

A reforma trabalhista e os honorários de advogado na Justiça do Trabalho

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho

Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP. Pós-Doutor em Direito pela Université de Nantes, França. Titular da Cadeira n. 21 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Professor concursado e pesquisador da Fundação Getúlio Vargas – EAESP/FGV e Pesquisador do Núcleo de Estudos em Organizações e Pessoas.

Sumário: Introdução – **1** Análise histórica do *jus postulandi* e dos honorários de advogado na Justiça do Trabalho – **2** Honorários contratuais previstos no Código Civil – **3** Honorários advocatícios na reforma de 2017 – **4** Sucumbência e causalidade para fins de condenação de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho – **5** Sucumbência recíproca, proveito econômico e condenação em valor inferior ao postulado – **6** Cobrança de honorários de sucumbência para processos ajuizados antes da vigência da Lei 13.467 – **7** Honorários sucumbenciais para o sindicato – **8** Considerações finais

Introdução

Como se teve a oportunidade de observar anos atrás, quantificar e demonstrar o valor de um serviço não é uma tarefa das mais fáceis. Afirmava-se, na ocasião, ser mais simples valorar um objeto visível, tangível e palpável, cujo preço pode ser medido pelo das suas matérias-primas e das variações decorrentes da “lei da oferta e da procura”. Dizia-se que embora sujeito a esta mesma “norma”, o valor do serviço não podia ser mensurável a partir do valor das coisas que o constituem. Ele era, é e sempre será composto por valores imateriais não tão facilmente quantificáveis. No caso específico do profissional liberal, deveria, por exemplo, abranger seus anos de estudo e de pesquisa, as experiências acumuladas, os êxitos anteriores em situação similar, os textos produzidos e os ensinamentos repassados. Além, naturalmente, precisaria cobrir as despesas rotineiras com a manutenção da estrutura física do estabelecimento.¹

A situação dos advogados, particularmente daqueles que atuam no contencioso, apresenta outra peculiaridade a dificultar sua quantificação. O serviço oferecido por estes profissionais não depende exclusivamente de seus esforços, mas também de um terceiro – o juiz – igualmente suscetível a variações de humor,

¹ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Reflexões sobre o *jus postulandi*, a assistência judiciária e os honorários de advogado na Justiça do Trabalho. *Revista do Direito Trabalhista – RDT*, ano 15, n. 11, novembro de 2009, p. 7.

problemas pessoais e, outros fatores que, por mais que se relute em admitir, podem influenciar na decisão a ser tomada.²

Encontrou-se nos honorários sucumbenciais uma alternativa interessante para a contraprestação do serviço dos advogados. Ao mesmo tempo em que constitui uma forma de compensar as perdas patrimoniais que a parte com razão teve com a contratação de advogados, os honorários sucumbenciais constituem forma interessante de valorar e mensurar o preço dos honorários a partir do resultado alcançado pelo advogado para o seu cliente.³

Após anos de funcionamento exitoso na Justiça comum, não especializada, a regra segundo a qual a parte perdedora deve custear as despesas da parte vitoriosa com o patrono de sua causa foi finalmente introduzida na Justiça do Trabalho. Não, contudo, sem gerar bastante polêmica.

Os dois pontos em que a tese restou mais controversa foram, indiscutivelmente, a opção pela sucumbência em relação a cada pedido e a utilização do proveito econômico como base de incidência do percentual estabelecido entre 5 e 15%.

O escopo do presente texto é revisitar o tema a partir da nova regulamentação sugerida, apresentando ao leitor sugestões para as principais controvérsias.

1 Análise histórica do *jus postulandi* e dos honorários de advogado na Justiça do Trabalho

Ao adotar regime de atribuição da capacidade postulatória às próprias partes nas lides trabalhistas, a legislação consagrou, inicialmente, uma regra que tornou indevidos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho. O entendimento era o de que ao tornar facultativa a constituição de advogado para ajuizar ou defender-se de uma ação na Justiça do Trabalho, o artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, que conferiu *jus postulandi* para as partes, possibilitando-lhes demandar sem assistência de advogado,⁴ teria também tornado indevido qualquer tipo de pagamento à parte contrária em razão da sucumbência. Fundamentava-se a tese no fato de os honorários sucumbenciais servirem justamente para ressarcir a parte da despesa obrigatória com a contratação de um causídico para exigir alguma prestação não cumprida voluntariamente ou para defender-se de alguma demanda injusta. Não seria razoável, por essa razão, que se impusesse à parte

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ Segundo Wilson de Souza Campos Batalha: “No Direito Processual do Trabalho, tendo-se em vista a facultatividade da representação da parte, em princípio não há lugar para a condenação ao pagamento de honorários pela parte adversa” (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1985, p. 354).

vencida o ônus de arcar com as despesas do vencedor que voluntariamente optou pela assistência de um patrono. Se a sucumbência visa ressarcir a parte que foi obrigada a despendar dinheiro com o patrocínio de um profissional, nada é devido àquela que o fez voluntariamente.⁵

Houve, é bem verdade, quem defendesse os honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho após a edição da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.⁶ O Tribunal Regional do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho chegaram a se manifestar neste sentido.⁷ Este último chegou até mesmo a editar a Súmula de número 11, superada por verbetes posteriores e agora pela legislação, com o seguinte teor: “É inaplicável na Justiça do Trabalho o disposto no artigo 64 do CPC, sendo os honorários de advogados somente devidos nos termos do preceituado na Lei 1.060/50”.⁸

Wilson de Souza Campos Batalha insurgiu-se contra este entendimento pontuando que:

É certo que o artigo 11 da Lei 1.060 estabelecia a responsabilidade do vencido pelos honorários de advogado do vencedor a que fosse concedido o benefício da gratuidade. Menos certo, porém, não é que a citada Lei se referia a processos perante a Justiça penal, civil, militar e do trabalho. Seus preceitos deveriam ser aplicados em consonância com os objetivos da Lei, em sua ampla abrangência. Nas hipóteses em que indispensável se torna o patrocínio profissional, os honorários de advogado são devidos. Nas hipóteses, porém, em que o patrocínio profissional é facultativo, como ocorre nos feitos trabalhistas, não se justificaria a oneração do vencido com despesas que a própria lei não reputa necessária.⁹

A Lei 5.584, de 26.6.1970, atribui novo tratamento à matéria criando uma nova figura, os chamados honorários assistenciais (art. 16). Eles diferem dos

⁵ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 10.

⁶ Segundo Pires Chaves: “Os honorários de advogado, devidos na forma da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e quando devam ser calculados sobre o líquido apurado em execução de sentença, são executados justamente com esta, de nada importando que o pedido haja sido feito pela parte. Em tais condições o advogado é parte indireta na demanda trabalhista, pelos encargos decorrentes da assistência judiciária compulsória. O que se há de atender é a prestação exequenda. Se os honorários forem determinados na sentença, como consequência do pedido, a execução deverá corresponder ao seu exato valor, à base do qual se efetivará a penhora. Expressos tais honorários, o advogado tem a faculdade de exigí-los por direito próprio, na mesma execução que tenha por objeto sentença condenatória. Todavia, se na sentença não existiu qualquer alusão a honorários de advogado, não há como incluí-los na condenação, só por inferência a preceitos legais, o que, em última análise, seria ampliar as determinações do julgado” (*apud* BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Op. cit.*, p. 355).

