

OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Estêvão Mallet*

Flávio da Costa Higa**

I – INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467 de 2017, que consubstancia a chamada Reforma Trabalhista, traz inovação importante no campo dos honorários advocatícios no processo do trabalho. A regra geral de inexigibilidade da parcela, nunca posta claramente pela lei, mas afirmada de maneira pacífica pela jurisprudência, cede passo para disciplina mais próxima da que vigora no processo civil. Com a entrada em vigor, em breve, do texto legal, há que buscar compreender o sentido das disposições do art. 791-A da CLT, de modo a determinar os pressupostos para a sua incidência, os seus limites e, inclusive, a sua aplicação ou não aos processos em curso. Antes disso, porém, não se afigura ocioso percorrer a evolução experimentada pelos honorários advocatícios no processo do trabalho. Ela não se deu de forma linear e apresenta algumas contradições e curiosidades.

II – *JUS POSTULANDI* E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A CLT, na sua redação original, nada dispunha sobre a exigibilidade ou não de honorários advocatícios nas ações sujeitas aos procedimentos por ela disciplinados. Simplesmente não havia nenhuma referência ao tema. O que o legislador previu, desde o início, foi a possibilidade de postulação feita diretamente por empregados e empregadores, sem a necessidade de participação de advogados, conforme a conhecida regra do art. 791. Buscava-se, com essa franquia, além da preservação da gratuidade do processo – o que alguns elevavam à condição de verdadeiro princípio¹ –, a facilitação do acesso à justiça,

* *Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado.*

** *Juiz do trabalho em Coxim (MS); doutor e mestre pela Universidade de São Paulo; pós-doutorado pela Universidade de Lisboa; professor da escola da EMATRA/MS.*

1 Por exemplo: “Descabem honorários de sucumbência relativamente a parte não assistida por procurador credenciado pelo sindicato da categoria, sucumbente em parte na ação, já que viola princípio da gratuidade do Processo do Trabalho” (TRT da 4ª Região, Proc. 0058200-22.1995.5.04.0201, Relª Vânia Mattos, j. 31.08.00).

que se supunha ficaria entravada com a exigência de representação por advogado, especialmente em um país com as características do Brasil da década dos 40 do século passado, ainda no início de sua industrialização, com largas áreas afastadas dos grandes centros, sem advogados em número suficiente para atender às necessidades dos que buscariam a tutela de seus direitos, especialmente os trabalhadores.

Para admitir a atuação pessoal das partes, sem representação por advogados, partiu o legislador da suposição de que o processo por ele concebido envolveria também controvérsias mais simples, estruturando-se o correspondente procedimento de maneira menos formalista, sem as sutilezas do processo civil, muito mais técnico e complexo, especialmente em comparação com o Código de Processo Civil de 1973, repleto de procedimentos especiais², entre outras complicações. Daí a permissão, no processo do trabalho, para o oferecimento de reclamação verbal (art. 840, § 2º, da CLT), com defesa igualmente verbal (art. 847), e julgamento na mesma sessão de audiência (art. 850), com exclusão de nulidades rituais (art. 794), tudo para assegurar fácil manejo do procedimento, concentração e celeridade.

Dessa simplicidade e da conseqüente possibilidade de atuação direta das partes, sem necessidade de representação obrigatória por advogados, tirou a jurisprudência a inexigibilidade de honorários advocatícios em lides trabalhistas. Se a contratação de advogado é facultativa, quem decide por ela deve arcar com os custos correspondentes, sem os poder imputar à outra parte, sucumbente no objeto do processo. De uma coisa (*jus postulandi*) fazia-se decorrer outra (inexistência de honorários de sucumbência)³.

III – A FALSIDADE OU SUPERAÇÃO DA PREMISSA

A premissa para a permissão de atuação pessoal de trabalhadores e empregadores, se não era desde o início falsa, com o passar do tempo mostrou-se desajustada.

2 Cf. o Livro IV, com os seus trinta e oito títulos, e a crítica feita na Exposição de Motivos do CPC de 1973, em que os quase quinhentos artigos voltados aos assim chamados processos especiais mereceram o seguinte comentário: “Vergando ao peso da tradição, conservou as linhas básicas dos recursos que herdamos de Portugal, com as distinções sutis que os tornam de trato difícil” (item 4).

3 A proposição está presente, por exemplo, no seguinte acórdão, citado como mera ilustração: “Na esfera da Justiça do Trabalho, deve ser assegurado ao trabalhador amplo acesso à justiça. Assim, vige a disposição que permite o *jus postulandi* e suas conseqüências. Portanto, não há que se falar em indenização, pois não há ato ilícito ou culpa, na medida em que não há obrigatoriedade de contratar advogado, bastando comparecer ao setor de reclamações verbais. Destarte, se o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato de classe, não faz jus aos honorários advocatícios, por não preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 e pela não observância do entendimento esposado pelas Súmulas ns. 219 e 329 e pela Orientação Jurisprudencial nº 305 do c. TST” (TRT da 2ª Região, 12ª T., Proc. 01687-2005-382-02-00-8, Rel. Delvivo Buffulin, j. 01.06.06, DJ 13.06.06).

Se o processo do trabalho era simples ao tempo em que aprovada a CLT⁴, tornou-se cada vez mais complexo, cheio de sutilezas, de technicalidades e, até mesmo, de bizarrices⁵, ao lado de formalismos exacerbados⁶. Os litígios passaram a envolver temas intrincados, como mostram as ações civis públicas sobre os mais variados assuntos; ações sobre acidentes de trabalho e doenças profissionais, inclusive de caráter exclusivamente psicológico; ações sobre assédio moral e sexual; ações com pedidos cominatórios, para a não realização de certas atividades – como a proibição do exercício da função de provador de cigarro⁷ – ou para a proibição de adoção de certas formas contratuais; ações com pedido de tutela inibitória, como, por exemplo, proibição de adoção de determinados critérios para a seleção dos trabalhadores a serem admitidos⁸; ações relacionadas com a não celebração de contratos de trabalho ou com o descumprimento de promessa de contratação de trabalhadores ou, ainda, para

-
- 4 No início, de fato a Justiça do Trabalho lidava com questões mais simples, como pedidos de pagamento de horas extras, de décimo terceiro salário, de aviso prévio ou, quando muito, de reconhecimento de contrato de trabalho não registrado. O rol do art. 652 da CLT, especialmente na alínea *a*, item II, não é gratuito. Não foi feito por acaso nem decorreu de mera elucubração. Ao contrário, ilustra bem as matérias mais comumente examinadas pela Justiça do Trabalho em sua origem: dissídios sobre “remuneração, férias e indenizações por motivo de rescisão do contrato individual de trabalho”.
- 5 Houve um caso em que a procuração, utilizada para a impetração de mandado de segurança, embora perfeitamente regular e trazida na petição inicial, veio após o substabelecimento. Apenas a ordem de juntada do documento não era a ideal. Nada além disso. Extinto o mandado de segurança, sob o impróprio fundamento de falta de poderes de representação, por manifesto erro de percepção das peças dos autos, os embargos de declaração apresentados para correção do equívoco não mereceram provimento. Aduziu-se: “O normal é que o instrumento de procuração esteja juntado antes do substabelecimento. Este veio aos autos à fl. 17; a procuração, à fl. 395, o que torna impossível (*sic*) a localização da mesma (*sic*). Ademais, não é através de Embargos de Declaração que se discute esta questão, pretendendo o autor apenas modificar a decisão” (TRT da 2ª Região, SDI 5, MS 13357200700002001, Rel^a Iara Ramires da Silva de Castro, j. 03.09.08, DJ 25.09.08); a doutrina dá conta de que o problema não ocorre apenas no Brasil. Também na Itália “pretesi vizi della procura alle liti” são invocados como “una sorta di riflesso di autodefesa contro la semiparalisi indotta dall’aumento incontrollato dei ricorsi” (CHIARLONI, Sergio. *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2015, n. 239, p. 113/114).
- 6 Vejam-se dois exemplos, bem expressivos: “Petição protocolizada com número errado. Preclusão. Compete à parte zelar pela prática dos atos processuais, restando inconcebível a pretensão de repasse de sua responsabilidade à Secretaria da Vara, devendo ser mantida a preclusão quanto à discussão relativa a meros cálculos” (TRT da 2ª Região, 2ª T., AP 02641200105602001, Ac. 20080284412, j. 03.04.08, DOE 22.04.08; e TRT da 2ª Região, 13ª T., Proc. 0000321-81.2011.5.02.0062, Ac. 20120951104, j. 14.08.2012, DJe 24.08.2012). Na mesma linha: “O erro na indicação do número do processo no comprovante de recolhimento do depósito recursal impossibilita o conhecimento do recurso por deserção” (TRT da 10ª Região, 1ª T., Proc. 00217-2007-011-10-00-3, j. 27.06.07, DJ 13.07.07).
- 7 TST, SDI 1, Proc. ED-E-ED-RR – 120300-89.2003.5.01.0015, Rel. Min. João Oreste Dalazen, atualmente pendente de exame de recurso extraordinário.
- 8 É a matéria em discussão no processo TST-RR-142040-87.2000.5.01.0022, em que a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu, em voto do Ministro Vieira de Mello Filho, o cabimento de ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para questionar critérios de edital com oferta de empregos em sociedade de economia mista (cf. julgamento de 08.06.2011, DEJT 17.06.2011).

