

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO: UMA REVIRAVOLTA IMPOSTA TAMBÉM PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

Jorge Luiz Souto Maior*

A manutenção do *jus postulandi* das partes, isto é, a possibilidade da parte postular sem advogado, conforme previsto no art. 791, da CLT, tem sido o fundamento para não se concederem honorários advocatícios no processo do trabalho.

Esse art. 791, da CLT, criado em 1943, aliás, sobreviveu ao art. 1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que, tentando regular o art. 133, da Constituição Federal, eliminava o *jus postulandi* das partes em todas as esferas judiciais, porque o referido dispositivo teve seu teor suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade; e resistiu, também, à Lei nº 10.288, de 20 de setembro de 2001, que alterava o teor do art. 791, para o fim de tornar obrigatória a presença do advogado após a tentativa frustrada de conciliação, porque o texto da Lei nº 10.288 foi vetado pelo Presidente da República.

Vale destacar, que o veto não se deu por entender o Presidente da República que o *jus postulandi* deveria ser mantido, mas por conta do momento em que a lei resolveu considerar obrigatória a presença do advogado (após a tentativa de acordo). O novo texto da lei causaria prejuízo ao interesse da parte e à celeridade processual, isto porque o ato mais importante do processo que é a petição inicial já teria sido feito, na hipótese legal, sem a assistência do profissional e também porque provocaria o adiamento da audiência, para que um advogado fosse constituído. Com boas razões, portanto, o artigo foi vetado.

Pois bem, o certo é que, malgrado o teor do art. 133, da Constituição Federal, que considera o advogado indispensável à administração da justiça, e frustradas as tentativas de se regular, por lei, tal matéria, o *jus postulandi* se mantém e para alguns ele se constitui um óbice definitivo para a não-concessão de honorários advocatícios no processo do trabalho, já que a presença do advogado é facultativa e a parte contrária não pode ser onerada pelo exercício de uma faculdade da outra parte.

Para outros, acresce-se a esta situação o fato de que a Lei nº 5.584/70 tratou do pagamento de honorários apenas na hipótese de estar a parte assistida por sindicato (art. 16) e ser beneficiária da assistência judiciária gratuita por recebe até 02

* Juiz do Trabalho Titular da 3ª Vara de Jundiaí/SP, Professor-associado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

(dois) salários mínimos, ou por declarar, na forma da lei, não poder arcar com os custos do processo sem prejuízo para sua sobrevivência e de sua família (art. 14).

Para outros, ainda, a condenação de honorários advocatícios estaria também obstada pela falta de previsão expressa quanto à aplicação do princípio da sucumbência no processo do trabalho.

Da soma destes argumentos resultaram os entendimentos, já consagrados, no sentido de que:

Enunciado nº 329, do TST: Honorários Advocatícios. Art. 133 da Constituição da República, de 1988. Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho (Publicado no DJ de 21.12.1993).

Enunciado nº 219, do TST: Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, 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 mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (Res. Adm. nº 14, de 12.09.1985, DJ 19.09.1985).

Honorários advocatícios. A matéria encontra-se pacificada nos Enunciados nºs 219 e 329 do TST, que dispõem, respectivamente: Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, 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 mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho. Revista conhecida e provida (TST Ac. nº 1111/97, 5ª T., Rel. Min. Nelson Daiha, DJ 16.05.1997, p. 20.436).

Honorários advocatícios. Quando são devidos na Justiça do Trabalho. O art. 133 da Constituição Federal não somente põe em relevo a natureza pública das funções exercidas pelo advogado, não tornando sua presença obrigatória na Justiça do Trabalho e, tampouco pondo fim ao *jus postulandi* no Processo Trabalhista. Em tais condições, só são devidos honorários advocatícios no Processo do Trabalho na hipótese prevista no art. 16 da Lei nº 5.584/70 (TRT 2ª R. Ac. nº 2970176607, 6ª T. Rel. Paes de Almeida DJSP 30.05.1997, p. 70).