⁷ *Idem*, p. 355.

⁸ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 10.

⁹ *Idem*, p. 355/356.

honorários advocatícios em razão do percentual. Diferem, em segundo lugar, por eles serem destinados ao sindicato e não ao causídico.¹⁰

Neste caso, então, a verba honorária deixava de se constituir em pedido implícito, devendo ser expressamente requerida, posto que perde a natureza de honorários advocatícios para se transformar em honorários assistenciais, os quais reverteriam em favor da entidade de classe assistente (Lei n. 5.584/70, art. 16).¹¹

O Tribunal Superior do Trabalho já decidiu que nas hipóteses em que a Federação atuar na defesa do trabalhador, ainda quando a base esteja organizada em sindicato, ela fará jus aos honorários em questão, se atendidos os pressupostos da Lei 5.584/70.¹² Nada mais correto. A Federação, entidade sindical de grau superior, não deixa de ser um órgão de assistência e defesa do trabalhador. E nos termos da lei em questão é a assistência que autoriza a cominação de honorários. Como a lei não exclui a possibilidade de a assistência ser prestada pela Federação, quando esta o fizer fará jus aos honorários correspondentes.¹³

A inexistência de honorários advocatícios na Justiça Laboral restou reconhecida pelo Tribunal Superior do Trabalho que consubstanciou o seu entendimento nas Súmulas 219 e 329. A primeira diz que na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou do da respectiva família (inciso I). Diz também ser incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo quando preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/70. A segunda limita-se a afirmar que o entendimento da anterior permanece válido depois da Constituição Federal de 1988.¹⁴

Diversos doutrinadores se contrapuseram contra a solução adotada pelo Judiciário trabalhista. Para Jorge Luiz Souto Maior, se o principal argumento para afastar o cabimento de honorários na Justiça do Trabalho é a inaplicabilidade do princípio da sucumbência, é preciso ter em conta que a conclusão não se sustenta. Afinal, existe o princípio da sucumbência no processo do trabalho, tanto que a improcedência total dos pedidos sujeita o reclamante ao pagamento das custas processuais e a improcedência do pedido, cuja instrução requereu prova

¹⁰ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 10.

¹¹ *Ibidem*.

¹² TST, 3ª Turma, RR 1.182/87, DJU 23.10.1987, p. 23.252.

¹³ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 10.

¹⁴ *Ibidem*.

técnica, sujeita o reclamante ao pagamento dos honorários periciais.¹⁵ Destacava ainda, o professor da Universidade de São Paulo, que o fundamento básico da prestação jurisdicional justa consistiria em não permitir que a parte com razão fosse penalizada com qualquer custo processual, revertendo-se estes para a parte vencedora.¹⁶ E conclui afirmando que:

Nesse sentido, para satisfação dos ideais de acesso à justiça nas lides trabalhistas é imprescindível que se adote o princípio da sucumbência no processo do trabalho também quanto aos honorários advocatícios, independentemente de o reclamante estar assistido por sindicato e ganhar até dois salários mínimos ou declarar não ter condições financeiras de demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família (Enunciados 219 e 329 do E. TST).¹⁷

Para o referido autor, a adoção da sucumbência quanto a honorários advocatícios não seria obstada pela manutenção do *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho (art. 791 da CLT). Estaria, portanto, alheia à discussão travada no Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do art. 1º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que eliminava o *jus postulandi* das partes em todas as esferas judiciais; possui base legal, qual seja, o CPC, e corrobora os mais rudimentares princípios da lógica e os ideais do movimento de acesso à justiça.¹⁸

Em sua opinião, ainda que se considerasse viável a manutenção do *jus postulandi* das partes, seria preciso que essa situação, que se demonstra, nitidamente, excepcional, não seja o fundamento para se criar a regra de negar a condenação em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. As exceções não poderiam ser fundamento para a formulação das normas gerais.¹⁹

O referido autor propunha ainda uma solução alternativa. Quando as partes não se utilizarem das mesmas armas no processo deveriam receber tratamento diferente, isto é, quando o reclamante, ou o reclamado, se utilizassem da prerrogativa do *jus postulandi* não se poderia falar em sucumbência quanto ao custo do advogado da parte contrária.²⁰

Com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar outras relações de trabalho além da relação de emprego (Emenda Constitucional n. 45), estabeleceu, no artigo 5º da Instrução Normativa n. 27, de 16 de fevereiro

¹⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*, p. 44.

¹⁹ *Idem*, p. 43.

²⁰ *Idem*, p. 43.

de 2005, que exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios seriam devidos pela mera sucumbência. Além de reconhecer hipótese de cobrança de honorários de advogado na Justiça do Trabalho, o preceito em questão reforçou a ideia de que eles são indevidos quando a lide tratar de discussões relacionadas com o direito material do trabalho.²¹

Passou-se a discutir questões de ordem prática como, por exemplo, a solução para situações em que houvesse pedido principal decorrente de relação de emprego e pedido sucessivo decorrente de outra forma de trabalho. Nesta hipótese, perfeitamente possível na prática, qual seria a solução a adotar? Seriam devidos os honorários advocatícios porque há também um pedido – ainda que sucessivo – que não decorre da relação de emprego? Não seria devido pagamento a este título porque o pedido principal decorre da relação de emprego e ele é o relevante para determinação da exigibilidade deste pagamento? Somente seriam devidos honorários se o pedido principal fosse julgado improcedente e o sucessivo procedente? A instrução não esclarece. Surgiu então uma nova discussão relacionada com o cabimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. A título de contribuição, registrou-se, à época, que a opinião mais acertada, na visão do autor deste texto, seria a última.²²

Outra questão digna de reflexão era o cabimento dos honorários assistenciais quando o sindicato atuasse como substituto processual e não como representante de determinado empregado. Neste caso encontram-se ausentes, as condições previstas no art. 14, da Lei n. 5.584/70, quais sejam a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal e impossibilidade de demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Sobre o assunto, assim se manifestou o Ministro Marco Aurélio Mello:

Pairam dúvidas sobre serem devidos ou não honorários advocatícios quando o sindicato atua como substituto processual nos casos previstos no §2º do artigo 791 e no parágrafo único do art. 872, ambos da CLT e, também, no §2º do art. 3º, da Lei 6.708/79. Indagado se a qualidade de substituto processual do sindicato seria suficiente a excluir a incidência da Lei 5.584/70, na parte alusiva aos honorários advocatícios, refere que a exceção aberta pelo legislador quanto aos honorários objetivou estimular e possibilitar aos sindicatos a prestação de assistência judiciária à categoria profissional. A assistência em análise é lançada como condição básica para a condenação em honorários, tem alcance diverso daquele que cogita a seção II, do cap. V, do título II do Livro II, do CPC, de vez que o sindicato, na maioria das vezes, limita-se a proporcionar ao empregado a representação processual reclamada pela melhor defesa dos respectivos

²¹ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 11.