impor a contratação de deficientes; ações relativas ao meio ambiente de trabalho, em suas mais diferentes manifestações; ações voltadas a impedir a prestação de serviço por trabalhadores vinculados a cláusulas de não competição; ações pela perda de uma chance pré-contratual, contratual e pós-contratual⁹; ações revisionais, decorrentes da mudança do quadro fático ou jurídico existente ao tempo em que proferida a condenação¹⁰, em caso de relação jurídica continuativa¹¹; ações para a tutela da intimidade dos trabalhadores¹², além de outras. As distinções que a jurisprudência por vezes propõe não raro escapam à compreensão até mesmo dos técnicos¹³. Isso para não falar dos problemas suscitados pelas sucessivas alterações legislativas¹⁴.

-
- 9 Sobre o tema, de maneira aprofundada: HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*. Texto em que se encontra compreensivo estudo do assunto, com indicação de vários precedentes jurisprudenciais.
- 10 Ou até mesmo mudança da jurisprudência predominante na altura em que celebrado termo de ajustamento de conduta, cf. TST, 7ª T., Proc. TST-RR-1030-74.2010.5.08.0001, Rel. Douglas Alencar Rodrigues, j. 16.11.2016, em que se admitiu a revisão do negócio, uma vez que “após intensos debates acerca da questão jurídica suscitada – ausência de dano moral em razão de revistas íntimas, realizadas de forma impessoal e discreta, sem contato físico ou exposição da intimidade do trabalhador –, consolidou-se (a jurisprudência) em sentido diverso do que orientou a celebração do TAC, revela-se perfeitamente cabível a revisão do quanto convencionado, assegurando-se a isonomia e a segurança jurídica aos envolvidos...”
- 11 A propósito: PERES, Antonio Galvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Ação revisional e meio ambiente do trabalho: a coisa julgada em face das alterações de fato ou de direito. In: *O direito material e processual do trabalho dos novos tempos: estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009. p. 38-49.
- 12 Confira-se, a propósito, o seguinte precedente: “A divulgação, pela empresa, de lista nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado implica difusão abusiva de dados pessoais dos trabalhadores, violando o direito à intimidade, porquanto extrapola a determinação contida no art. 39, § 6º, da CF, que admite, tão somente, a publicação dos valores destinados aos cargos e empregos públicos sem individualização dos titulares” (TST, 6ª T., AIRR 340041-22.2007.5.09.0322, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 25.02.2011).
- 13 Pense-se na discussão sobre a medida adequada para a defesa de quem é atingido por ato executivo, nos mais variados contextos. Nem a jurisprudência fornece indicação segura: “Embargos de terceiro. Suposto integrante de grupo econômico. Cabimento. A empresa incluída no polo passivo da execução sob o fundamento de pertencer ao mesmo grupo econômico da executada, ainda que supostamente responsável pela dívida, não deixa de ser terceira para fins da legislação processual, quando afirma essa condição” (TRT da 2ª Região, 14ª T., AP 00018417720135020039, Rel. Manoel Ariano, j. 24.07.2014, DJ 01.08.2014) e “Carece de legitimidade ativa para a utilização dos embargos de terceiro a parte que é incluída no polo passivo dos autos principais de reclamação trabalhista. Inteligência dos arts. 884 da CLT e 1.046 do CPC... Incluída a parte no polo passivo da execução, a defesa cabível contra a execução dos seus bens são os embargos à execução, após a garantia do juízo, na forma prevista no art. 884 da CLT” (TRT da 1ª Região, 7ª T., AP 00012184720115010027, Rel. Rogerio Lucas Martins, j. 09.12.2013, DJ 16.12.2013).
- 14 Será ainda, diante do art. 966, § 4º, do vigente CPC, a ação rescisória o meio próprio para desconstituir termo de acordo homologado judicialmente, como pretende a Súmula nº 250 do Tribunal Superior do Trabalho, editada ao tempo do CPC anterior, sobre cuja subsistência nada disse o Tribunal até agora?

DOCTRINA

No cenário descrito, a parte que comparece em juízo sem advogado incorre em elevado risco de comprometer o exame de sua pretensão, por desconhecimento técnico. No fundo, a condução do processo torna sempre mais complexa e até mesmo mais difícil a sua composição amigável, por não serem bem assimilados os riscos envolvidos na ação. Aos leigos que participam diretamente do conflito não é fácil abstrair o componente emocional que dele emerge, para aceitar composição racionalmente justificável. No Tribunal Superior do Trabalho certa feita assentou-se, com muita propriedade: “Sob um prisma psicológico, sem o concurso do advogado, a parte louva-se do processo para um desabafo sentimental pouco produtivo; obcecada pela paixão e pelo ardor, não tem, como regra, a serenidade para captar os pontos essenciais do caso para melhor resguardo dos seus interesses, ao passo que o advogado, sem rancores pessoais, garante uma defesa mais persuasiva e eficaz”¹⁵.

Já se apenas a parte mais pobre comparece pessoalmente, para evitar, com o exercício do seu *jus postulandi*, maior dispêndio de dinheiro com a contratação de advogado, confrontando-se com litigante tecnicamente orientado, a desigualdade econômica transforma-se *ipso facto* em desigualdade processual. Por isso mesmo Calamandrei escreveu: “per assicurare praticamente nel processo la libertà e la uguaglianza delle parti bisogna porre accanto a ciascuno di esse, in ogni momento del processo, un difensore che colla sua intelligenza e colla sua conoscenza tecnica dei meccanismi processual ristabilisca l’equilibrio del contraddittorio”¹⁶. No fundo, o direito à representação por um advogado implica, no âmbito do processo, “l’espressione più importante del rispetto della persona: dove non è difensore, la personalità del giudicabile à monomata”¹⁷.

Assim, se o *jus postulandi* pode formalmente facilitar o acesso à justiça, em termos concretos e práticos expõe os litigantes a vários riscos, inclusive o de perecimento do direito, por falta de domínio da técnica processual, das sutilezas da jurisprudência ou das cizânias teóricas. É, em rigor, um acesso apenas aparentemente mais simples, que atrai a advertência formulada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no importante julgamento tomado em *Powell v. Alabama*, nos seguintes termos: “The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by

15 TST, Pleno, E-AIRR e RR-8558100-81.2003.5.02.0900, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 13.10.09, DEJT 01.04.2011.

16 Il rispetto della personalità nel processo. In: *Processo e democrazia, opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1964. volume primo. p. 693.

17 Il rispetto della personalità nel processo, cit., p. 693.

counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law”¹⁸.

Por outro lado, a gratuidade do processo não deve ser assegurada com o comprometimento da defesa técnica. O caminho é outro e envolve, em linhas gerais, patrocínio custeado por advogado público ou ligado a entidade de classe e, nos casos de sucumbência do litigante pobre, isenção de pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios da outra parte. Mais uma vez pode-se invocar a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, em enunciado três décadas posterior ao que se transcreveu acima, formulado em *Gideon v. Wainwright*: “reason and reflection require us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him”¹⁹.

Ademais, a ausência de honorários de sucumbência leva a que o litigante que não deseja correr o risco de comprometer sua postulação, por deficiência técnica, e resolve, portanto, utilizar-se do trabalho de advogado, tendo de suportar os custos decorrentes, receba, ao fim e ao cabo, tutela parcial, e não tutela integral. E o problema não se resolve inteiramente com a atribuição do crédito dos honorários para o advogado, por força dos arts. 22 a 24 – especialmente o art. 23 – da Lei nº 8.906, de 1994. Há o risco, que somente as forças do mercado podem evitar, de que o advogado receba honorários do seu representado, além dos honorários de sucumbência. A ser mesmo assim, surgirá o problema lembrado por Crisanto Mandrioli: “se... per ottenere il riconoscimento del diritto a 100 si dovesse spendere (senza poter recuperare) 20, se ne dovrebbe desumere che l’ordinamento tutela i diritti all’80 per cento e non nella loro integralità”²⁰. É imperioso, para que haja verdadeira e plena tutela do direito reconhecido, que a necessidade de servir-se do processo não cause prejuízo algum a quem tem razão, conforme a clássica e sempre repetida proposição de Chiovenda²¹. Mas isso não se dá quando a parte vencedora não é ressarcida das despesas ocasionadas pelo processo, incluídas as efetuadas com advogado, cuja atuação mostra-se imprescindível para a tutela, de modo adequado, do direito violado.

