

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas; Maria dos Remédios Fontes Silva; Daniel Oitaven Pamponet Miguel –
Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-639-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS LACUNAS NO DIREITO - O ART. 15 DO CPC COMO NORMA DE SOBREDIREITO.

GAPS IN THE LAW - ART. 15 OF CPC2015 - UBERRECHT

André Luiz Ferreira Santos ¹

Resumo

Um estudo com base nas teorias da norma jurídica e do ordenamento jurídico, tendo a norma como definidora do mundo jurídico, que analisa as lacunas do direito e o modo de sua integração. Conta com o auxílio da classificação das normas de Arnaldo Vasconcelos, especialmente no que diz respeito à destinação – normas de direito e normas de sobredireito, bem como das lições de Maria Helena Diniz quanto ao conflito e lacunas das normas. Ao final, é examinado se a norma do Artigo 15 do novo Código de Processo Civil se traduz como uma norma sobredireito no ramo processual.

Palavras-chave: Lacunas da lei, Normas de sobredireito, Art. 15 do cpc2015, Teoria da norma jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

A study on the basis of the theories of the rule of law and the legal system, having the norm as defining of the legal world, that analyzes the questions not covered by statute law and the way of its integration. Account with the aid of the classification of the norms of Arnaldo Vasconcelos, especially in what he says respect to the destination - norms of right and norms of “sobredireito”, as well as of the lessons of Maria Helena Diniz.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Gaps in the law, Art. 15 of cpc2015, Theory of legal norm

“Pontes de Miranda pergunta: o que é sobredireito? E responde: “São as regras sobre a incidência das leis. A pesquisa delas, sistematicamente, é dos nossos dias. É de admirar que se deixasse tal missão ao fim do século XIX e começo do século XX”. E ainda: “A palavra portuguesa que melhor traduz *Überrecht* é sobredireito. Não se trata de direito superlativo, de direito hipertrofiado, a que serviria, com mais exatidão, a expressão “superdireito”; mas de direito que está por sobre outro direito, que dita regras a outro direito, que é direito sobre direito” (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946. T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963*).

1 NOTA INTRODUTÓRIA

O objeto do presente trabalho é examinar se a norma do artigo 15¹ do novo Código de Processo civil² se traduz como norma sobredireito, ou de interpretação como superdireito – é preciso esclarecer que esta pesquisa se realiza sob a ótica de Arnaldo Vasconcelos, cuja teoria sobre a norma jurídica traz importante classificação das normas quanto a sua destinação, dentre outras importantes séries de catálogo, como a realizada por Maria Helena Diniz.

A teoria da norma jurídica em Arnaldo Vasconcelos escapa do mero descritivismo, afinal a classificação das normas jurídicas constitui tema em que são raras as unanimidades, nesse trabalho se identifica, para esta pesquisa, a opção doutrinária consagrada em Vasconcelos e Diniz.

O trabalho requer lidar com conceito de ordenamento jurídico e a coerência do direito. Nos utilizaremos do pensamento de BOBBIO, para quem, a respeito do caráter da coerência, o problema teórico geral do direito “*é se e em que medida um ordenamento jurídico é coerente, assim também a respeito do caráter da completude, o nosso problema é se e em que medida um ordenamento jurídico é completo*” (1989, p. 116). Ainda de acordo com o pensamento do filósofo italiano “*que o ordenamento jurídico, ou parte dele, constitua um sistema, e um pressuposto de atividade interpretativa, um dos ossos do ofício do jurista*” (BOBBIO, 1989, p. 76).

Como ensina Pontes de Miranda, o direito é um conceito sociológico, então, para que se alcance o justo, “servem a lei, a doutrina e a dicção por parte dos juízes” (GOUVEIA FILHO, 2017, p. 257). Deste modo, diante de lacunas, antinomias, omissões parciais, incompletudes, “a lei é roteiro, itinerário, guia”, e existindo normas que “não se destinam a fazer Direito, que não visam

¹ art. 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

² A Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil), completará dois anos de vigência em março de 2018, o diploma é “a principal fonte do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.1. p. 99.

imediatamente a situações coexistenciais, mas as precedem. Sua função cifra-se em indicar outra norma, precisamente a norma de fazer Direito” (VASCONCELOS, 1978, p. 163).

As normas jurídicas estão inseridas dentro de um sistema normativo cujas disposições, na medida do possível, não se excluem, mas se complementam, buscam coerência, completude, integração, este é o pensamento de doutrinadores clássicos e modernos³.