²² *Idem*, p. 11.

interesses, deixando de intervir no processo para assisti-lo. Assim, a assistência judiciária prevista nas Leis 1.060/50 e 5.584/70 deve ser entendida como benefício concedido àqueles que não podem demandar ou defender-se em juízo, por falta de meios econômicos e que consiste em não pagar as despesas e honorários advocatícios. Trata-se de uma obrigação imposta por lei (art. 14 da Lei 5.584), com o fim de possibilitar aos que percebem menos do que duas vezes o salário mínimo ou apresentem situação econômica desfavorável à propositura da ação sem prejuízo do sustento próprio ou da respectiva família (§1º o do referido art. 14) vir a juízo contando com a aconselhável e não obrigatória representação por advogado (art. 791 da CLT). Ora, diante de tais premissas, ao atuar como substituto processual, o sindicato presta assistência judiciária aos substituídos; em benefício dos substituídos, o sindicato movimenta o corpo judiciário, fazendo frente às despesas respectivas e àquelas alusivas ao processo. Entender que o simples fato de se optar pela substituição implica a impossibilidade de alcançar a condenação em honorários advocatícios é olvidar as circunstâncias que ditaram a criação do instituto do processo do trabalho, com características próprias.²³

Acompanhando este entendimento, foi editada em 19.9.1985, a Súmula 220 em que se asseverava expressamente que “atendidos os requisitos da Lei n. 5.584/70, são devidos os honorários advocatícios, ainda que o sindicato figure como substituto processual”.

O verbete em questão foi, contudo, cancelado em 19.4.1996, o que gerou dúvidas quanto a uma possível mudança no entendimento dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho. Questionava-se, à época, se seria possível concluir, em razão deste cancelamento, que não mais se entendia devidos honorários quando o sindicato figurar como substituto processual da categoria.²⁴

A resposta neste caso foi afirmativa na medida em que o cancelamento sucedeu à edição, em 6.5.1993, da Súmula 310 que expressamente afirmava que quando o sindicato for autor da ação na condição de substituto processual, não seriam devidos honorários advocatícios. Esta segunda Súmula, contudo, também foi cancelada posteriormente, mais precisamente em 1º de outubro de 2003. E com isso surgiu uma nova discussão. Teria este cancelamento representado um retorno ao entendimento anterior dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho? Podia-se concluir, em razão deste cancelamento, que doravante se entende devidos honorários quando o sindicato figurar como substituto processual da categoria?²⁵

²³ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Honorários advocatícios. Atuação do sindicato como substituto. *RT Informa*, 2ª quinzena de agosto de 1982, p. 13.

²⁴ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 11.

²⁵ *Idem*, p. 11.

Após cuidadosa reflexão, percebeu-se que a Súmula 310 foi cancelada em razão de adotar entendimento diverso daquele do Supremo Tribunal Federal no tocante às hipóteses em que o sindicato atua como substituto processual. O que gerou o seu cancelamento não foi a discussão acerca dos honorários, mas acerca da amplitude da substituição processual pelo sindicato.²⁶

Ademais, havia que se ter em conta que os honorários assistenciais foram estabelecidos em caráter excepcional, razão pela qual não podiam ser deferidos senão nos casos considerados pelo legislador, sem ampliações indevidas ou alargamentos impertinentes. E o legislador foi expresso ao só permitir a condenação em honorários advocatícios nas hipóteses em que o sindicato atuasse como “assistente”, figura que não se confunde com a de “substituto processual”. E como adverte Carlos Maximiliano, “as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente”.²⁷

Ora, quando figura como substituto processual, o sindicato não se limita a patrocinar, como assistente do empregado, a reclamação. Atua, ao contrário, como verdadeiro autor da reclamação. Ostenta, portanto, a condição de parte no processo, sem que figure o próprio empregado como sujeito da reclamação. Com isso, sendo certo que a hipótese de substituição processual não se enquadra nos estreitos limites da Lei n. 5.584/70, por não haver assistência de empregado em juízo, não faz o sindicato jus a honorários advocatícios.²⁸

Estabelecido que os honorários advocatícios não são devidos em ação proposta pelo sindicato como substituto processual, decisão em sentido contrário violaria o art. 14, da Lei n. 5.584/70, bem como o art. 16, da mesma norma legal, que determina que os honorários sejam revertidos ao sindicato da categoria.²⁹

Nos claros e expressos termos da lei, somente o sindicato-assistente faz jus a honorários. Não o sindicato-autor. Nas ações que propõe como substituto processual, porém, o sindicato não atua como assistente, mas como autor, o que torna descabido o pleito.³⁰

A reforma trabalhista de 2017 não encerrou o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho. Mudou, contudo, significativamente o regime de honorários da justiça especializada.

²⁶ *Idem*, p. 12.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 227.

²⁸ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 12.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

2 Honorários contratuais previstos no Código Civil

A discussão acerca dos honorários na Justiça do Trabalho voltou a ganhar destaque com o advento do Novo Código Civil que estabeleceu expressamente, em seu artigo 398 que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Em sentido similar há o artigo 404 do mesmo Código que dispõe que “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.³¹

Muitos advogados passaram a, com base nestes preceitos, que consagram o princípio da restituição integral (*restitutio in integrum*), postular o pagamento de honorários contratuais como ressarcimento pelas despesas que seu cliente arcou ao contratá-los, ou arcará ao final do processo. É digno de menção o fato de que os honorários postulados com base no Código Civil não têm como pressuposto a sucumbência, mas a perda patrimonial enfrentada pela parte com a contratação de advogado. Ela não decorre da solução apresentada para o processo, mas do prejuízo enfrentado por uma das partes e do desejo dela de repará-lo.³²

Por esta razão, para que o pleito fosse válido o prejuízo não poderia ser simplesmente alegado, ele precisaria ser comprovado nos autos. Dever-se-ia, portanto, juntar o contrato de prestação de serviços advocatícios, com discriminação dos valores contratados, e, conforme o caso, os recibos ou notas fiscais correspondentes às despesas já efetuadas. A falta de comprovação do prejuízo resultaria, evidentemente, na improcedência do pedido.³³

Não obstante o pleito em questão fosse bastante razoável e encontrasse amparo em norma legal válida, os Tribunais Trabalhistas resistiram em acolhê-lo, na esmagadora maioria dos casos, como demonstram os julgados a seguir:

DIREITO DO TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. RELAÇÃO DE EMPREGO. REGRAMENTO DO DIREITO CIVIL. INAPLICABILIDADE. Na Justiça do Trabalho, em específico nas relações de emprego, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios está disciplinada no art. 14 da Lei 5.584/70. Não comprovadas as condições gerais insertas na norma jurídica (assistência judiciária prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertence o trabalhador, além da percepção de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal) os honorários em questão não são

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

devidos. A jurisdição é limitada pela adoção do sistema da tripartição dos Poderes, ideário de Montesquieu, e não supre a competência legiferante própria do Poder constitucionalmente estabelecido. Considerando-se as exigências da lei para a condenação ao pagamento dos honorários de advogado, a adoção de forma supletiva de pagamento consubstanciada no art. 404 do CC (reparação por perdas e danos) constitui prática que não detém juridicidade. (TRT 2ª Região, 8ª Turma. Processo 01128-2005-001-02-00-9. ACÓRDÃO NUM: 20090593078 DECISÃO proferida em 05 08 2009 e publicada no DOE SP, PJ, TRT 2ª Data: 18/08/2009. Relator ROVIRSO APARECIDO BOLDO).