Por fim, a ausência de honorários de sucumbência, além de prejudicar o litigante pobre, compromete a eficácia da norma trabalhista. Se o devedor

18 287 U.S. 45, 69.

19 372 U.S. 335.

20 *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1993. I. § 52. p. 300/301.

21 A proposição é antiga e foi formulada por Chiovenda em *Sulla “perpetuatio iurisdictionis”*, publicado posteriormente em *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930. volume primo. p. 273.

sabe que não há ônus adicional relevante para o inadimplemento da obrigação, tende, sob a perspectiva econômico-financeira, a deixar de cumpri-la pontualmente ou é, no fundo, estimulado a agir assim. É o que ocorre, em alguma medida, no campo das relações de trabalho. Quando a hora extra não é quitada, a consequência para o empregador é, na maioria das vezes, ter apenas que liquidar em juízo, com poucos acréscimos relevantes, arcando o próprio empregado com os honorários do seu advogado. Se o ônus é transferido para o empregador, o seu inadimplemento passa a gerar custo adicional, que pode estimular o pagamento pontual da parcela. Afinal, é importante que “the party who is in the wrong faces costs which are higher than those which he would pay if he simply carries out the law”²². Foi o que notou também a Corte de Apelações do Nono Circuito dos Estados Unidos, em julgado em que se lê: “...a fee award serves a purpose beneficial to society by encouraging the City of San Diego to ensure that all of its police officers are well trained to avoid the use of excessive force, even when they confront a person whose conduct has generated the need for police assistance”²³. *Mutatis mutandis*, o mesmo pode ser dito no processo do trabalho.

IV – A JURISPRUDÊNCIA, AS PROGRESSIVAS EXCEÇÕES E OS PARADOXOS CRIADOS

As circunstâncias indicadas anteriormente, em particular a complexidade crescente dos litígios trabalhistas, levaram a jurisprudência a relativizar, aos poucos, a franquia do *jus postulandi* e, por conseguinte, a afirmação de inexistência de honorários sucumbenciais. Mas a evolução não se fez de maneira linear. São evidentes algumas graves contradições.

A regra do art. 133 da Constituição, na qual alguns viram o fim do *jus postulandi*, não alterou em nada o quadro²⁴. Tampouco o fez o art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.906, de 1994, ao menos segundo a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal²⁵. O passo mais significativo veio como desdobramento da Emenda Constitucional nº 45. A redação dada ao art. 114 fez com que passasse à competência da Justiça do Trabalho o julgamento de outras causas não decorrentes da relação de emprego, especialmente ações relacionadas com anulação de certos atos administrativos e com litígios decorrentes de relação de trabalho,

22 TULLOCK, Gordon. *Trials on trial: the pure theory of legal procedure*. New York: Columbia University Press, 1980. p. 19.

23 *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Guy v. City of San Diego*, n. 08-56024, publ. 17.06.2010.

24 Súmula nº 329 do Tribunal Superior do Trabalho.

25 Cf. ADI 1.127-8, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.05.06, DJ 11.06.2010.

sem a existência de relação de emprego²⁶. Em pouco tempo o Tribunal Superior do Trabalho afirmou a exigibilidade dos honorários advocatícios em lides não decorrentes da relação de emprego²⁷. E assim concretizou-se o primeiro paradoxo. O empregador vencido em ação trabalhista paga apenas o crédito devido, sem acréscimo de honorários advocatícios. Já quem contrata o serviço de pequeno empreiteiro, sendo condenado em ação trabalhista (CLT, art. 652, *a*, inciso III), tem de liquidar o crédito acrescido de honorários advocatícios. Em tese, também na ação do trabalhador portuário deveria ocorrer o mesmo, dado não haver relação de emprego, mas sim mera relação de trabalho. Dificilmente se compreende e se justifica a solução dispar.

Outro passo significativo foi a afirmação da exigibilidade dos honorários advocatícios em ação rescisória, nos termos da Súmula nº 219, inciso II. Não é sem importância notar que essa parte do verbete decorre de precedentes em que se nega a aplicabilidade do *jus postulandi* às ações rescisórias²⁸. Mas a previsão induziu grave paradoxo. Ação de empregado cujo pedido é julgado procedente desde logo não gera condenação em honorários. Se, porém, o pedido é julgado improcedente, transita em julgado, e sobrevém ajuizamento de ação rescisória, cujo pedido de rescisão e rejuizamento é acolhido, deve haver condenação em honorários advocatícios. Como explicar tão inusitada realidade?

O último problema surgiu com a aprovação da Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho: “O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”. Se a ausência de honorários advocatícios decorria da possibilidade de exercício do *jus postulandi*, haveria de reconhecer-se a necessidade de condenação no pagamento da parcela sempre que a tramitação do processo envolvesse o Tribunal Superior do Trabalho, onde somente se passou a admitir a representação por advogado. Mas a esse resultado a jurisprudência nunca chegou. Tem-se, então, obrigação de contratação de advogado, sem possibilidade de recebimento de honorários de sucumbência.

26 Cf. art. 114, incisos I, VII e IX. Para algumas anotações, em doutrina: MALLETT, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 71, n. 1, jan./abr. 2005, p. 198 e segs.

27 Instrução Normativa nº 27, art. 5º e, posteriormente, Súmula nº 219, inciso IV.

28 TST, SDI II, AR 1853596-77.2007.5.00.0000, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DEJT 05.12.08; e TST, SDI II, ROAR 295979-22.1996.5.08.5555, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 14.05.99.

V – A REFORMA TRABALHISTA E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com a Lei nº 13.467, passam a ser devidos os honorários advocatícios nas ações trabalhistas, sem que se tenha revogado a possibilidade de exercício de *jus postulandi* pelas partes. Os arts. 791 e 839, alínea *a*, da CLT não são afetados pela nova legislação²⁹. A harmonização de um sistema híbrido é adequada a um país de dimensões continentais e realidades tão distintas quanto o Brasil, pois permite acomodar experiências de locais ermos, onde o acesso ao Judiciário para causas simples e de pequeno valor só se realiza graças à possibilidade de postulação pessoal, ao lado da vivência de metrópoles e grandes centros urbanos, dotados de enormes bancas de advocacia e processos tão complexos que “o exercício da capacidade postulatória se tornou uma caricatura de si mesma”³⁰.

Diferentemente do que se intui, todavia, o pagamento de honorários de advogado, com fundamento na derrota da parte adversa, não está atrelado – epistemologicamente – à capacidade ou incapacidade postulatória da parte. Há, basicamente, duas regras opostas quanto aos honorários de advogado, desatreladas, em princípio, desse fundamento: de um lado, a chamada *english-rule* ou *costs-shifting rule*, segundo a qual “a parte vencedora (‘ou recebedora’) deve recuperar seus ‘custos-padrão’ de seu opositor (‘a parte pagadora’)”³¹ e, do outro, a denominada *american rule*, segundo a qual cada litigante responde apenas pelos honorários do seu próprio advogado³².

Não obstante a imprescindibilidade de o advogado possuir previsão constitucional (art. 133), o processo do trabalho, no Brasil, sempre adotou a “regra americana”, restringindo as condenações à verba honorária às hipóteses em que o autor estivesse assistido por entidade sindical (Lei nº 5.584/70, art. 14) e às ações e recursos em que a jurisprudência exige a presença de advogado (TST, Súmula nº 425). A Lei nº 13.467, todavia, quebra esse paradigma ao generalizar o direito aos honorários de advogado com base em regra de sucumbência, mediante inserção, na CLT, do art. 791-A, nos seguintes termos, *verbis*:

29 Sem embargo de a jurisprudência já ter amainado consideravelmente o alcance dessa regra, ao entendê-la inaplicável à ação rescisória, à ação cautelar, ao mandado de segurança e aos recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho, na forma da já lembrada Súmula nº 425.

30 SILVA, Homero Batista da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017. p. 140.

31 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009. p. 214.

32 “In the United States, the losing party does not generally pay the winner’s legal fees. Each party is only obligated to pay his or her own attorney’s fees, regardless of the outcome of the litigation. This practice is called the ‘American Rule’; the practice that allows shifting of legal fees is called the ‘English Rule’.” (VARGO, John F. The American Rule on attorney fee allocation: the injured person’s access to justice. *The American University Law Review*, v. 42, p. 1.568-1.636, 1993, p. 1.569).

“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.”