A norma jurídica reveste a vida social de normatividade jurídica, quando incide na função estatal de distribuir justiça, por meio do direito processual, assume relevada importância porque trata de reger a atividade do poder judiciário e dos que a ele requerem, ou perante ele litigam, daí a buscar a completude é um fim para o qual o artigo 15 do novo sistema processual, inaugurado pela Lei 11.101/2015, cumpre bem na função de supernorma, de sobredireito.

O trabalho é parte da pesquisa de mestrado que objetiva realizar análise crítica das repercussões do direito processual civil aos demais processos, especialmente no processo do trabalho, principalmente no tocante à novel aplicação supletiva, prevista no art. 15 do CPC de 2015, já que o aproveitamento subsidiário do processo comum está consolidado e previsto no ordenamento desde 1939⁴, posteriormente inserido no art. 769 da CLT.

Importante mencionar que não se propõe o exame específico das várias classificações de lacunas a partir da teoria da norma e da teoria do ordenamento jurídico, que serão analisadas apenas como gênero, dados os limites e a extensão que o presente trabalho confere.

2 A LACUNA DA LEI

Não há sociedade sem direito, e este tem como funções a regulação da vida social, a realização dos valores humanos, além de ser uma das formas de controle social - a moral e a religião também podem ser citadas -, mas só a interpretação jurídica⁵ tem poder cogente. É no campo da norma jurídica que estamos situados.

³ A exemplo da moderna teoria do “Diálogo das Fontes”, do jurista alemão Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, introduzido no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques. A teoria do diálogo das fontes supera uma visão do direito que pressupõe para a aplicação de uma nova solução a ab-rogação, derrogação, não recepção ou inconstitucionalidade de uma norma anterior. Ela permite que as normas se complementem, integrando um todo harmônico. (COLNAGO, Lorena de Mello R.; CLAUS, Ben-Hur S. (Org.). A teoria do diálogo das fontes no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 7)

⁴ A autorização à subsidiariedade do processo comum ao Direito processual do trabalho, nas lacunas e desde que houvesse compatibilidade, surgiu com o estruturamento do processo do trabalho no Decreto-lei 1.237/1939 – Art. 39. O direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, salvo naquilo em que for incompatível com as normas deste Decreto-lei.

⁵ Quanto a este aspecto é importante lembrar **Hans Kelsen**, para quem: A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: **a interpretação “correta”**. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal

Mas este não é um campo pleno, há brechas pelo caminho, o jurista, ao constatar omissão ou lacuna no sistema (especialmente no processual), que atualmente é submetido a importante evolução doutrinária, dada a ampliação da noção de omissão normativa, que varia desde a omissão ontológica, que corresponde à existência de previsão normativa que não mais se apresente atual, à omissão teleológica, em face da qual se permite suprir a norma que não mais se revele adequada a propiciar a tutela jurisdicional pretendida.

A ciência do direito busca fixar os limites da aplicação jurídica, apresentando o direito como um todo coerente, com uma unidade sistemática, conciliando antinomias e integrando as lacunas “*criando assim condições para a decisão dos conflitos com um mínimo de perturbação social*” (DINIZ, 2005, p. 213).

Na pesquisa desenvolvida na obra de Maria Helena Diniz sobre a complicada classificação das lacunas, pela ótica do sistema jurídico (fato, valor e norma) diz que existem 03 (três) espécies, nas palavras da doutrinadora:

No nosso entender, ante a consideração dinâmica do direito e a concepção multifária do sistema jurídico, que abrange um subsistema de normas, de fatos e de valores, havendo quebra da isomorfia, três são as principais espécies de lacunas: 1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretem o anquilosamento da norma positiva; e 3ª) axiológica, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta. (2000, p. 94).

DINIZ em “As Lacunas do Direito”, adota como premissas a definição do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio, o conceito de sistema de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e a “tridimensionalidade jurídica” de Miguel Reale, para sustentar uma concepção complexa e não estática do ordenamento jurídico, coerente com a ideia de incompletude.⁶

O preenchimento de lacunas não pode ser realizado ao alvedrio do aplicador do direito, é preciso garantir segurança jurídica, *há segurança jurídica quando o cidadão tem a capacidade de conhecer e de calcular os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos* (ÁVILA,

somente é realizável aproximadamente. (p. 395-397). **Teoria Pura do Direito**; 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

6 Cf. Bruno Ítalo S. Pinto: “Tal construção teórica reconhece o direito como uma realidade complexa, contendo não só a dimensão normativa, como também fática e axiológica. Nessa linha, o sistema do direito é entendido como resultado da composição entre subsistemas interdependentes (isomórficos), de modo que falhas na correlação entre os subconjuntos levam ao aparecimento de “vazios”, situações não solucionadas expressamente pelo ordenamento, porque não previstas pelo legislador.”. PINTO, Bruno Ítalo Sousa. Art. 15 do NCPC: A integração do processo do trabalho na perspectiva da teoria das lacunas do sistema jurídico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 159, abr 2017.

Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18776&revista_caderno=21>. Acesso em jan 2018.

2014, p. 144). Segurança do ordenamento como um todo, pois o ordenamento deve ter durabilidade, calculabilidade. Assim como a ordem jurídica, que “*não pode ser objeto de modificações abruptas, drásticas e incoerentes*”. (ÁVILA, 2014, p. 145).

Entender a distinção entre a segurança da norma, do ordenamento e da ordem jurídica é importante porque permite identificar o objeto da segurança jurídica, e, do mesmo modo, os requisitos para a sua aplicação em cada hipótese.

É em Karl Larenz que encontramos a melhor justificativa para o estudo das lacunas da lei:

Considero o conceito de lacuna imprescindível tanto para a delimitação daquelas «incongruências» das leis que podem legitimar os juízes - de modo conforme à lei - face a «erros de política legislativa», cujo afastamento é em geral reservado ao legislador, como para a distinção entre um desenvolvimento do Direito «imanente à lei» e um desenvolvimento do Direito «superador da lei», só excepcionalmente admissível. A faculdade de preenchimento de «lacunas» resulta directamente do mandato do juiz de aplicar a lei em conformidade com o seu sentido e escopo.⁷

Karl Larenz afirma que o termo lacuna faz referência a um carácter incompleto, de modo que só se poderia falar em lacuna de uma lei quando esta aspira a regular um determinado setor de modo completo. *A fronteira entre uma lacuna da lei e uma falha da lei na perspectiva da política legislativa só pode traçar-se na medida em que se pergunta se a lei é incompleta comparada com sua própria intenção reguladora.* (1997, p. 525).

Acerca da aplicação subsidiária, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, o Decreto-Lei no 4.657/42, dispõe sobre o preenchimento de eventuais lacunas no ordenamento jurídico, estabelecendo que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Art. 4º).

Por isso, o estudo da teoria da norma no tocante à lacuna se faz primordial para que tenhamos normas jurídicas estáveis e compreensíveis, ainda que *portadoras de elevada indeterminação ou de excessivo detalhamento, de falta de clareza e de grande número de remissões.* (1997, p. 148). Nas palavras da comissão de juristas do Senado, responsável pelo novo CPC, *as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.* (1997, p. 525).

Finalmente, problematizamos: o novel artigo 15 do CPC é norma de superdireito que realiza – integra – as normas processuais especiais em caso de omissão total e parcial?⁸

⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 525

⁸ Interessante pensar no que Karl Larenz ensina sobre *lacunas patentes e ocultas*, estas últimas como sendo uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está

3 O QUE SÃO AS NORMAS DE SOBREDIREITO

Pontes de Miranda pergunta: o que é sobredireito? E responde: “*São as regras sobre a incidência das leis. A pesquisa delas, sistematicamente, é dos nossos dias. É de admirar que se deixasse tal missão ao fim do século XIX e começo do século XX*”. E ainda: “*A palavra portuguesa que melhor traduz Überrecht é sobredireito. Não se trata de direito superlativo, de direito hipertrofiado, a que serviria, com mais exatidão, a expressão “superdireito”; mas de direito que está por sobre outro direito, que dita regras a outro direito, que é direito sobre direito*”. (EHRHARDT JÚNIOR; MAZZEI (Coords). 2016, p. 42).

Uma das finalidades principais que persegue o legislador ao ditar as normas jurídicas é motivar as condutas sociais. As normas são formuladas pelo canal da linguagem, *toda norma se formula o puede ser formulada em um lenguaje, pero la norma no es um conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan. Tenemos que distinguir, por lo tanto, entre la formulación de la norma (enunciado normativo) y la norma.* (ALCHOURRON; BULYGIN, 1991, p. 7.).

Pois bem, visto que a norma se perfaz por conduto da linguagem, se dá o nome de interpretação ao processo de determinação do sentido de um texto jurídico. Entretanto, há normas cuja função é ser técnica de aplicação de outras normas.