RECURSO ORDINÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCESSO DO TRABALHO. REGRAMENTO PRÓPRIO: A condenação em honorários advocatícios por perdas e danos, fundada nos artigos 389 e 404, do CC, é incabível no Processo do Trabalho, diante do regramento próprio delimitado pela Lei nº 5.584/70. Recurso ordinário ao qual se dá provimento parcial. (TRT 2ª Região, 4ª Turma. Processo 00769-2007-471-02-00-1. ACÓRDÃO NUM: 20090573891. DECISÃO proferida em 28/07/2009 e publicada no DOE SP, PJ, TRT 2ª em 07/08/2009. Relatora: WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA)

(...) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RELAÇÃO DE EMPREGO. JUSTIÇA DO TRABALHO. Por ter regramento próprio, não se aplica na Justiça do Trabalho as normas contidas tanto no CPC (art. 20, §3º) quanto no atual CC (arts. 389, 395 e 404) que tratam dos honorários advocatícios. A Lei n. 5.584/70, juntamente com a Lei n. 1060/1950, com a nova redação dada pela Lei n. 7.510/86, tratam dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, determinando que estes só serão devidos quando o Obreiro estiver assistido pelo seu Sindicato e declarar sua impossibilidade de contratar um advogado sem prejuízo de seu sustento e de sua família ou comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo legal (Súmula n. 219, I, do c. TST). Tendo em vista que tais requisitos não estão presentes nos autos, deve ser mantida a sentença de origem que indeferiu o pedido obreiro de honorários advocatícios. Recurso Ordinário do Reclamante ao qual se nega provimento. (TRT 23ª Região, RO - 00518-2007-009-23-00. DECISÃO proferida em 26/09/2007 e publicada no DJ/MT DATA: 28/09/2007. Relator: DESEMBARGADOR LUIZ ALCÂNTARA)

Divergia-se, contudo, desta solução em razão de o pleito de honorários fundado no Código Civil ter como objeto a reparação integral por todos os prejuízos causados pelo devedor ao credor independentemente da existência de um processo e da solução apresentada nele. Entendia-se que as peculiaridades procedimentais e principiológicas do processo do trabalho não deveriam servir de argumento para impedir o acolhimento deste pleito.³⁴

³⁴ *Idem*, p. 13.

3 Honorários advocatícios na reforma de 2017

A reforma trabalhista de 2017 sepultou as discussões acerca do cabimento ou não dos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho ao inserir um novo preceito, o artigo 791-A, ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho. Eis o que diz o preceito em questão:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

A partir de uma simples leitura da exposição de motivos apresentada pelo relator do Projeto na Câmara dos Deputados é factível concluir que a sucumbência então estabelecida tem dois propósitos bastante claros. O primeiro é inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. O segundo é adotar a teoria da causalidade para atribuir a responsabilidade pelas custas a quem deu causa ao processo.³⁵

³⁵ A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias.

4 Sucumbência e causalidade para fins de condenação de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho

O princípio da sucumbência, por meio do qual a parte vencida deve sempre arcar com os honorários de advogado da vencedora, foi introduzido no Processo Civil pela Lei 4.632, de 18.5.1965.³⁶

Há várias possíveis definições para sucumbência e para sucumbente. Segundo Jean Vincent, citado por Yussef Sahid Cahali, “sucumbir é ver a ação rejeitada se se é o autor, ou ver pronunciadas as condenações contra si, se é o réu”.³⁷ Noutra definição, pode-se conceituar sucumbência como o gravame que alguém deverá sofrer em decorrência de uma ação judicial. Há quem diga que é o gravame sofrido por quem se apresenta em juízo desassistido de direito. Pode-se até adotar esta assertiva, desde que entendamos o vocábulo *direito* não apenas em sentido material, porquanto o autor que vê o processo ser extinto sem julgamento do mérito também é sucumbente.³⁸

Sucumbente, por sua vez, consoante magistério do célebre Enrico Tulio Liebman, “è la parte le cui domande no sono state accolte, sai pude per motivi diversid al mérito, o que llache, non avendo proposto domanda alcuna, vede accolte le domande dela controparte”.³⁹

No processo do trabalho o princípio historicamente tinha aplicação integral no que dizia respeito às despesas processuais (CLT, art. 789, §4º, art. 852, §2º), e parcial no que dizia respeito aos honorários advocatícios.⁴⁰ Agora passa a ter aplicação nos dois casos, mas com conotação significativamente distinta.

Ora, a responsabilidade das partes pelas despesas do processo, que naturalmente inclui o pagamento de honorários de advogado, pode ser resolvida segundo três critérios fundamentais. É possível estabelecer que cada qual dos litigantes tenha as suas próprias despesas, regra que prevalecia em relação aos

A entrega da tutela jurisdicional consiste em dever do Estado, do qual decorre o direito de ação. Todavia trata-se de dever a ser equilibrado contra o impulso da demanda temerária.

Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho.

Além disso, o estabelecimento do sistema de sucumbência coaduna-se com o princípio da boa-fé processual e tira o processo do trabalho da sua ultrapassada posição administrativista, para aproximá-lo dos demais ramos processuais, onde vigora a teoria clássica da causalidade, segundo a qual quem é sucumbente deu causa ao processo indevidamente e deve arcar com os custos de tal conduta.

³⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1985, p. 354.

³⁷ VINCENT, Jean. *Procédure civile*, p. 972. *Apud* CAHALI, Yussef Sahid. Honorários de advocatícios. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 41. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 482.

³⁸ BEBBER, Júlio Cesar. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 460.

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*, v.1, n. 86, p. 167. *Apud* Yussef Sahid Cahali. Honorários de advocatícios. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 41. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 483.

⁴⁰ *Idem*.

honorários sucumbenciais na maioria dos casos, como já visto, é possível estatuir que o vencido as suporte por inteiro, regra vigente para o tratamento atribuído às custas; ou conforme um sistema intermédio, segundo o qual o vencido poderá, ou não, atentas as circunstâncias, ser compelido ao reembolso.⁴¹

Os três sistemas reproduzem, nos dizeres de Cahali, “os vários estágios da evolução dos ordenamentos jurídicos e da própria ciência do direito, na busca do termo-limite entre o direito de ação e o impulso do demandista temerário”.⁴²

A solução adotada pela Lei 13.467 aplica, de certa forma, a segunda teoria mencionada na medida em que estatui que o vencido suporte as despesas processuais por inteiro. O faz, contudo, em relação a cada um dos pedidos, o que é razoável, na medida em que o processo do trabalho é, em sua essência, um processo complexo, que congloba diversas demandas dentro de um mesmo feito.

A escolha feita gera, contudo, alguns desconfortos, em especial para os reclamantes. Não obstante só tenha que pagar custas se for sucumbente em todos os seus pleitos, quem demanda na Justiça do Trabalho terá que pagar honorários em relação a cada um dos pedidos que formular e for considerado improcedente. É possível, desta feita, que alguém que tenha se sagrado vitorioso em dezenove dos vinte pedidos formulados ainda assim tenha mais a pagar do que a receber. Basta que o pedido sucumbente tenha sido formulado em valor muito superior aos pedidos vitoriosos.