O desmembramento das expressões contidas no dispositivo ora transcrito é pedagogicamente favorável à sua compreensão:

a) “Ao advogado” – o sujeito da oração torna inequívoco o destinatário da verba, como consta, aliás, da regra geral do art. 23 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e também do art. 85, § 14, do CPC³³. Com isso, os honorários de advogado perderam, também na esfera trabalhista, a sua justificativa original – e a natureza jurídica de dano emergente –, qual fora a de recompor integralmente o patrimônio do vencedor, diante do dano experimentado pela contratação de advogado a fim de obter a tutela jurisdicional³⁴.

b) “Ainda que atue em causa própria” – repete-se comando semelhante ao do § 17 do art. 85 do CPC. Assumido o pressuposto de que os honorários pertencem ao advogado, não faz sentido, deveras, distinguir a condenação ou não na parcela pelo fato de o profissional advogar em causa própria ou de outrem.

c) “Serão devidos honorários de sucumbência” – esse fragmento deixa patente que os honorários são devidos em razão unicamente do “princípio da causalidade”, ou seja, pelo fato objetivo da derrota. Pertinente observar, todavia, que, apesar da ausência de explicitação legal, eles são devidos – nos mesmos percentuais e arbitrados sob os mesmos critérios – independentemente do conteúdo da decisão, inclusive nas hipóteses de improcedência e de extinção sem resolução meritória, por aplicação subsidiária e supletiva (CLT, art. 769 e CPC, art. 15) do § 6º do art. 85 do CPC³⁵.

33 “Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.” (BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*)

34 De acordo com o comentário de Aguiar Dias, acerca do art. 912 do CPC/1939: “Na indenização, deve ser computada a verba para honorários de advogado, conforme estabelece o art. 912 do Código de Processo Civil. De outra maneira, a reparação não seria completa, desfalcando o *quantum* da quantia necessária a solver essa obrigação” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. II. p. 823)

35 “Art. 85. (...) § 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.”

d) “Fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento)” – optou-se pela fixação em patamares inferiores aos do processo civil, que procede ao escalonamento entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), *ex vi* do art. 85, § 2º, do CPC. Conquanto não haja razão lógica para o tratamento discriminatório aos profissionais que advogam perante a Justiça do Trabalho, não se vislumbra inconstitucionalidade no texto legal, porquanto também não havia mácula à Lei Maior quando nem sequer eram atribuídos honorários de advogado. Sob o prisma fenomênico, as transformações sociais costumam ocorrer – e são, por vezes, melhor digeridas – gradativamente do que em giros de cento e oitenta graus. É possível que o legislador tenha tomado como referência, sem maior cuidado técnico, o percentual existente no art. 11 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950³⁶, que, durante muito tempo, serviu de teto para as condenações em honorários assistenciais. É de se lamentar, porém, caso tenha sido esse o referencial, uma vez que tal dispositivo fora expressamente revogado pelo novo CPC (art. 1.072, III), e o Tribunal Superior do Trabalho já havia adaptado sua jurisprudência com o escopo de assimilar os percentuais da legislação processual comum (Súmula nº 219, V). Ainda sobre a fixação dos percentuais, a regra do § 4º do art. 90 do CPC – redução por metade dos honorários em casos de reconhecimento da procedência do pedido seguida do cumprimento integral da prestação reconhecida –, por ser integralmente consentânea com os escopos do processo do trabalho, também comporta aplicação subsidiária e supletiva.

e) “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 parte final do artigo estabelece a base de incidência dos honorários. Contudo, a primeira dúvida a ser dirimida diz respeito à utilização do vocábulo “sentença”, enquanto espécie de pronunciamento judicial sobre a qual serão apurados os percentuais. Malgrado o julgamento antecipado parcial do mérito³⁷ (CPC, art. 356, I e II) não possa ser conceituado como tal, haja vista não se tratar do “pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva” (CPC, art. 203, § 1º), mas apenas a algum(ns) de seus capítulos, é indubitável que a lei disse menos do que deveria, sendo

36 “Art. 11. (...) § 1º Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença.” (BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950)

37 Aplicável ao processo do trabalho, por força do art. 5º da Instrução Normativa nº 39 do TST, *verbis*: “Art. 5º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC que regem o julgamento antecipado parcial do mérito, cabendo recurso ordinário de imediato da sentença” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 203, de 15 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 10 set. 2017).

devidos honorários nas hipóteses de decisão parcial, conforme Enunciado nº 5 do CJF³⁸. No que concerne ao “valor que resultar da liquidação da sentença”, a tendência é de que esse valor seja tomado sem o desconto de contribuições fiscais e previdenciárias (Orientação Jurisprudencial nº 348 da SBDI-I/TST)³⁹. *Mutatis mutandis*, o “proveito econômico obtido” pode significar, v.g., para o réu, o valor que ele deixa de desembolsar com uma eventual sentença de improcedência. Por isso, aliás, é de suma importância que os pedidos passem a ter indicação fidedigna do valor (CLT, art. 840, § 1º, com redação dada pela Lei nº 13.467)⁴⁰, em observância aos critérios do art. 292 do CPC⁴¹, ainda que a jurisprudência trabalhista continue a entender que o valor atribuído seja mera estimativa e não vincule o juízo⁴²⁻⁴³. A lei adota como referência, ainda, o valor atualizado da causa, nas hipóteses em que o proveito econômico for inestimável. Apesar de ser um referencial seguro, não se pode perder de vista a possibilidade de apreciação equitativa, prevista no § 8º do art. 85 do CPC, principalmente nas hipóteses em que o valor atribuído à causa for irrisório e,

38 “Enunciado nº 5 – Ao proferir decisão parcial de mérito ou decisão parcial fundada no art. 485 do CPC, condenar-se-á proporcionalmente o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, nos termos do art. 85 do CPC.” (Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. *I Jornada de Direito Processual Civil*. Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017)

39 “348. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR LÍQUIDO. LEI Nº 1.060, DE 05.02.1950. Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários.”

40 CLT: “Art. 840. (...) § 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, e breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante”. (Sem destaques no texto original)

41 Notadamente aos itens V e VI, que tratam das pretensões de danos extrapatrimoniais e da cumulação objetiva, hipóteses mais recorrentes perante a Justiça do Trabalho. CPC: “Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: (...) V – na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; VI – na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;”.

42 “Diante da complexidade que envolve os cálculos trabalhistas, além das inúmeras discussões doutrinárias e jurídicas acerca da incidência de reflexos, seria desarrazoado atribuir ao valor do pedido lançado na petição inicial a certeza absoluta de um mesmo valor que se fixa, por exemplo, no caso de uma execução de um título extrajudicial. Não se exige, no Processo do Trabalho, a mesma indicação “precisa” a que referia o CPC de 1939, nem tampouco o refinamento na individualização do valor da causa, disciplinado nos arts. 42 a 49 do CPC de 1939. O valor atribuído pelo reclamante, no caso dos autos, representou mera estimativa, simplesmente para a fixação de alçada (art. 852-B, I, da CLT), não servindo como limite ao valor efetivamente auferido, após regular procedimento de liquidação de sentença. Ao deixar de limitar a condenação aos respectivos valores indicados na reclamação trabalhista, o juiz de primeiro grau não violou o princípio da congruência, como reconhecido pelo Tribunal Regional, razão pela qual impõem-se a reforma do julgado, a fim de se restabelecer o critério de liquidação indicado na sentença.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 11064-23.2014.5.03.0029, Rel. Des. Conv. Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, DEJT 23.06.2017)

43 Mas que deveria servir, no mínimo, para que o juiz avaliasse o comportamento da parte (CPC, art. 5º), sob pena de a norma tornar-se absolutamente anódina.

em consequência, implicar honorários aviltantes⁴⁴ ou, por que não?, excessivos, desproporcionais ao trabalho realizado⁴⁵.

A Lei nº 13.467 determina que “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” (§ 1º). Aprioristicamente, nada mais fez do que se apoderar daquilo que a jurisprudência já consolidara, tanto em relação às ações “em face” – e não “contra”, mas a norma definitivamente não primou pela técnica – da Fazenda Pública⁴⁶ quanto nas ações em que o sindicato for substituto processual. Depois de oscilações sumulares, primeiramente concedendo⁴⁷ e depois negando⁴⁸ honorários de advogado, a jurisprudência evoluiu no sentido de entender a verba devida “pela simples sucumbência da parte contrária”⁴⁹⁻⁵⁰.

44 Nesse sentido, a propósito, o Enunciado nº 6 do CJF, *verbis*: “Enunciado nº 6 – A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º do art. 85 do CPC” (Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. *1 Jornada de Direito Processual Civil*. Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017).

45 Cf., na jurisprudência formada ao tempo do CPC anterior: “(...) 4. Quanto à fixação de honorários advocatícios, o STJ, via de regra, mantém o valor estabelecido na origem, por força do óbice da Súmula nº 7/STJ; todavia, em situações excepcionais, quais sejam: fixação da condenação em patamares ínfimos ou exorbitantes, a jurisprudência deste Tribunal autoriza a revisão do quantum estabelecido no acórdão a quo. 5. Na hipótese dos autos, a fixação da condenação em honorários advocatícios em torno de R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais), que corresponde a 1/11 do valor da dívida, configura valor excessivo; portanto, nesse ponto, merece reparo a decisão agravada, exclusivamente para determinar a redução do montante fixado a título de honorários advocatícios em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Agravo regimental provido em parte” (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 980.349/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10.06.08, DJe 24.06.08).