Sobre o tema é conhecida a lição de Arnaldo Vasconcelos, em sua obra sobre a Teoria da Norma jurídica, em que explica o que são as normas jurídicas quanto à sua destinação ou finalidade, em que se bipartem como normas de Direito e normas de Sobredireito.

Norma jurídica é, pois, aquela com a qual se faz ou se fabrica Direito. Essa noção tornou-se muita grata aos culturalista do Direito que, a partir de Hegel, e com fundamento na sofística grega, conceberam-no como ora simplesmente humana, a refletir o processo evolutivo e o grau de civilização de cada povo.

Entretanto, há normas que não se destinam a fazer Direito, que não visam imediatamente a situações coexistenciais, mas as precedem. Sua função cifra-se em indicar outra norma, precisamente a norma de fazer Direito. São normas sobre normas. Pertencem ao domínio a que Ernst Zitelmann chamou **Superdireito**. Poder-se-á denomina-las com maior propriedade, normas de **sobredireito**. (1978, p. 163).

contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Op. cit. p. 556.

Em sua dissertação de doutorado - Ari Ferreira de Queiroz (2006) - defende que as normas de superdireito seriam aquelas que traduzem aplicação imediata, tal como a eficaz norma do Art. 5º, §2º da Constituição Federal Brasileira de 1988 que determina aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, dispositivo sem similar nas constituições que a antecederam.

Parte da doutrina, com a qual não concordo, dá ao sobredireito um caráter que somente o direito natural havia exercido.⁹ Os internacionalistas gostam de indicar o direito internacional privado (DIP) como *sobredireito* porque “não resolve ele mesmo o litígio, mas indica a lei substantiva que irá resolvê-lo”.¹⁰

Comandos de lei como o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 19 da lei de ação civil pública, e a Lei de introdução às normas do direito brasileiro; o primeiro tendo como fim efetivar no plano infraconstitucional os princípios constitucionais de proteção e defesa dos consumidores; a segunda, o microssistema processual coletivo; a terceira, “*que nunca foi, na verdade, uma lei de introdução ao Código Civil, mas sim uma lei de introdução ao ordenamento jurídico brasileiro*” (EHRHARDT JÚNIOR; MAZZEI (Coords), 2016, p. 33), representam uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito. Isto é, não regula, pelo menos não de modo imediato, a conduta humana, regula outras leis.

4 A NATUREZA JURÍDICA ENTRE AS NORMAS DE PROCESSO CIVIL (GERAL) E OS PROCESSOS ESPECIAIS.

O processo civil utiliza uma jurisdição de direito, ao passo em que o colega laboral se vale mais de juízo de equidade previsto legalmente. A previsão de poder normativo da justiça do trabalho e o recurso às normas produzidas coletivamente (entre sindicatos), são outros diferenciais diante do processo de legalidade estrita civil. Já o processo administrativo, que trilha no âmbito da Administração Pública, tem jurisdição que visa à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Enquanto isto, o processo eleitoral é regido por norma de natureza política.

⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade*. Trad. Marcelo Pimenta. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2001, *apud* GUSSI, Evandro H. B. A Segurança na Constituição. Dissertação de Mestrado. UFRGS, 2005.

¹⁰ Cf. ensina o diplomata Leandro O. Moll, professor no UniCEUB, em artigo “A justiça e as normas de sobredireito: o lugar das regras de conexão em direito internacional privado”. Neste sentido, “Pontes de Miranda considerava o direito internacional privado como verdadeiro sobredireito porque é o ramo do direito que traça as regras para solução de conflitos normativos no espaço, entre a lei de um país e a lei de outro”, cf. COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. *A teoria das nulidades e o sobredireito processual*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a 34, n. 136, out/dez. 1997, p. 43.

Mesmo sendo possível a discussão acadêmica acerca da autonomia científica dos processos especiais (do Trabalho, Administrativo e eleitoral), em cotejo com o Direito Processual Civil, indubitável que não se cuidam de compartimentos estanques da ciência do Direito.

Há comunicação entre esses ramos da ciência do Direito, um diálogo permanente entre eles deve ser encetado com proveito recíproco, com a finalidade de manter íntegro o sistema. De sorte que o Código de Processo Civil tende a impactar tais processos especiais mediante a aplicação supletiva, cada vez mais intensa, dadas as notórias lacunas de que ainda se ressentem a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código eleitoral¹¹ e a norma federal que trata do processo administrativo¹².