Como bem observa Yussef Sahid Cahali, deve-se ter presente que a ideia de causalidade, expressamente mencionada na exposição de motivos do projeto de lei que resultou na Lei 13.467, não se dissocia necessariamente da ideia de sucumbência. Ela adota as máximas de bom senso para que a indagação acerca de qual das partes terá dado causa ao processo, seja respondida da seguinte forma: a parte que estava errada. O pressuposto da obrigação de reembolso das despesas consistiria, outrossim, em que tenha dado causa às mesmas uma pessoa diversa daquela que as antecipou. E cita Chiovenda, segundo quem “la spesa è definitivamente sopportata da chi la ha cagionata”, o que quer dizer que a responsabilidade objetiva, estando seu fundamento na “relazione causale tra il danno e l’attività di un uomo”. Faz referência também a Carnelutti, segundo quem “a relação causal é denunciada segundo alguns indícios, entre os quais o primeiro é a sucumbência”.⁴³ Ao final conclui:

não há, por isso, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e o princípio da sucumbência; se o sucumbente deve suportar

⁴¹ CAHALI, Yussef Sahid. Honorários de advogados. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 41. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 474.

⁴² *Idem*, p. 474.

⁴³ *Idem*, p. 475.

as despesas do processo, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo foi causado por ele; mas o princípio da causalidade é mais amplo que o da sucumbência, no sentido de que esta é apenas um dos indícios da causalidade; outros indícios seriam a contumácia, a renúncia ao processo e, conforme o caso, a nulidade do ato a que a despesa se refere.

É indiscutível, portanto, que a responsabilidade pelos honorários sucumbenciais estará presente mesmo quando a parte desistir da ação, for revel ou o processo vier a ser anulado.

5 Sucumbência recíproca, proveito econômico e condenação em valor inferior ao postulado

Questão que seguramente gerará muitas discussões de ordem prática é a atinente às condenações em valor inferior ao postulado. O legislador estabelece, ao fixar a base de cálculo sobre a qual incidirá o percentual variável de 5 a 15%, que os honorários de advogado incidirão “sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. A primeira grande questão suscitada por essa afirmação é a atinente a ordem então apresentada (liquidação de sentença, proveito econômico obtido e, quando impossível mensurá-lo, o valor atualizado da causa). Razão assiste, a este respeito a Lenio Luiz Streck e Lúcio Delfino, segundo quem a ordem em questão precisa efetivamente ser seguida, somente podendo ser adotada a posterior, quando a anterior não for possível.⁴⁴ Só utilizaremos como critério o proveito econômico obtido quando não for possível a liquidação de sentença. E o valor atualizado da causa quando nem mesmo o proveito econômico obtido for possível.

Para existir liquidação de sentença é preciso, antes de qualquer outra coisa, a existência de uma condenação. Noutras palavras, a ação deverá ser julgada procedente. O critério proveito econômico somente será válido quando a ação for

⁴⁴ A regra geral (artigo 85, §§1º e 2º), embora aglutine parte significativa daquilo previsto em legislações anteriores (CPC/1973 e Estatuto da Advocacia), inova quanto à criteriológica de arbitramento: i) são mantidas as balizas entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento; ii) foram criadas três bases de cálculo em atenção às quais os honorários serão fixados, aplicando-se em cada caso uma delas (ou às vezes mais de uma, em caso de sucumbência recíproca), a depender das particularidades envolvidas, sempre respeitada a ordem ali prevista (valor da condenação, proveito econômico obtido ou, *não sendo possível mensurá-lo*, valor atualizado da causa). Nada mudou, todavia, quanto aos requisitos cuja observância funciona como antídoto ao julgador, auxiliando-o a colocar em suspensão critérios pessoais: grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço (STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio. Arbitramento de honorários sucumbenciais em casos de improcedência. *Consultor jurídico*, 10 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-10/arbitramento-honorarios-sucumbenciais-casos-improcedencia>>. Acesso em: 08 nov. 2017).

julgada improcedente e corresponderá, nos dizeres de Lenio Luiz Streck e Lúcio Delfino à exata quantia que não precisará ser paga.⁴⁵ Poder-se-ia, a partir dessa assertiva, chegar à conclusão de que, em caso de sucumbência parcial, ambas as partes seriam condenadas em honorários advocatícios. O réu num percentual aplicável ao valor da condenação. O autor sobre a diferença entre o que pediu e o que obteve.

Exemplificando. Se um trabalhador recebeu o pagamento de suas férias mas não as desfrutou e postulou, em razão disso, o pagamento corresponde em dobro, mas condenou a empresa no pagamento em questão de forma simples, o percentual de 5 a 15% incidirá, para a reclamada sobre um salário do emprego acrescido de um terço e, para o reclamante, da mesma forma.

Há que se questionar se essa solução é efetivamente adequada. Afinal de contas, a ela chegaremos se o magistrado confirmar que o empregado de fato não desfrutou do descanso, embora tenha recebido o pagamento estabelecido na legislação. Ou seja, houve concordância com o que narrou o trabalhador em relação a questão fática. A divergência limitou-se, contudo, ao efeito jurídico dos fatos confirmados. O reclamante formulou seu pleito com base em um dos entendimentos vigentes, que estatui que havendo pagamento ou desfrute fora do prazo surge o direito do empregado ao pagamento em dobro,⁴⁶ mas o magistrado solucionou a questão adotando o outro, segundo o qual “férias pagas, mas não gozadas, dão direito ao empregado de recebê-las de forma simples”.⁴⁷

⁴⁵ Declarada inexistente uma obrigação (de entrega de coisa, de fazer ou não fazer ou de pagamento de soma em dinheiro), o proveito econômico está justamente no benefício de não ter que despendar valores para satisfazê-la: i) se a obrigação for pecuniária, o proveito econômico será a exata quantia que não precisará ser paga; ii) se for obrigação de fazer ou não fazer, o proveito econômico é a quantia que não será gasta para efetivar a obrigação, desde que haja elementos nos autos capazes de demonstrá-la; iii) se for obrigação de entrega de coisa, o proveito econômico será o próprio valor da coisa que não mais precisará ser entregue (STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio. Arbitramento de honorários sucumbenciais em casos de improcedência. *Consultor jurídico*, 10 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-10/arbitramento-honorarios-sucumbenciais-casos-improcedencia>>. Acesso em: 08 nov. 2017).

⁴⁶ FÉRIAS PAGAS E NÃO GOZADAS. PAGAMENTO EM DOBRO. CABIMENTO. A legislação trabalhista disciplinou as férias com o estabelecimento de prazos para sua concessão (12 meses após o período aquisitivo - CLT, art. 134, caput) e seu pagamento (até dois dias antes do início das férias - CLT, art. 145, caput). Desta forma, tem o empregador dupla obrigação em relação às férias, quais sejam, conceder e pagar dentro dos prazos legalmente estipulados. E qualquer descumprimento desta obrigação acarreta o pagamento em dobro das férias, nos termos do disposto no artigo 137, da CLT. Assim, não apenas a concessão fora do prazo (ou a não concessão das férias), mas também o pagamento da remuneração fora do prazo legal enseja o pagamento em dobro. Recurso improvido. (TRT-6 - RO: 00004241720145060145. Processo: RO - 0000424-17.2014.5.06.0145, Redator: Maria do Carmo Varejao Richlin, Data de julgamento: 11/05/2016, Quarta Turma, Data da assinatura: 13/05/2016).