46 Súmula nº 219 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. (...) VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil”.

47 Súmula nº 220 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970, são devidos os honorários advocatícios, ainda que o sindicato figure como substituto processual”.

48 Súmula nº 310 do TST: “SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. (...) VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios”.

49 “O Tribunal Superior do Trabalho, em face do cancelamento da Súmula nº 310, item VIII, desta Corte e na linha das diretrizes traçadas pelas Súmulas ns. 219 e 329 do TST, havia pacificado o entendimento de que o sindicato, na condição de substituto processual da categoria profissional, faz jus à percepção dos honorários de advogado, desde que preenchidos os requisitos elencados no art. 14 da Lei nº 5.584/70. Contudo, a jurisprudência desta Corte recentemente evoluiu ainda mais para firmar o entendimento de que o sindicato faz jus ao recebimento de honorários assistenciais pela simples sucumbência da parte contrária, ou seja, quando o ente sindical resultar vencedor em demanda em que atua na qualidade de substituto processual, independentemente da exigência de comprovação da hipossuficiência de cada um dos substituídos (...).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR – 38400-75.2009.5.09.0072, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, SbDI-I, DEJT 17.03.2017) (Sem destaques no original)

50 Súmula nº 219 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. (...) III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego”.

O § 2º arrola os critérios a serem observados para fixação de honorários advocatícios – 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 –, matéria em que o legislador agiu por mimetismo, limitando-se a replicar o disposto no art. 85, § 2º, do CPC.

Já o § 3º determina que “na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”. Em que pese o dispositivo também reproduzir, com outras palavras, o disposto no § 14 do art. 85 do CPC⁵¹, seu impacto é muito mais avassalador no Direito Processual do Trabalho, marcadamente caracterizado pela cumulação objetiva de pedidos. Há um lado positivo na inserção de elementos de risco na postulação, que é escoimar a formulação de pedidos sabidamente irresponsáveis. A Análise Econômica do Direito trabalha com a premissa de que todo agente racional tende a maximizar suas preferências, agindo de modo a otimizar seus ganhos, mediante análise de custo-benefício. Desse modo, a “árvore de decisões”⁵² do autor de embutir ou não pedidos frívolos está diretamente imbricada às perdas e aos ganhos que podem resultar dessa atitude. Atualmente, pode-se afirmar que a inclusão desmedida de pretensões tem um custo de transação muito baixo para quem as veicula. Isso porque significativa parcela dos autores de ações perante a Justiça do Trabalho obtém, sem dificuldade, os benefícios da justiça gratuita, o que os isenta do pagamento de despesas processuais. Outrossim, caso sucumbam nas pretensões levianas, não pagam honorários de advogado, além de o risco de condenação por litigância de má-fé – ou de ela ter alguma consequência pedagogicamente eficiente⁵³ – ser baixo, por força de uma jurisprudência indulgente. Nesse quadro, a análise preditiva – a partir da “teoria dos jogos” – demonstra ser irracional – do ponto de vista econômico – que a parte abdique de formular pedidos banais, ainda que as chances de êxito sejam extremamente escassas. O problema desse raciocínio individualista é que alguém paga a conta de administrar cortes asoberbados de processos recheados de pretensões destituídas de fundamentos. “There’s

51 Que assim prescreve: “Art. 85. (...) § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (CPC).

52 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 403-466.

53 “A litigância de má-fé imputada ao autor não é suficiente para que seja indeferido o benefício da justiça gratuita. Isto porque as penalidades previstas a quem pleiteia de má-fé, nos termos do art. 18 do CPC, são taxativas, e por se tratarem de norma de caráter punitivo, devem ser interpretadas restritivamente.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR-235-50.2010.5.15.0041, 8ª Turma, j. 07.12.2011)

No Such Thing as a Free Lunch”, já advertia Milton Friedman⁵⁴. A conta desse “almoço grátis” parece ter chegado aos contribuintes e aos jurisdicionados, seja pelo custo do Poder Judiciário⁵⁵ – que envolve, evidentemente, uma série de outras razões –, seja pela dificuldade de cumprir a promessa constitucional de celeridade e duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Advirta-se, porém, que essa conjuntura deontologicamente desfavorável não pode ser corrigida de modo açodado. O instituto da sucumbência recíproca – capitular e intracapitular –, sem compensação, constitui ferramenta poderosa no afã de aplacar a veiculação de pretensões descabidas, mas convém utilizá-la de modo escrupuloso, colmatando lacunas que o texto do parágrafo em questão não tratou com denodo.

A primeira delas diz respeito à decadência em parte mínima do pedido – entendido em seu conjunto e não de cada pedido isoladamente –, caso em que não faz sentido falar em “sucumbência recíproca”, e a prudência recomenda determinar ao outro (sucumbente na quase totalidade) que pague, por inteiro, os honorários de sucumbência, como já ocorre no processo civil (art. 86, parágrafo único)⁵⁶. Assim, se o autor pede A, B, C, D, E, F, G e H – como é tão comum no processo do trabalho –, correspondendo o pedido H a reflexos do pedido G em DSR, o indeferimento apenas desse pedido não altera a sucumbência do réu, a quem deve ser atribuído o pagamento dos honorários advocatícios integralmente.

Outro ponto, ainda mais importante, pela frequência e relevância de sua veiculação perante a Justiça do Trabalho, diz respeito aos pedidos de compensação de danos extrapatrimoniais. É certo que o arbitramento do valor é dotado de alta carga de subjetividade, o que torna absolutamente impossível à parte mensurar o valor do ressarcimento que lhe pode ser concedido, ainda que assistida pelo melhor dos advogados. Em tais casos, a jurisprudência acertadamente entende que o valor dado à causa é meramente estimativo⁵⁷, sob pena de incorrer em um terrível dilema: ou os autores formularão pedidos cada vez

54 FRIEDMAN, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. LaSalle: Open Court Publishing Company, 1975.

55 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016*: despesas e receitas totais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

56 CPC: “Art. 86. Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”.

57 “Dada a multiplicidade de hipóteses em que é cabível a indenização por dano moral, aliado à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 432.177/SC [2002/0050630-3], Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ 28.10.03)

mais tímidos, a fim de evitar a sucumbência, ou demandarão pela quantia que realmente julgam justa, com o risco de o valor devido a título de honorários sucumbenciais suplantar o montante deferido a título de indenização do prejuízo extrapatrimonial⁵⁸. A questão é tão pacífica perante o Superior Tribunal de Justiça que chegou a ser solidificada em 2006, por meio da Súmula nº 326, segundo a qual, “na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”⁵⁹.

O mais polêmico de todos os dispositivos relativos à disciplina dos honorários de advogado ficou reservado ao § 4º, cujo teor é o seguinte:

“§ 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.”⁶⁰

O problema do dispositivo em questão reside no fato de ele determinar que as obrigações decorrentes da sucumbência são exigíveis, *ainda que o vencido seja beneficiário da justiça gratuita*, desde que ele tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. O desafio – quiçá intransponível – é dar uma leitura constitucionalmente conforme a essa regra, diante da garantia de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, LXXIV). O artigo não colabora em absolutamente nada nesse mister: i) ele não possibilita ao juiz revogar o benefício da justiça gratuita; ii) não cria uma espécie de presunção – elidível, por prova em contrário – de que a obtenção de créditos, ainda que em outro processo, confere ao beneficiário condições de pagar as despesas de processos; iii) também não permite aquilatar que a declaração de pobreza, por ser relativa ao estado da pessoa, é ontologicamente mutante e, com o recebimento de crédito em outro processo, tem o condão de alterar a condição econômica – o que já seria extremamente discutível – e pos-

58 “Nos casos de indenização por danos morais, fixado o valor indenizatório menor do que o indicado na inicial, não se pode, para fins de arbitramento de sucumbência, incidir no paradoxo de impor-se à vítima o pagamento de honorários advocatícios superior ao deferido a título indenizatório.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgR no AI 459.509/RS [2002/0074813-5], Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19.12.03)

59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 326. DJ 07.06.06.

60 Sem destaques no texto original.

sibilitar o pagamento dos honorários de sucumbência, sem prejuízo do sustento próprio e dos familiares.

Deveras, o dispositivo em questão não faz nada disso. O que ele faz é criar a esdrúxula figura da “justiça gratuita paga”. Por isso, ele foi questionado pelo Procurador Geral da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766, ajuizada em 28.08.2017, ainda não decidida pela Suprema Corte⁶¹.