Pontes de Miranda, nos *Comentários ao CPC – Tomo 3* – afirmou que nem somente o direito privado, nem só o direito penal, têm processo que se encarregue de preparar situações concretas para a aplicação das regras jurídicas ao caso particular. “*Também ao direito administrativo corresponde o processo administrativo, ao direito político material, o seu (e.g., o processo das eleições)*” (Pontes de MIRANDA, 1996, p. 519-520). E culmina o mestre alagoano: “*O processo chamado civil longe está de somente se referir a pretensões de direito privado que lhes sejam a res in iudicium deducta*” (1996, p. 519-520).

Parece inegável afirmar que os principais institutos da teoria geral do processo (no Brasil) se consolida no sistema através do Código de Processo Civil, assim, embora não entrando no mérito da autonomia dos processos especiais (eleitoral, administrativo, tributário, trabalhista etc), o certo é que estes “*recebem da sua matriz original múltiplas influências, principalmente no tema dos métodos de interpretação e aplicação do direito*”. (MOLINA, 2015, p. 19).

5 O ARTIGO 15 DO NOVO CPC COMO NORMA DE SOBREDIREITO.

O trabalho de Paula Sarno Braga é conhecido por haver destrinchado a cláusula do devido processo legal, desde sua origem no feudalismo inglês, até sua chegada no ordenamento jurídico brasileiro, passando, nesta viagem, pela propagação do instituto pelo mundo. Para esta viagem, Paula Braga analisa, inicialmente, a teoria do fato jurídico, pautada nos ensinamentos de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello (BRAGA, 2007, p. 17); incursiona pela *obrigação como processo* e na seara do negócio jurídico, seu foco é a aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares.

¹¹ Lei federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o código eleitoral.

¹² Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é norma-espelho para os Estados e Municípios.

Um processo devido é também um processo justo e coerente. Este *paper* procura estudar a aplicação das regras do artigo 15 do CPC, concluindo pela ausência de conflito real entre esta e as normas dos processos especiais, conduzindo-nos à necessidade de “um raciocínio científico e da operação jurídica guiada metodologicamente como maneira de se manter ordenamentos jurídicos lógicos, simplificados e distensionadores sociais”¹³.

A ausência (integral) de normas (do direito processual) dá abertura para a aplicação subsidiária. Entende-se por subsidiariedade a possibilidade de aplicação de outras regras processuais ao processo especial, quando inexistirem normas previstas especificamente na CLT, código eleitoral e lei do processo administrativo sobre o tema. Na fase de conhecimento incide o art. 769, da CLT e na fase de execução o art. 889, da CLT, quanto ao processo do trabalho. Os processos eleitorais e administrativo albergam aplicação subsidiária apenas por meio do artigo 15 do CPC2015¹⁴; para o eleitoral¹⁵, havia previsão de alcance subsidiário e supletivo do Código de Processo Penal no processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns conexos, assim como nos recursos e na execução.

Salvador Ferreira de Lima Laurino (2015) afirma que não é fácil a interpretação do art. 15, do novo CPC, pois inicialmente é preciso verificar os conceitos de lacunas e silêncio eloquente, também conhecido como “falsa lacuna”; lacuna é a ausência de norma, norma injusta ou falta de atualidade; já o silêncio eloquente é o exaurimento da disciplina normativa pelo processo especial, de forma que exclui a aplicação do processo comum.

Através da interpretação da intenção do legislador, analisamos o relatório da proposta aprovado na Câmara dos Deputados durante o trâmite do processo legislativo do novo CPC, Deputado Efraim Filho: “A alteração da parte final é por opção técnica, aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa.” Como se vê, é preciso estabelecer a diferença entre as duas regras.

Como bem justificado pelo parlamentar da emenda, enquanto a aplicação subsidiária preenche as lacunas do texto normativo principal, a supletiva complementa. Daí a conveniência do uso das duas expressões. As normas que regulam processos eleitorais, administrativos ou trabalhistas devem indicar as ressalvas que entender cabíveis.

¹³ Cf. FINCATO, Denise Pires. Novo CPC e processo do trabalho: um pouco de metodologia. E-book da PUCRS. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/04.pdf>.

¹⁴ A Instrução normativa nº 39 do TST e a Resolução nº 23.478, ambas de 2016, que estabelecem diretrizes para a aplicação do novo Código de Processo Civil nos âmbitos da justiça do trabalho e eleitoral, respectivamente, são típicas normas de sobredireito, porque submetem, ainda que indiretamente, os magistrados à sua observância.