⁴⁷ FÉRIAS PAGAS E NÃO GOZADAS. Férias pagas, mas não gozadas, dão direito ao empregado de recebê-las de forma simples, para que se concretize as determinações do art. 137 da CLT, que dispõe que devem ser pagas em dobro as referidas férias. VALOR DA REMUNERAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Compete ao autor o ônus de comprovar que recebia, a título de remuneração, a quantia alegada da inicial, equivalente a salário-base mais comissões, tendo em vista tratar-se de fato constitutivo do seu direito, nos termos do disposto no art. 818 da CLT c/c art. 333, I, do CPC, de aplicação subsidiária. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Não evidenciada

Não é correto considerar sucumbente parcial quem tem a sua narrativa confirmada pelo judiciário, mas não obtém o resultado pretendido em razão de divergência de interpretação jurídica. Não se pode sancionar quem, em havendo divergência, adota a tese jurídica mais favorável aos seus interesses.

Cabe, quanto a este ponto refletir novamente sobre o conceito de sucumbência e sobre a definição de sucumbência. Segundo Chiovenda, sucumbente é quem se sujeita a uma força que age sobre ele, é o vencido na luta judicial (*quivictus est iudicio superatus*); é aquele “contro il quale la dichiarazione del diritto, la pronuncia del giudice, avviene: sia l’autore contro il quale la domanda è dichiarata senza fondamento”.⁴⁸

Ora, no nosso exemplo, não é razoável considerar o reclamante que postulou o pagamento em dobro das férias sucumbente. Afinal, a sua narrativa foi confirmada. Não é razoável considerá-lo o vencido na luta judicial. A declaração de direito, a pronúncia do juiz não foi contra ela, muito embora não tenha sido exatamente a que ele esperava.

Ora, se o princípio da sucumbência é, segundo o autor italiano, legitimado pelo fato objetivo da derrota, “justificando-se a condenação do sucumbente nas despesas do processo porque a atuação da lei não deve representar uma perda patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva”,⁴⁹ não se pode sancionar quem, tendo confirmada a sua narrativa, recebe menos do que pediu em razão de divergência interpretativa com o magistrado.

Em situações como essa não se há falar em sucumbência parcial, mas em sucumbência exclusiva da reclamada.

Situação similar e, portanto, também bastante complexa, é a atinente ao pedido de dano extrapatrimonial em que a lesão foi reconhecida mas não houve concordância do magistrado em relação ao valor da sua reparação. Imagine a situação do reclamante que considera a lesão sofrida grave – e para a vítima a lesão é sempre a mais grave possível – postula vinte salários para a sua reparação, mas o magistrado reconhece a lesão mas a entende leve, condenando a empresa em apenas dois salários. Seria razoável e equitativo assegurar ao patrono da reclamada 15% sobre o proveito econômico obtido para a sua cliente condenando o reclamante no pagamento do aludido percentual sobre dezoito salários contratuais? A resposta é negativa.

nenhuma circunstância prevista no artigo 17, do CPC, não há que se falar em aplicação de multa por litigância de má fé. Recursos ordinários conhecidos. Recurso do consignatário/reconvinte não provido. Recurso da consignante/reconvinda parcialmente provido. (TRT-16 00174874820135160004 0017487-48.2013.5.16.0004, Relator: GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO, Data de Publicação: 03/11/2015).

⁴⁸ *Apud* CAHALI, Yussef Sahid. Honorários advocatícios. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 41. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 475.

⁴⁹ *Apud* CAHALI, Yussef Sahid. *Op. cit.*, p. 476.

Uma resposta assertiva para esse questionamento poderia gerar diversas situações bastante inadequadas. Poderia, por um lado, induzir os reclamantes a pleitear valores sempre bem inferiores ao que entendem razoável para a compensação do dano sofrido. Poderia, por outro lado, conduzir magistrados a optar por sempre condenar a empresa no valor integral do pedido, pois somente assim evitaria condenação do reclamante que sofreu uma lesão reconhecida em juízo a pagar o advogado do seu *ex adverso*. Poderia, por fim, conduzir juízes a levar em consideração o valor da futura condenação em honorários, efetuando cálculos aritméticos complexos para conceder mais, para que o reclamante receba efetivamente o valor que entende devido. Nenhuma dessas soluções é adequada. E a solução para o problema é simples. Basta reconhecer que quem postula reparação por dano moral e recebe indenização inferior à pretendida não é sucumbente em relação à diferença entre o que postulou e o que recebeu. Nesse sentido é o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça que deverá ser seguido também na Justiça do Trabalho após o início da vigência da reforma trabalhista de 2017.⁵⁰

6 Cobrança de honorários de sucumbência para processos ajuizados antes da vigência da Lei 13.467

O chamado direito processual intertemporal é constituído por preceitos de superdireito. O conteúdo de seus preceitos não são as relações sociais tocadas pelo direito, mas as normas ditadas pelo Estado, a saber, a própria lei ou regra normativa. O seu papel é estabelecer as regras que definem a aplicação da lei processual no tempo.⁵¹

Soluções simplórias e “fórmulas mágicas” como “a lei processual é retroativa” e “a lei processual é de imediata aplicação” devem ser evitadas. Como bem evidencia Giuseppe Chiovenda, “a primeira afirmação é errônea, a segunda equívoca”.⁵² As leis, sejam de direito material, sejam de direito processual, não retroagem, dispõem apenas para o futuro. Como estabelece o Código de Napoleão desde 1804, “La loi ne dispose que pour l’avenir, elle n’a point d’effet rétroactif”.

Regra similar é adotada no art. 6º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, que estatui que “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Apenas em situações excepcionais a lei processual poderá ter efeito retroativo. É o que evidencia Giuseppe Chiovenda ao afirmar:

⁵⁰ Súmula 326 do STJ: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 94.

⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 86.

Se em algum caso, a estabelecer-se por via de acuradíssima interpretação, a lei processual é retroativa, isso depende, não da índole dela, mas de razões que podem ser comuns a todas as leis, inclusive de direito privado, isto é, do fato de tratar-se de lei declarada expressa ou implicitamente retroativa, como a lei interpretativa, ou então do fato de que a nova norma pretendeu promover a alguma necessidade extraordinária de ordem pública, de modo a dever-se entender que ela não pode atingir seus fins senão extinguindo os efeitos de atos já realizados, quando incompatíveis com a civilidade e a moral.

Fora desses casos excepcionais, a lei processual nova respeita os atos e fatos consumados sob a lei antiga; significa isso que mesmo os efeitos processuais ainda não verificados do ato ou fato já consumados permanecem regulados pela lei antiga, sem que a lei nova se diga, em verdade, retroativa.

Chiovenda também refuta a assertiva de que a lei processual é de imediata aplicação:

Do outro lado, é equívoco asseverar que a lei processual é de imediata aplicação, porque isso é próprio de todas as leis, as quais, justamente por proverem para o futuro, se aplicarão imediatamente aos atos e fatos que se verificarem depois de posta em vigor a lei nova, exceto se, como dissemos, aqueles constituírem efeitos novos de fatos já anteriormente consumados.⁵³

O ideal, em termos de política legislativa, é que o próprio autor na nova lei estatua uma série de preceitos destinados a operar a adaptação da lei nova aos processos pendentes. Nesse sentido são os ensinamentos de José Frederico Marques, que lembra ter sido esta a postura do legislador brasileiro, quando da Promulgação do Código de Processo Civil de 1939, como se vê dos arts. 1.047 e 1.048, contidos no livro X, com a rubrica de Disposições finais e transitórias.⁵⁴ No mesmo sentido a lição de Chiovenda, segundo quem “a aplicação da nova lei processual aos feitos já pendentes pode ocasionar graves complicações, de sorte que usualmente o legislador provê com *disposições transitórias* a regular positivamente esse problema”.⁵⁵

Os redatores da Lei 13.467, contudo, não se dedicaram a este mister. De modo que a solução acerca do direito processual intertemporal precisará ser construída pelos aplicadores do direito.