A própria leitura do dispositivo impõe o trancamento de interpretações constitucionalmente legítimas. Não é possível, por exemplo, entender que o dispositivo está a dizer o mesmo que dizia o art. 12 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, segundo o qual “a parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final (...)”⁶². Se assim o fosse, não se divisaria incompatibilidade com o texto constitucional, como já entendeu a Suprema Corte, porque haveria mera condição suspensiva de exigibilidade, qual seria a obliteração, no prazo legal, dos pressupostos aquisitivos dos benefícios da justiça gratuita⁶³. Isso – e somente isso – é o que faz a legislação processual civil com os beneficiários da justiça gratuita. Mas o § 4º veda de modo hermético tal exegese, na medida em que ele é resolutivo ao dispor que a exigibilidade das verbas de sucumbência só fica suspensa se o vencido não receber créditos. Portanto, se ele receber créditos, por menores que sejam, por mais pobre que seja ele e por mais que não reúna condição nenhuma de suportar as despesas do processo sem comprometer a sua subsistência e a dos que dele dependerem, deverá pagar os honorários de sucumbência, conquanto o texto constitucional prometa-lhe assistência jurídica integral e gratuita.

Não bastasse a ofensa direta ao art. 5º, LXXIV, da CF, o § 4º do art. 791-A também molesta a isonomia (CF, art. 5º, *caput*), pois, malgrado os siste-

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.766. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5250582>>.

62 “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.” (Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950)

63 “O art. 12 da Lei nº 1.060/1950 foi recepcionada quanto às custas processuais em sentido estrito, porquanto se mostra razoável interpretar que em relação às custas não submetidas ao regime tributário, ao “isentar” o jurisdicionado beneficiário da justiça gratuita, o que ocorre é o estabelecimento, por força de lei, de uma condição suspensiva de exigibilidade. Em relação à taxa judiciária, firma-se convicção no sentido da recepção material e formal do art. 12 da Lei nº 1.060/1950, porquanto o Poder Legislativo em sua relativa liberdade de conformação normativa apenas explicitou uma correlação fundamental entre as imunidades e o princípio da capacidade contributiva no Sistema Tributário brasileiro, visto que a finalidade da tributação é justamente a realização da igualdade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, RE 249.003, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 10.05.2016)

mas processuais possuam características e peculiaridades diferentes, nada justifica o tratamento mais rigoroso dispensado ao sucumbente na esfera trabalhista. Além disso, o dispositivo perturba a concepção de “acesso à justiça” (CF, art. 5º, XXXV), pois, por mais difícil que seja definir a expressão, é certo que ela deve contemplar um sistema acessível a todos e que produza resultados individual e socialmente justos, como afirmam Cappelletti e Garth⁶⁴. A Suprema Corte do Reino Unido teve a oportunidade de pronunciar-se recentemente sobre questão similar. Por lá, em 2013, passou a vigorar o “The Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013”⁶⁵, que previa taxas de até 1.200 libras para ações trabalhistas, de acordo com a classe da ação. O impacto no acesso à justiça foi instantâneo e completamente devastador. Em apenas dois anos, o número de processos decresceu 67%, em ações que veiculavam diferentes pretensões, assim distribuídas: discriminação de gênero (- 87%); redução salarial (- 64%); equiparação salarial (- 70%); dispensas injustas (- 70%)⁶⁶. A legalidade dessa norma fora desafiada perante a Suprema Corte, no caso *R v. Lord Chancellor [2017] UKSC 51* que, em decisão de 26 de julho de 2017⁶⁷, declarou sua ilegalidade, por violação da garantia de acesso à justiça. E uma constatação merece destaque: o próprio discurso moralista segundo o qual a introdução das taxas judiciais corrigiria os abusos nos pedidos – fazendo com que apenas pleitos legítimos fossem veiculados – caiu por terra, haja vista os estudos terem demonstrado que os índices de ações improcedentes aumentaram constantemente a partir da cobrança de taxas⁶⁸.

64 Que assim afirmaram: “A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 8).

65 REINO UNIDO. *The employment tribunals and the employment appeal tribunal fees order 2013*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk>>. Acesso em: 9 set. 2017.

66 REINO UNIDO. *Labour disputes: labour disputes annual estimates*. Disponível em: <<http://www.personneltoday.com/hr>>. Acesso em: 9 set. 2017.

67 REINO UNIDO. *R (on the application of UNISON) (Appellant) v Lord Chancellor (Respondent) [2017] UKSC 51*. UKSC 2015/0233. 26 Jul 2017. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0233.html>>. Acesso em: 9 set. 2017.

68 “57. A secondary objective of the introduction of fees was to deter the bringing of unmeritorious claims. The Review Report analysed the outcomes of single claims which had been presented after fees were introduced, and compared them with the outcome of cases during the three quarters preceding the introduction of fees. The results show that the proportion of successful claims has been consistently lower since fees were introduced, while the proportion of unsuccessful claims has been consistently higher. The tribunal statistics, which record the figures for all claims, show the same trend. The Lord Chancellor accepts that there is no basis for concluding that only stronger cases are being litigated”. Idem.

DOCTRINA

O § 5º do art. 791-A estabeleceu serem devidos honorários de sucumbência na reconvenção. A disposição é mais restrita do que o § 1º do art. 85 do CPC⁶⁹, no que traz polêmica acerca de eventual “silêncio eloquente” sobre as demais hipóteses versadas no diploma processual civil ou da possibilidade de sua aplicação subsidiária. Se por um lado é aceitável – sob o viés de opção de política judiciária, concordando-se ou não – vislumbrar a sucumbência globalmente e arbitrar uma única vez os honorários de advogado, o que justifica a sua exclusão nos recursos interpostos e no cumprimento da sentença, não faz sentido negar a parcela na hipótese de execução de título extrajudicial.

VI – APLICAÇÃO NO TEMPO DAS NOVAS REGRAS

A Lei nº 13.467, publicada no Diário Oficial de 14 de julho de 2017⁷⁰, estabeleceu, em seu art. 6º, que ela entraria em vigor “após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial”. Considerando o disposto no § 1º do art. 8º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, segundo o qual “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”, simples operação aritmética permite lobrigar que a alcunhada “reforma trabalhista” passará a vigorar a partir de 11 de novembro de 2017.

Contudo, o singelo raciocínio esboçado no parágrafo anterior está longe de equacionar a miríade de questionamentos advindos da chamada “eficácia temporal das leis” – também denominada de “direito intertemporal” ou “direito transitório” –, taxonomia adotada para tratar do modo como a lei nova afeta – notadamente – os processos em curso. Trata-se de questão delicada, que não pode ser solucionada de modo unívoco, uma vez que as respostas oferecidas reclamam preservação das garantias processuais e dos direitos constitucionalmente assegurados, o que implica certas peculiaridades e sutilezas.

A CLT, ora acusada – um tanto injustamente – de ter cometido o mesmo pecado do Rei Lear, qual fora o de “ter ficado velho, antes de ter ficado sábio”⁷¹, ocupou-se do tema, ao estabelecer, em seu art. 912, que “os dispositivos de

69 CPC: “Art. 85. (...) § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”.

70 BRASIL. Imprensa Nacional. *Diário Oficial da União*, ano CLIV, n. 134, 14 jul. 2017. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=14/07/2017&jornal=1&pagina=1&toTalArquivos=96>>. Acesso em: 7 set. 2017.

71 SHAKESPEARE, William. *O Rei Lear*. Trad. Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 40.

caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação⁷². Na mesma trilha, o Código de Processo Civil de 1939 também não se esquivou do assunto ao preconizar, no art. 1.047, que, “em vigor este Código, as suas disposições aplicar-se-ão, desde logo, aos processos pendentes⁷³”.

Embrionariamente, então, fora essa a concepção que inspirou o legislador da década de 1930-1940: a ideia rudimentar de que as regras processuais apanham os processos em curso, sem nenhum tipo de ressalva. E essa compreensão mais rústica teve significativos influxos na jurisprudência. Deveras, quando promovida a alteração do art. 64 do CPC de 1939 – que expandiu o direito aos honorários advocatícios, antes restrito às ações resultantes de dolo ou culpa⁷⁴, passando a ser fundamentado na mera causalidade, *rectius*, no princípio da sucumbência⁷⁵ –, o Supremo Tribunal Federal interpretou a eficácia temporal da mudança a partir da noção de que a regra alcançava os processos em curso, independentemente de outras circunstâncias⁷⁶. E esse entendimento teve um grau de aceitação tão elevado perante a Suprema Corte que foi cristalizado na Súmula nº 509, cujo teor é o seguinte: “A Lei nº 4.632, de 18.05.65, que alterou o art. 64 do Código de Processo Civil, aplica-se aos processos em andamento, nas instâncias ordinárias⁷⁷”. O contexto axiológico-cultural da época não permitiu que se inferissem distinções ou aprimoramentos ao postulado.

