorização de norma do sistema.

Não pode o Juiz abandonar um instituto do Direito Processual do Trabalho ou as normas que regem as etapas do Processo do Trabalho, para aplicar instituto ou normas do Direito Processual Civil.

Se o fizer, o Magistrado não estará aplicando o Direito Processual Civil como fonte subsidiária, mas, sim, como fonte principal.

Estará, desse modo, invertendo a teoria das fontes, para mudar a sua hierarquia.

No sistema jurídico brasileiro, as fontes legisladas são hierarquizadas.

Para a aplicação subsidiária do Direito Processual Civil, o primeiro requisito é a existência da lacuna.

Não basta, portanto, que o instituto do Direito Processual Civil seja harmônico e compatível com os princípios do Direito Processual do Trabalho, para que tenha aplicação no processo do trabalho.

Se o Julgador abandonar o instituto do Direito do Trabalho existente para aplicar o instituto do Direito Processual Civil, por considerá-lo mais adequado, por ensejar maior celeridade, por ser mais condizente com os princípios do Direito do Trabalho, estará,

por certo, criando uma lacuna que não existe no Direito positivo, estará declarando, ainda que tacitamente, uma lacuna ideológica, que, como se viu, baseia-se na comparação do direito existente com o direito ideal.

É preciso não perder de vista a necessária separação entre normas de direito processual e normas de direito material.

Assim, se é possível dizer que o direito material do trabalho protege o hipossuficiente, a mesma afirmação, apesar de abalizadas opiniões em contrário¹⁵, não pode ser feita no campo do exercício da jurisdição e do processo.

O Direito Processual do Trabalho pode conter normas que sejam mais compatíveis com a posição das partes, como, por exemplo, a das conseqüências do não comparecimento do Reclamante ou do Reclamado à audiência inaugural, ou a da distribuição do ônus da prova.

É uma opção lógica da legislação, no equilíbrio da atuação das partes, no processo, quando ela puder ser afetada por circunstâncias extraprocessuais.

Sempre que houver a intenção de se promover, no processo, o equilíbrio que falta nas relações sociais, a providência deve vir consagrada em lei, para compor um modelo de processo destinado a todos os jurisdicionados.

Contudo, se o exercício da jurisdição devesse se fazer para beneficiar uma das partes, sem apoio em norma jurídica preexistente na cadeia do procedimento, aplicável ao caso por designação do próprio ordenamento jurídico, ter-se-á quebrado um princípio de natureza constitucional, que é a observância do contraditório, com a participação das partes em simétrica paridade, na busca de uma decisão favorável, dentro do modelo legal do processo.

Ter-se-á quebrado, simultaneamente, as exigências da impessoalidade e da imparcialidade do Juiz, no exercício da jurisdição.

A transposição das normas do Direito Processual Civil ao Processo do Trabalho, sem a observância da existência de lacunas,

15 ALMEIDA, Isis, op. cit., p. 27.

da natureza subsidiária e da compatibilidade, torna o processo do trabalho deformado e esgarçado.

Onde se admite a existência de duas normas antinômicas da mesma hierarquia, o intérprete, ou o Juiz, está, sem dúvida, diante da possibilidade de uma escolha.

Mas, quando se trata de normas de diferentes hierarquias, porque situadas em diferentes escalões das fontes do Direito, a mencionada transposição rompe a unidade e o equilíbrio do sistema.

Essa ruptura, agravada pela inobservância do princípio da impessoalidade e da imparcialidade, traz incontáveis prejuízos para o ordenamento jurídico e para os jurisdicionados.

11 CONCLUSÃO

Ao Juiz não cabe recriar o sistema jurídico, segundo seus valores pessoais.

No exercício da jurisdição, ele deve observar o dever de imparcialidade, atuando de acordo com o modelo legal de processo e com as normas processuais.

A esse propósito, é oportuno recordar a sempre preciosa lição de DINAMARCO:

Os mais destacados desdobramentos da impessoalidade da atividade jurisdicional são o dever de imparcialidade do juiz e a indelegabilidade da jurisdição.

O Estado-de-direito atua, inclusive sub specie jurisdictionis, com obediência às regras e princípios de justiça que ele mesmo consagrou em fórmulas residentes na Constituição e na lei, sendo inadmissível que um agente seu, mero ocupante passageiro de um cargo, pudesse sobrepor seus sentimentos ou seus próprios interesses a esses critérios objetivamente estabelecidos de forma legítima e impessoal (supra, n. 81). Tal é a conexão entre o dever de imparcialidade e o caráter impessoal do exercício da jurisdição.¹⁶

A participação equitativa das partes no processo e a independência e imparcialidade do Órgão da jurisdição estão no

¹⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 337.

cerne dos Direitos com pretensão à universalidade, como se lê no art. 10, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo 10 – Todos, em plena igualdade, têm direito a que sua causa seja ouvida, equitativamente e em público, por um tribunal independente e imparcial, que decidirá sobre os seus direitos e as suas obrigações, ou sobre qualquer acusação penal, que lhes seja feita.

A independência e imparcialidade dos julgadores são garantias de que a participação da parte na preparação do provimento não será um mero jogo ou um simulacro de justiça, mas a verdadeira participação dos jurisdicionados na concretização do Direito construído pela sociedade, do qual são eles os verdadeiros destinatários.

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2013.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Isis. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 1993.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985-1986.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol I. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**, Primeira Série, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Rio de Janeiro: Editora Minelli, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini,

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol I. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2ª ed. 2012.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1985-1986.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