¹⁵ Cf. Art. 364 da Lei nº 4.737, DE 15 DE JULHO DE 1965, que instituiu o Código eleitoral.

Importante destacar que há corrente que entende que o artigo 15 não se aplica apenas e tão somente na ausência de normas. Para estes doutrinadores, inserindo um dispositivo que expressamente prevê sua aplicação aos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas, o novo CPC se assume como uma norma-mãe (outra expressão para as normas de superdireito), *mais extensa e minuciosa, portadora de regras e princípios que podem e devem ser transportadas aos demais processos, de forma a complementá-los e atualizá-los*.¹⁶.

Neste sentido Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 75):

o legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil

A despeito de não haver consenso na doutrina acerca da diferença entre os conceitos de aplicação *subsidiária* e *aplicação supletiva*, havendo pelo menos nove “diferentes pontos de vista quanto aos significado e abrangência daquelas expressões, com diversos pontos de aproximação e divergência nem sempre definidos¹⁷”, é certo que o comando do sistema processual civil – tipificado no artigo 15 do CPC/2015, inaugura regra forte de sobredireito processual em nosso ordenamento, sendo utilizado para colmatação de lacunas primárias e solução de lacunas secundárias em fenômeno de auto-integração com os processos especiais, dado o estágio de desenvolvimento atual do processo comum.

6 CONCLUSÕES

O artigo 15 do CPC2015 é uma sobrenorma, ou uma norma de sobredireito (a expressão, em português, é criação de Pontes de Miranda). Apenas mediatamente dirige-se ao processo civil, em princípio, o comando deste artigo se dirige aos demais processos não-criminais [trabalhista, eleitoral, tributário e administrativo], e não ao processo civil em si.

¹⁶ GOMES, Milton Carvalho. Repercussões do novo CPC/2015 no processo administrativo: a intimação eletrônica e sua implementação normativa. Jota: opinião. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/repercussoes-novo-CPC/2015-no-processoadministrativo-intimacao-eletronica-e-sua-implementacao-normativa> Acessado em 16.12.2017.

¹⁷ Cf. PINTO, Bruno Ítalo Sousa, op. cit, existem 9 correntes quanto aos significados das expressões supletiva e subsidiária: a) sinonímia; b) Continência; c) Imperatividade da integração; d) amplitude da integração, com maior abrangência da aplicação subsidiária; e) amplitude da integração, com maior abrangência da aplicação supletiva; f) Complementaridade em prol da eficiência (perspectiva teleológica); g) Complementaridade limitada pela segurança jurídica; h) Função integrativa ou interpretativa e, i) natureza da lacuna do sistema jurídico. A distinção entre as correntes acarreta pesquisa para um outro artigo, e, pela extensão deste trabalho, deixa de ser indicada.

O novo sistema processual civil trouxe esta inovação jurídica explícita, a abertura que o Código de Processo Civil, em dispositivo sem precedente no CPC1973, que tem consequências diretas nos processos especiais¹⁸:

Art. 15. Na ausência de **normas** que regulem processos eleitorais, **trabalhistas** ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas **supletiva e subsidiariamente**.

Esse comando legal não tem o condão de romper com a autonomia do direito processual do trabalho, processual eleitoral e administrativo, ainda que haja corrente doutrinária respeitável em sentido contrário¹⁹. O art. 1.046 do CPC é enfático ao enunciar que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente o processo civil.

A aplicação supletiva (ou *complementar*, como afirmado na ementa 80/2011 ao PL 8046/2010 – Senado) diferencia-se da subsidiária, porque ocorre quando uma lei completa a outra norma. Neste sentido, o novel 15 do CPC é uma norma sobredireito, e por que não dizer – uma regra de superdireito dado o alcance na integração do ordenamento jurídico que seu **suporte**/enunciado normativo oportuniza.

É possível sintetizar que: a) não cabe a aplicação subsidiária do CPC/2015, se houver lei processual especial que discipline a matéria de maneira diferente (não há omissão absoluta) ou se o CPC/2015 for incompatível com o devido processo legal inerente ao ramo do processo trabalhista, eleitoral ou administrativo.

Por outro lado, não se aplicará supletivamente o CPC/2015, se:

- a) A lei processual especial esgotar expressamente o tratamento da matéria/instituto jurídico (não há omissão relativa).
- B) A lei processual especial esgotar implicitamente o tratamento da matéria/instituto jurídico. Trata-se do que Karl Larenz chama de silêncio

¹⁸ E nos processos administrativo e eleitoral.