Conquanto as regras processuais tenham se tornado mais sofisticadas, a disciplina de que elas se aplicam aos processos em curso, essencialmente, não se modificou. Importantes salvaguardas, todavia, foram edificadas ao instituto do direito intertemporal, que passou a absorver, paulatina e intuitivamente, as noções de ato jurídico perfeito processual e direito adquirido processual. Com

72 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

73 BRASIL. Código de Processo Civil. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

74 Eis a redação original do art. 64 do Código de Processo Civil de 1939, *verbis*: “Art. 64. Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária”.

75 Com a redação dada pela Lei nº 4.632, de 18 de maio de 1965, o dispositivo passou a dizer: “Art. 64. A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55”.

76 Cite-se, por todos, o seguinte acórdão: “EMENTA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. A Lei nº 4.362, de 18.05.65, que alterou a redação do art. 64 do C. Pr. Civ., adotando o princípio da sucumbência, aplica-se aos processos em andamento, quando de sua entrada em vigor. Recurso extraordinário conhecido por dissídio jurisprudencial, mas não provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 62.273/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, 02.05.67).

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 509*, DJ 10.12.69. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=509.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 7 set. 2017.

efeito, já no início da década de 1940, o art. 2º do Código de Processo Penal⁷⁸ – regra de superdireito – estabeleceu que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, *sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”. Confira-se, a propósito, que o processo penal traçou – ainda que sem declarar expressamente – os primeiros contornos da “teoria do isolamento dos atos processuais”⁷⁹. Justiça seja feita também à CLT que – em âmbito mais restrito – demonstrou idêntica preocupação ao dispor que “não serão prejudicados os recursos interpostos com apoio em dispositivos alterados ou cujo prazo para interposição esteja em curso à data da vigência desta Consolidação” (art. 915)⁸⁰. Para se ter a dimensão do vanguardismo dessas disposições, basta lembrar que o Código de Processo Civil de 1973⁸¹ se limitou a dizer que “ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes” (art. 1.211).

No ano seguinte à promulgação do Código de Processo Penal, a Lei de Introdução ao Código Civil⁸² – atualmente denominada “Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro”⁸³ – passou a integrar o ordenamento jurídico, disciplinando o efeito geral e imediato da lei – *tempus regit actum* –, mas resguardando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 6º). Esse dispositivo foi nitidamente recepcionado pelo texto constitucional (CF,

78 BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

79 BEBBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2014. p. 51.

80 Abre-se aqui um parêntese para mostrar como o Direito possui movimentos pendulares e paradoxais. A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, julgado no final de 1997, reputou correta a decisão da Suprema Corte da Espanha de denegar seguimento ao recurso já anunciado, mas ainda não apresentado, se nesse interregno a legislação aumentou o valor da taxa recursal. E assim o fez justificando que a Corte não deveria ficar “sobrecarregada de processos de menor importância”, *verbis*: “35. The Court notes that the solution adopted in the instant case by the Spanish courts followed a generally recognised principle that, save where expressly provided to the contrary, procedural rules apply immediately to proceedings that are under way. 36. Further, the Court considers legitimate the aim pursued by this statutory amendment, namely increasing the financial threshold for appeals to the Supreme Court in this sphere, so as to avoid that court’s becoming overloaded with cases of lesser importance. (...) 38. Given the special nature of the Supreme Court’s role as a court of cassation, the Court is able to accept that the procedure followed in the Supreme Court may be more formal” (COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights. *Affaire Brualla Gómez de la Torre v. Spain*. [155/1996/774/975] December/1997). A doutrina assim comentou o caso: “La Cour européenne des droits de l’homme a considéré qu’un pourvoi en cassation non encore présenté, mais déjà déclaré irrecevable au regard de la loi nouvelle qui actualisait le taux du ressort applicable aux pourvois en cassation; la Cour européenne prend en considération la spécificité du rôle du tribunal suprême comme juridiction de cassation et l’équité de procédure devant deux juridictions du fond pour admettre ‘une entrave non disproportionnée au droit d’accès à un tribunal’ (GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile*. Droit interne et droit de l’Union européenne. 32. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 83-84).

81 BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

82 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

83 Por força do art. 1º da Lei nº 12.376, de 30 de novembro de 2010, que ampliou, formalmente, o campo de aplicação do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, mediante alteração de seu nome.

art. 5º, XXXVI)⁸⁴ e permitiu que se fizessem as devidas depurações até que se atingisse o atual estágio da técnica: o processo civil rege-se pela teoria do isolamento dos atos processuais, de modo que as novas regras apanham os processos em curso, desde que não prejudiquem situações já consolidadas, sob pena de serem retroativas⁸⁵. É esse, aliás, o alcance do art. 14 do Código de Processo Civil atual – corolário do art. 5º, XXXVI, da CF⁸⁶ – segundo o qual “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. No escólio de Luiz Fux: “O problema da eficácia da lei no tempo é de solução uniforme, porquanto toda e qualquer lei, respeitado o seu prazo de *vacatio legis*, tem aplicação imediata e geral, respeitados os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Segundo ele, “muito embora a última categoria pareça ser a única de direito processual, a realidade é que todo e qualquer novel diploma de processo e de procedimento deve respeitar o ato jurídico-processual perfeito e os direitos processuais adquiridos (...)”. Em arremate, conclui ele que se trata “da transposição para todos os ramos de direito, do cânone constitucional da ‘irretroatividade das leis’ (...)”⁸⁷. A jurisprudência trabalhista reconhece expressamente a existência de “direito adquirido processual”⁸⁸ e de “ato processual consumado”⁸⁹, a partir da formulação moderna da “teoria do isolamento dos atos processuais”.

84 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

85 Consoante a doutrina: “La nouvelle n’a pas d’effet vis-à-vis des ‘facta praeterita’, des faits ou des actes accomplis, car elles seraient rétroactives; mais sous cette réserve, elle a un effet immédiat sur les procédures en cours” (ROUBIER, Paul. *Les conflits des lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1933. v. II. p. 685).

86 Conforme escólio de Didier: “Cada ato que compõe o processo é um ato que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF/88), mesmo se ele for um ato processual. Por isso o art. 14 determina que se respeitem ‘os atos processuais praticados’ (...). O direito processual é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicado por lei” (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. I. p. 56-57)

87 FUX, Luiz. *O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa*. 22 de março de 2016, 16h06. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 7 set. 2017.

88 “Em observância ao caráter irretroativo da norma e, ainda, com esteio na teoria de isolamento dos atos processuais, a nova lei não poderá prejudicar o direito adquirido processual, de modo que deverá respeitar os atos já consumados, bem como os efeitos dele decorrentes (atos processuais).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR – 113700-11.2002.5.15.0108, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 28.04.2017)

89 “Prevalece, no sistema normativo pátrio, o sistema do isolamento dos atos processuais, segundo o qual ‘a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência. (...) Em outros termos, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado, em estrita observância ao princípio *tempus regit actum*, devendo cada ato ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, não podendo a lei processual

Portanto, apesar de inquestionável a aplicação geral e imediata da Lei nº 13.467, a partir de 11 de novembro de 2017, é certo que ela deve ser atemperada com o escopo de proteger legítimas expectativas. Aliás, no atual estágio do processo civil brasileiro, que internalizou (CPC, arts. 9º e 10) regras semelhantes às de diversos ordenamentos europeus – tais como Portugal (art. 3º)⁹⁰, França (art. 16)⁹¹, Itália (art. 101)⁹² e Alemanha (art. 139)⁹³ – que vedam o que se convencionou chamar de “decisão-surpresa”, seria um enorme contrassenso admitir, agora, uma espécie de “legislação-surpresa”. “A lei nova, ao incidir em processo pendente, não pode causar “surpresas”. Essa proteção à situação das partes acaba por ligar-se inexoravelmente a uma figura, se não idêntica, análoga à do direito adquirido”⁹⁴.

Os valores claramente mudaram. Em que pese o STF não ter revogado a Súmula nº 509 – o que é mais do que justificado, pois já se vão dois outros Códigos de Processo Civil desde a sua edição e, ademais, o STJ foi criado, há quase trinta anos, para debruçar-se sobre matérias infraconstitucionais –, é possível entrever outra percepção acerca da superveniência de lei nova em face de situações jurídicas consolidadas. Por ocasião do julgamento da incidência de lei nova que definia “obrigações de pequeno valor”, para efeito de pagamento de precatório, assim se pronunciou a Suprema Corte:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEGISLAÇÃO LOCAL QUE DEFINE OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR (CF, ART. 100, § 3º). APLICABILIDADE IMEDIATA, DESDE QUE OBSERVADAS SITUAÇÕES JURÍDICAS JÁ CONSOLIDADAS NO TEMPO (DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA), SOB PENA DE OFENSA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA. (...) O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo

retroagir, sob pena de violar direito adquirido processual, ato jurídico perfeito e ato processual consumado, protegidos pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-E-ED-RR-107-08.2013.5.03.0090, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, SbDI-I, DEJT 16.09.2016)

90 PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Disponível em: <www.dgpj.mj.pt>. Acesso em: 7 set. 2017.

91 FRANÇA. *Code de procédure civile*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 7 set. 2017.

92 ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em: <http://www.altalex.com>. Acesso em: 7 set. 2017.