Acerca da aplicação de uma nova lei processual no tempo é preciso considerar separadamente a posição da lei processual, no momento em que entra em

⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 87.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 97.

⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 87/88.

vigor, em face dos processos extintos, dos processos por iniciar e dos processos pendentes.

Em relação aos processos extintos, pouco há a discutir. Como bem leciona Giuseppe Chiovenda:

todos os atos realizados, o exercício da ação, as provas recolhidas, embora não mais admitidas pela lei nova, as decisões emanadas, os efeitos do processo sobre o direito substancial, a autoridade do julgado, como quer que se haja formado, tudo subsiste inalterável de acordo com a lei antiga, sob cujo império se exerceu a ação e se desenvolveu e definiu o processo. Da mesma forma, o que se conseguiu com o emprego de meios executivos não mais admitidos pela lei nova.⁵⁶

Tampouco há discussões a serem apresentadas em relação aos processos por iniciar. Como bem leciona o mesmo Chiovenda, eles “serão plenamente regulados pela lei processual nova”.⁵⁷ Corroborando essas conclusões afirma José Frederico Marques que

Para os processos findos e para os que ainda não se iniciaram, não há propriamente problemas de direito intertemporal: os primeiros são intangíveis, e regulados foram pela forma legal revogada: os segundos caem plenamente sob o domínio normativo da lei nova.⁵⁸

Os grandes questionamentos, invariavelmente, dizem respeito à aplicação da nova lei aos processos pendentes. Como bem observa Giuseppe Chiovenda, “a aplicação da nova lei processual aos feitos já pendentes pode ocasionar graves complicações, de sorte que usualmente o legislador provê com disposições transitórias a regular positivamente êsse problema”.⁵⁹ Três são as soluções apresentadas pelo autor. A primeira, considerada mais adequada e sugerida por Chiovenda, pela intenção de evitar perturbações e complicações, consiste em aplicar a lei antiga até a conclusão do processo.⁶⁰ Essa corrente doutrinária, alicerçada na unidade do processo, sustenta que o procedimento deve ser unitariamente considerado, não obstante apresente fases distintas (postulatória, saneadora, instrutória, decisória, recursal, executiva, etc.), para que seja regido apenas pela lei velha, não produzindo efeitos retroativos em prejuízo de uma das partes.⁶¹

⁵⁶ *Idem*, p. 94/95.

⁵⁷ *Idem*, p. 88.

⁵⁸ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 96.

⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 94/95.

⁶⁰ *Idem*, p. 95.

⁶¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. Volume I. São Paulo: LTr, 2009, p. 118.

Muito embora essa corrente solucione com simplicidade e clareza as potenciais discussões acerca da legislação que deveria ser aplicada a cada um dos atos processuais, ela apresenta um grande inconveniente de ordem prática. Os operadores do direito precisariam conviver por muito tempo com duas leis e aplicá-las indistintamente para processos diferentes.

A segunda partiria da aplicação rigorosa da autonomia da relação processual e consistiria em aplicar a nova lei aos atos sucessivos. Essa solução encontra eco na doutrina brasileira. José Frederico Marques, um dos mais festejados processualistas do século passado, identifica no artigo 2º do Código de Processo Penal, um princípio geral de Direito Processual Intertemporal. Ao estatuir que “a lei processual penal aplicar-se-á, desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”, o Código teria consagrado um princípio geral de Direito Processual Intertemporal que, por se tratar de um preceito de superdireito, também seria aplicável às normas de processo civil. Segundo o festejado professor:

Decorrido o prazo da *vacatio legis*, a lei publicada e promulgada tem aplicação imediata. É que toda norma de processo obedece ao princípio da imediata aplicação da lei, princípio que muitos confundem com a chamada retroatividade.

A norma processual não tem efeito retroativo. A sua aplicação imediata decorre do princípio, válido para toda lei, na ausência de viáveis disposições em contrário, de que não se aplica a norma jurídica a fatos passados, quer para anular os efeitos que já produziram, quer para tirar, total ou parcialmente, a eficácia de efeitos ulteriores derivados desses fatos pretéritos. Logo os atos processuais, praticados sob a lei revogada, mantêm plena eficácia depois de promulgada a lei nova, embora ditando estes preceitos de conteúdo diferente. *Tempus regitactum*: a lei processual provê apenas para o futuro, ou seja, para os atos processuais ainda não realizados ao tempo em que se iniciou a sua vigência.

No processo, há em curso uma série de atos. Quando entra em vigor nova lei, ela incide sobre o fluir do procedimento e só atinge os atos que ainda não foram praticados e que, de futuro, irão integrar a relação processual. Os que ficaram para trás permanecem inatingíveis, porquanto regulados estavam pela norma revogada.⁶²

Manoel Antonio Teixeira Filho corrobora este entendimento ao se filiar à corrente que fundamenta a solução da aplicação da lei no tempo com base no isolamento dos atos do procedimento. Segundo ele “A lei nova incidiria, unicamente,

⁶² MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 95.

nos atos processuais ainda não praticados, ainda que outros atos, pertencentes à mesma fase do procedimento, tivessem sido regidos pela lei antiga”.⁶³

Giuseppe Chiovenda discute a questão de forma mais flexível. Para o jurista italiano, na ausência de disposição legal em contrário ou quando a lei assim o prever, deve-se aplicar aos atos ainda por praticar a lei nova, se e enquanto for compatível com os efeitos, já verificados, ou em vias de continuarem a verificar-se, dos atos anteriores, enquanto os atos já realizados segundo a lei abrogada e seus efeitos processuais permanecerão firmes. Exemplifica mencionando a prorrogação da competência do juiz, já definitivamente fixada com o ato de criação segundo a lei anterior, em virtude da *perpetuatio iurisdictionis* e sua não alteração com a superveniência de uma nova lei de competência.⁶⁴

O problema da aplicação da lei nova aos atos sucessivos à sua entrada em vigor resolver-se-ia na indagação de se e quais os efeitos que já se verificaram ou têm de, necessariamente, verificar-se por força dos atos já realizados. Haveria aqui uma distinção substancial entre a aplicação de lei material no tempo e a aplicação de lei processual no tempo. Se no direito material a inteira relação jurídica, mesmo de natureza continuativa, se apresenta como o efeito do ato ou fato que a constituiu, na relação processual, na qual – como já vimos – se desenvolve uma atividade estatal em movimento, nem todos os atos se apresentam com efeitos necessários de sua constituição.⁶⁵

Haveria ainda, como já foi dito, um caminho intermediário para solucionar a questão. Essa solução intermediária, a ser estabelecida pela lei ou por decisão judicial, “consistiria em dividir a causa em períodos, de maneira que, até o preenchimento de um período, se aplique a lei antiga, e daí por diante a lei nova”.⁶⁶ Trata-se da corrente fundada na autonomia das fases do procedimento. Sendo certo que o procedimento é constituído pela fase postulatória, saneadora, instrutória, decisória, recursal e executiva, logicamente preordenadas, a lei nova só atingiria aquelas que ainda não estivessem concluídas, respeitando as já encerradas. Com isso algumas fases dos processos pendentes seriam regidas pela lei velha e outras pela lei nova.⁶⁷

O Brasil adotou uma solução desse tipo em relação à aplicação da Emenda Constitucional n. 45, mais precisamente no tocante à competência da Justiça do Trabalho para apreciar os pedidos de indenização decorrentes das relações de trabalho no tempo. Ao julgar o conflito de competência 7.204-1 de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu seu poder e seu dever de preservar os

⁶³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Op. cit.*, p. 118.

⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 95.

⁶⁵ *Idem*, p. 94.

⁶⁶ *Idem*, p. 94.

⁶⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Op. cit.*, p. 119.

jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, para garantir segurança jurídica toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. E a partir dele estatuiu que

as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.⁶⁸

Essa solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 2005 contraria o entendimento da doutrina brasileira clássica que afirmava que “as regras legais sobre competência se aplicam de imediato, quer se contidas em leis propriamente de processo civil, quer se existentes nas de organização judiciária”⁶⁹ e que “disposições concernentes à jurisdição e competência aplicam-se imediatamente, regem o processo e julgamento de fatos anteriores à sua promulgação”.⁷⁰ A decisão encontra eco na sempre abalizada doutrina de Wilson de Souza Campos Batalha, segundo quem as novas leis processuais deveriam estabelecer normas de direito transitório para estabelecer a competência residual dos juízos em que os processos já estavam em andamento:

As normas sobre jurisdição incidem imediatamente sobre os processos em curso, mesmo que a determinação do juiz dependa da vontade das partes, como ocorre na eleição de foro e na cláusula compromissória. Sob este último aspecto, não podem prevalecer pactos privados contra a organização dos serviços judiciários do Estado. Se lei nova proíbe eleição de foro ou instituição de juízo arbitral forçosamente cessarão as estipulações a propósito. No que tange a competência, a regra é a incidência imediata da nova lei – incidência imediata, mas não retroativa e, portanto, prorrogável, à luz do novo direito, lícito será às partes anuírem, de acordo com a lei nova, à continuação do processo perante a autoridade que seria, pela lei nova, relativamente incompetente. Nas hipóteses, porém, de competência absoluta, o processo continuará perante o juízo ou tribunal que a

⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Conflito de Competência 7204-1. Relator Carlos Ayres Brito. Julgamento em 29/06/05.

⁶⁹ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 95/96.

⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da retroatividade da Lei*. 1946, p. 312.

lei nova declarar competente, respeitado tudo o que anteriormente se fizera de acordo com a lei precedente. Em regra, as novas leis estabelecem normas de direito transitório assegurando a continuação dos processos perante os juízos ou tribunais em que já estavam tramitando. É a chamada competência residual.⁷¹

Não será surpresa se o Judiciário trabalhista adotar critério semelhante ao adotado pelo STF no conflito de competência 7.204-1 e determinar a aplicação das novas regras atinentes aos honorários advocatícios a todos os processos em curso em que a sentença ainda não tiver sido proferida.

Essa, contudo, não é a melhor solução, tampouco a mais acertada. Como bem observa Manoel Antonio Teixeira Filho, a liquidação dos pedidos da petição inicial obedece a uma regra pragmática destinada a quantificar a sucumbência, que será obtida a partir da diferença entre o valor do pedido, indicado na inicial, e o valor acolhido pela sentença. Será com base nessa quantificação que o autor será condenado a pagar honorários de advogado à parte contrária, naquilo em que não tiver êxito. Estabelece essa norma legal: “Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrarão honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”.⁷²

A partir dessa válida lição é forçoso reconhecer que a sucumbência pressupõe a liquidação dos pedidos já na inicial. Nos processos ilíquidos não há como condenar o autor no pagamento dos honorários sucumbenciais. Resta-nos, portanto, duas soluções. Uma de pequena viabilidade prática seria determinar a emenda da petição inicial de todos os processos que apresentem pedidos ilíquidos. A outra seria reconhecer que a condenação em honorários sucumbenciais recíprocos somente será viável nos processos que vierem a ser distribuídos após o início da vigência da Lei 13.467, já obedecendo às determinações acerca da liquidação da sentença.

Percebe-se, portanto, que uma definição acerca das regras sobre a aplicação da lei processual do tempo não é tão simples quanto parece.

Essa conclusão é reforçada pela assertiva, repetida por parcela relevante da doutrina, de que “atos processuais existem que, praticados sob o império da lei pretérita, produzem efeitos sob a vigência da lei nova”.⁷³

⁷¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr, 1985, p. 125.

⁷² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Op. cit.*, p. 131.

⁷³ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 96.

7 Honorários sucumbenciais para o sindicato

Entende-se válida ainda a regra do artigo 16 da Lei 5.584, que estatui que “Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente”. Outrossim, quando o trabalhador for patrocinado por advogado do sindicato de sua categoria eventuais honorários estabelecidos na decisão deverão ser transferidos diretamente para a entidade sindical e não para o seu patrono.

8 Considerações finais

Um dos objetivos da reforma trabalhista de 2017 foi inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Objetiva-se chegar a esse desiderato por meio da instituição de um sistema de sucumbência baseado na teoria da causalidade, o que gera responsabilidade pelos honorários sucumbenciais mesmo quando a parte desistir da ação, for revel ou o processo vier a ser anulado.

Ora, no nosso exemplo, não é razoável considerar o reclamante que postulou o pagamento em dobro das férias sucumbente. Afinal, a sua narrativa foi confirmada. Não é razoável considerá-lo o vencido na luta judicial. A declaração de direito, a pronúncia do juiz não foi contra ele, muito embora não tenha sido exatamente a que ele esperava.

Não se pode sancionar quem, tendo confirmada a sua narrativa, recebe menos do que pediu em razão de divergência interpretativa com o magistrado. Não há, nesses casos, sucumbência parcial, mas sucumbência exclusiva da reclamada.

De forma similar, quem postula reparação por dano moral e recebe indenização inferior à pretendida não é sucumbente em relação a diferença entre o que postulou e o que recebeu. Nesse sentido é o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça que deverá ser seguido também na Justiça do Trabalho após o início da vigência da reforma trabalhista de 2017.

Embora não seja surpreendente se o Judiciário trabalhista adotar critério semelhante ao adotado pelo STF no conflito de competência 7.204-1 e determinar a aplicação das novas regras atinentes aos honorários advocatícios a todos os processos em curso em que a sentença ainda não tiver sido proferida, essa solução não é a mais adequada.

A sucumbência pressupõe a liquidação dos pedidos já na inicial. Nos processos ilíquidos não há como condenar o autor no pagamento dos honorários sucumbenciais. Restarão duas soluções. Uma de pequena viabilidade prática seria determinar a emenda da petição inicial de todos os processos que apresentem pedidos ilíquidos. A outra seria reconhecer que a condenação em honorários

sucumbenciais recíprocos somente será viável nos processos que vierem a ser distribuídos após o início da vigência da Lei 13.467, já obedecendo às determinações acerca da liquidação da sentença.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. A reforma trabalhista e os honorários de advogado na Justiça do Trabalho. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 61-85, jan./mar. 2018.