¹⁹ Adepto desta corrente, quanto ao processo laboral, que não teria autonomia, e de que o art. 15 do CPC teria revogado o art. 769 da CLT, o professor Edilton Meirelles afirma que: Esse distanciamento do processo do trabalho em relação ao processo civil tem raízes na equivocada doutrina juslaboralista que sustenta sua autonomia, buscando distanciar o feito trabalhista das formalidades excessivas da demanda civil, bem como no não menos equívoco dos processualistas civis, que têm, em geral, ojeriza do processo laboral dada a informalidade das lides trabalhistas. MEIRELES, Edilton. **O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho**. In: MIESSA, Élisson (Org.). O Novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 62.

eloquente, é dizer, o silêncio é proposital, fruto de deliberada escolha de corte processual, e não ocasional.

c) Se o CPC/2015 for totalmente incompatível com a sistemática jurídica do tema na legislação processual especial.²⁰

Pelo que vimos deste paper, não há dúvida acerca da autonomia e do modo de ser (*law of the land, due process of law*) dos processos próprios. Entender o art. 15 como norma sobredireito, traz segurança de aplicação das normas, uma segurança que depende de elementos argumentativos e processuais.²¹

Utilizar uma norma de superdireito como método de suprimento de lacunas, seja aplicando subsidiariamente ou supletivamente institutos de um corpo normativo sobre outro, não implica em porta aberta para ativismo judicial. O correto estudo da teoria da norma, da teoria geral do direito, importa em verificar que o direito legislado (também na área processual) concretiza o garantismo dos direitos quando o ato decisório atende sua finalidade constitucional, ou seja, quando *concatenar as regras de garantias estabelecidas no plano constitucional*, (RAMOS, 2017, p. 309). Garantismo é um *tipo de concentricidade que remete o seu discurso à cláusula do due process of law* (Idem).

Foi utilizado o parâmetro das lacunas sistêmicas (Maria Helena Diniz), mas temos ciência de que este se sujeita a oposições porque, primeiro, levaria a uma tautologia em razão da expressão “ausência de normas” na redação do artigo 15; segundo, porque o parâmetro amplia a ingerência de normas exógenas no processo especial, desconfigurando-os; terceiro, por conta da suposta necessidade de compatibilidade entre a norma absorvida e o sistema processual especial receptor.²²

Em que pese Hans Kelsen ter considerado a lacuna uma ficção, para ele “o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo” (2009, p. 395).

²⁰ REIMÃO, Clóvis Mendes Leite Reimão dos Reis. Os impactos do novo CPC nos processos administrativos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4845, 6 out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52510>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

²¹ Cf. Humberto Ávila, os elementos argumentativos dizem respeito ao uso de estruturas claras e objetivas de raciocínio, presentes quando as premissas e conclusões do raciocínio jurídico são esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico, bem como a sua construção obedece a critérios racionais de argumentação, baseados na sua consistência formal e na sua coerência material. Os elementos processuais dizem respeito a um procedimento, administrativo ou judicial, que permite e que considera a ampla defesa e o contraditório, bem como garante a fundamentação escrita e lógica das decisões. *Segurança Jurídica*, p. 148.

²² Cf. muito bem sintetizou Bruno Ítalo Souza Pinto, em obra citada, onde o autor supera as objeções ora indicadas.

Em *Fontes e Evolução do direito civil brasileiro* (p. 364 e passim), obra de 1928, Pontes de Miranda apontava as lacunas existente na legislação civil vigente ao tempo quem indicava como deveria, segundo seu entendimento, serem preenchidos aqueles claros encontrados (“devem-se reputar implícitas as regras seguintes ...”, ou, “devia acrescentar”, e ainda, “outras soluções, talvez mais justas poderiam ser adotadas ...”). É na esteira do genial pensamento deste jurista que estudar o instituto das lacunas ainda se faz presente e importante.

Como ensina Gabriel Ivo (2006, p. 188), o direito é um sistema posto em linguagem prescritiva, essencialmente conceitual. Assim, o artigo 15, ora estudado, é um *sistema de referência eleito* pelo direito processual.

Por fim, lembrando um dos eixos de destaque da teoria de Pontes de Miranda (1999, p. 50.), a *incidência infalível da norma jurídica*, é importante dizer que o art. 15 do CPC se aplica aos processos cíveis especiais futuros e aos atos processuais que ainda não foram praticados²³. O sobredireito processual introduzido pelo novel artigo surge como categoria eficazizante dos processos especiais.