93 ALEMANHA. *Zivilprozessordnung*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de>. Acesso em: 7 set. 2017.

94 MEDINA, José Miguel Garcia. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, 2009, p. 315-336, p. 319.

as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio.”⁹⁵

O Código de Processo Civil também alberga mitigações à teoria do “isolamento dos atos processuais”, de modo a preservar garantias processuais. O *caput* do art. 1.046 estabelece que, “ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. O dispositivo parece totalmente estéril diante do disposto no art. 14 do mesmo diploma. Entretanto, a sua importância aparece nos parágrafos. Confira-se, *e.g.*, o § 1º, que determina a aplicação do Código de Processo Civil de 1973 às ações propostas e não sentenciadas até a vigência do novo código, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais, ou seja, o estabelecimento de um marco regulatório temporal diverso para determinados casos.

Esse abrandamento não constitui novidade no âmbito do processo do trabalho. Em 12 de janeiro de 2000, foi promulgada a Lei nº 9.957, que instituiu o chamado “procedimento sumaríssimo”, introduzindo alterações que reduziram prazos, diminuíram ou concentraram provas e restringiram a recorribilidade das decisões proferidas. Sob o fundamento de que as partes tinham o direito de não ser surpreendidas por novas regras restritivas, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho entendeu que tal rito era inaplicável aos processos iniciados antes de sua vigência⁹⁶, pacificando tal

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 646.313, AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2º T, DJE 10.12.2014.

96 “Certo que é próprio e característico da norma processual a incidência imediata e, por conseguinte, não se pode descartar-lhe a aplicação aos processos pendentes, conforme faz ver o art. 1.211 do Código de Processo Civil. Semelhante diretriz, contudo, subordina-se à observância de princípios e mandamentos constitucionais cardeais, máxime o direito adquirido processual das partes e o devido processo legal (CF/88, art. 5º, incisos XXXVI e LIV). Entendo que proposta a demanda e citado o réu, assiste às partes o direito de exigirem a observância do rito então previsto em lei para a causa. *Trata-se, em primeiro lugar, de direito adquirido processual da parte que se perfaz no instante em que o processo alcança estabilidade*, objetiva e subjetiva, na forma do que estatui o art. 264 do CPC. A partir daí, sendo defeso às partes alterarem o pedido e a causa de pedir, o rito do processo há de ser o disciplinado na lei então vigente. *As partes têm o direito processual de que assim seja visto que a abrupta conversão de rito, apanhando-as de surpresa, pode afetar-lhes, em maior ou menor medida, a defesa em juízo, quer pela redução de prazos, quer pela redução ou concentração de provas, quer pela menor recorribilidade da decisão que nele se proferir.*” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 740716/2001, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 28.06.02) (Sem destaques no original)

entendimento a ponto de expressá-lo na Orientação Jurisprudencial nº 260 da Subseção de Dissídios Individuais I⁹⁷.

Dulcificar o rigor de uma norma que apanha de surpresa os litigantes com ônus e deveres outrora não previstos fere o direito fundamental a um processo justo e equitativo, previsto no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹⁸.

No que concerne mais especificamente aos honorários de advogado, o Tribunal Superior do Trabalho também já teve a oportunidade de confrontar o tema sob a vertente do “direito intertemporal”, e assim o fez de forma coerente com a lógica de tutelar legítimas expectativas. O enfrentamento deu-se por ocasião da remessa dos processos ajuizados perante a Justiça Comum à Justiça do Trabalho, nos quais o autor veiculava pretensão de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente do trabalho. Como a jurisprudência iterativa e notória até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2014, posicionava-se no sentido de que a competência era da Justiça Comum, na qual o autor não detinha capacidade postulatória, era justa e legítima a expectativa de condenação em honorários por simples sucumbência. Nesses casos, de forma igualmente acertada, o TST procedeu ao *distinguishing*, de modo a afastar a aplicação das Súmulas ns. 219 e 329⁹⁹, pacificando, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 421 da Subseção de Dissídios Individuais I, o entendimento de que “a condenação em honorários advocatícios nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou de doença profissional, remetida à Justiça do Trabalho após ajuizamento na Justiça Comum, antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45/04, decorre da mera sucumbência, nos termos do art. 85 do CPC de 2015 (art. 20 do CPC de 1973), não se sujeitando aos requisitos da Lei nº 5.584/70”¹⁰⁰.

Registre-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça também atenuou o rigor do art. 14 do Código de Processo Civil – e, por consequência, da teoria

97 “260. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. LEI Nº 9.957/00. PROCESSOS EM CURSO I – É inaplicável o rito sumaríssimo aos processos iniciados antes da vigência da Lei nº 9.957/00.”

98 CONSEIL DE L’EUROPE. Cour européenne des droits de l’homme. *Convention européenne des droits de l’homme*. (Roma, 4 XI. 1950). Article 6. Droit à un procès équitable.

99 “Não há atrito às Súmulas ns. 219 e 329 do TST, já que a ação não foi proposta perante esta Justiça Especializada, mas na Justiça Comum, em que os honorários advocatícios decorrem da mera sucumbência e postulada indenização por danos morais, em razão de acidente de trabalho. A competência foi declinada a esta Especializada antes da prolação da sentença. Se o momento satisfação dos requisitos insertos nas referidas Súmulas é o do ajuizamento da ação, não se pode, ante a modificação da competência pela Emenda Constitucional nº 45/04, exigir da parte que tivesse satisfeito requisito até então não exigido. Embargos não conhecidos.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. EEDRR 34700-66.2006.5.04.0030, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, SbdI-I, DEJT 17.06.2011, j. 09.06.2011)

100 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 421 da SbdI-I.

do “isolamento dos atos processuais” – para a aplicação das novas disposições relativas aos honorários advocatícios, ao estabelecer a sentença como marco para aplicação do art. 85. A primeira sinalização veio com o Enunciado Administrativo nº 7, ao afirmar que “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”¹⁰¹. A jurisprudência da Corte, por seu turno, tem seguido tal enunciado¹⁰² e afirmado que as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas pela lei nova, com o escopo de preservar-se o direito adquirido¹⁰³.

Em conclusão, pode-se afirmar provisoriamente que: a) as normas processuais têm efeito geral e imediato – *tempus regit actum*; b) as normas processuais apanham os processos em curso, segundo a teoria do “isolamento dos atos processuais”; c) as normas processuais devem respeitar as situações jurídicas já consolidadas, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido; d) a aplicação da lei nova deve ser feita de modo a tutelar a segurança jurídica, as legítimas expectativas dos litigantes e o direito à não surpresa; e e) o fato de a demanda ter sido ajuizada quando não havia, segundo as regras do ordenamento jurídico vigente, imposição de honorários por mera sucumbência, implica impossibilidade de condenação do vencido em tal parcela.

101 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciados administrativos. Enunciados aprovados pelo Plenário do STJ na Sessão de 2 de março de 2016. Enunciado Administrativo nº 7. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 7 set. 2017.

102 “(...) o acórdão contra o qual foi interposto o recurso especial foi publicado na vigência do CPC/73. Desse modo, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios e à impossibilidade de compensação, introduzidas pelo novo CPC/2015, não têm aplicação ao caso dos autos, em observância à regra de direito intertemporal prevista no art. 14 da nova Lei Adjetiva Civil (Enunciado Administrativo nº 7/STJ). Ademais, a majoração pretendida, prevista no art. 85, § 11, do novo CPC, está adstrita à atividade desenvolvida pelo causídico na instância recursal, e não a cada recurso por ele interposto no mesmo grau (Enunciado nº 16 da ENFAM).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgInt no AREsp 913.393/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 22.11.2016, DJe 07.12.2016)

103 “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. (...) 7. Os honorários advocatícios repercutem na esfera substantiva dos advogados, constituindo direito de natureza alimentar. 8. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, AS NORMAS SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NÃO SÃO ALCANÇADAS PELA LEI NOVA. 9. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. 10. Quando o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, for publicado em consonância com o CPC/73, serão aplicadas as regras do antigo diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.03.2016, as normas do novo CPC regularão a situação concreta. 11. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/73. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior. 12. Recurso especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, RE 1.465.535/SP (2011/0293641-3), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 07.10.2016)