Este escrito não precisou recorrer ao mantra principiológico²⁴ que prolifera na atualidade, como escreveu Carlos Ari Sundfeld em artigo intitulado *princípio é preguiça?* (2011, p. 287-305), onde aquele professor tenta explicar que os textos normativos, por mais indeterminados que sejam, devem passar por processo de justificação analítica, é o ônus regulador. O preenchimento de lacunas, sejam integrais ou parciais, requer parâmetros que são definidos pelas teorias da norma e do ordenamento jurídico.

²³ Cf. Leonardo Carneiro da Cunha, o CPC2015, ao tratar da sua aplicação no tempo, mais propriamente nos artigos 14 e 1046, adotou o sistema de isolamento dos atos processuais. Logo, cada ato deve ser considerado isoladamente, aplicando-se, para cada um, a lei em vigor no momento da sua prática.

²⁴ Convém mencionar que existe doutrina atraente a defender pela inexistência de lacunas no sistema jurídico, a partir de uma interpretação pelo modelo metodológico pós-positivistas, que, em resumo, chega à conclusão que toda relação fática, quando não estiver prevista em uma norma-regra jurídica, estaria alcançada por um(a) (norma) princípio. Chegando a defender a dignidade da pessoa humana como pauta normativa para a solução de qualquer lacuna. Não concordamos com esta ideia dada a insegurança jurídica que possibilita, conforme já analisado neste artigo, além disto parece confundir às cláusulas gerais abertas com princípios constitucionais, isto nos remete ao que Lenio L. Streck chama de “filosofia da consciência”, ou socorro à malsinada jurisprudência de valores (Cf. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*^{5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015), e também contra esta transposição de *topoi* político-ideológicos estranhos à gênese do processo, o artigo de Lúcio Delfino, *Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional?* R. Bras. Dir. Proc. – RBDPRO/ Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun.2017.}

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2007.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *O Sistema Aberto do Direito Civil e seus Diálogos com o novo CPC*. In: Coleção Repercussões do Novo CPC. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coords). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- COLNAGO, Lorena de Mello R.; CLAUS, Ben-Hur S. (Org.). *A teoria do diálogo das fontes no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. *A teoria das nulidades e o sobredireito processual*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a 34, n. 136, out/dez. 1997.
- DELFINO, Lúcio. *Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional?* Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. – 17. Ed à luz da lei n. 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FINCATO, Denise Pires. *Novo CPC e processo do trabalho: um pouco de metodologia*. E-book da PUCRS. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/04.pdf>.
- GOMES, Milton Carvalho. *Repercussões do novo CPC/2015 no processo administrativo: a intimação eletrônica e sua implementação normativa*. Jota: opinião. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/repercussoes-novo-CPC/2015-no-processoadministrativo-intimacao-eletronica-e-sua-implementacao-normativa> Acessado em 16.12.2017.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. *Sobre o negócio jurídico de espraçamento sentencial*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 257, out/dez. 2017.
- GUSSI, Evandro H. B. *A Segurança na Constituição*. Dissertação de Mestrado. UFRGS, 2005.
- IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. *O artigo 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho*. In: DIDIER JÚNIOR, F.; BRANDÃO, C.; MALLET, E. (COORDS.) *Repercussões do Novo CPC Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MEIRELES, Edilton. *O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho*. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O Novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MOLINA, André Araújo. *O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microssistema processual trabalhista individual*. Revista TST, Brasília, vol. 81, n.º 3, jul/set 2015

PINTO, Bruno Ítalo Sousa. *Art. 15 do NCPC: A integração do processo do trabalho na perspectiva da teoria das lacunas do sistema jurídico*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 159, abr 2017. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18776&revista_caderno=21>. Acesso em jan 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao CPC. Tomo III*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do direito civil brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 1981, 2ª ed.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo I, Atual. Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 1999.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais: Interpretação realista art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988*. 2006. 552 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Carta de Jundiaí: pela compreensão e concretização do garantismo processual*. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 309-314, out/dez. 2017.

REIMÃO, Clóvis Mendes Leite Reimão dos Reis. *Os impactos do novo CPC nos processos administrativos*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4845, 6 out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52510>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. – Reimpressão – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

STRECK, Lênio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUNDFELD, Carlos A. V. *Princípio é preguiça? Direito e Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VASCONCELOS, Arnaldo. *TEORIA DA NORMA JURÍDICA* – Forense: Rio de Janeiro, 1978.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.