Parecem-me, no entanto, *data venia*, equivocados estes entendimentos, por diversas razões.

Em primeiro lugar, 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 de pedido, cuja instrução requereu prova técnica, sujeita a parte sucumbente ao pagamento dos honorários periciais. Assim, não procede o argumento de que o princípio da sucumbência não se aplica no processo trabalhista.

Em segundo lugar, há de se lembrar que o fundamento básico da prestação jurisdicional justa consiste em que a parte que tem razão não seja penalizada com qualquer custo processual, revertendo-se estes para a parte perdedora. Nesse sentido, muito oportuna a decisão a seguir transcrita:

“Honorários. Em uma feliz expressão do pensamento, o ilustre jurista Chiovenda, resumiu a necessidade da aplicação da sucumbência quanto aos honorários advocatícios, quando disse: “A atuação da lei não se deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante” (Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil* 1. ed., pp. 285/286). Concordamos com tal posicionamento, para entender que a sucumbência, quanto aos honorários advocatícios e o instituto jurídico do *jus postulandi*, devem coexistir no Processo Trabalhista, uma vez que, existem situações bastante nítidas nesse singular ramo do Direito, nas quais os institutos mencionados, podem ser aplicados, separados ou concomitantemente” (TRT 6ª R. RO nº 5986/96, 1ª T. Rel. Juiz Paulo Alcântara, DJPE 11.06.1997, p. 23).

Em terceiro lugar, sob a perspectiva do conceito de processo efetivo, ou seja, aquele que é eficiente para dar a cada um o que é seu por direito e nada além disso, a presença do advogado é fator decisivo para que a consecução deste ideal. Com efeito, nos processos trabalhistas, não raramente, discutem-se temas como: interrupção da prescrição; ilegitimidade de parte, em decorrência de subempreitada, sucessão, terceirização, grupo de empresas; litispendência; personalidade jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; tutela antecipada; ação monitória; contagem de prazos; nulidades processuais; ônus da prova etc. Mesmo a avaliação dos efeitos dos fatos ocorridos na relação jurídica sob a ótica do direito material nem sempre é muito fácil. Vide, por exemplo, as controvérsias que pendem sobre temas como: aviso prévio cumprido em casa; subordinação jurídica; política salarial; direito adquirido; horas *in itinere*; salário *in natura*; integrações de verbas de natureza salarial; contratos a prazo; estabilidade provisórias etc.

Saber sobre direitos trabalhistas, efetivamente, não é tarefa para leigos. Juízes e advogados organizam e participam de congressos, para tentar entender um pouco mais a respeito desses temas e muitas vezes acabam saindo com mais dúvidas. Imaginem, então, o trabalhador...

Facilitar o acesso à justiça não é abrir as portas do Judiciário e dizer que todos podem entrar, pois isso equivaleria a dizer que o Othon Palace está com suas portas abertas para todos. Como já fora dito, sarcasticamente, na Inglaterra, por um anônimo: “*Justice is open to all, like the Hitz Hotel!*”¹

1 HABSCHIED, Walter J. *Introduzione al diritto processuale civile comparato*. Rimini: Maggioli Editore, 1985, p. 149.

Tornar acessível a justiça é, isto sim, fornecer os meios concretos para que o jurisdicionado atinja a ordem jurídica justa. Ensina Kazuo Watanabe que: “a) o *direito de acesso à justiça* é, fundamentalmente, *direito de acesso à ordem jurídica justa*; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial* e à *organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos* que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características”.²

Para tratar o direito do trabalho como um direito de primeira grandeza, deve-se exigir que a parte se faça acompanhar de advogado e que o exercício desse direito não lhe gere custo. Conforme asseveram Mauro Cappelletti e Braynt Garth, “o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais”.³

Argumentar-se-á contra essa idéia que o empregado pode ser prejudicado ao ter que arcar com o custo do advogado da parte contrária, quando perca o processo. Pois que assim seja, já que essa é mesmo a lógica que deve imperar na relação jurídica processual, qual seja, a de que quem perde deve arcar com o custo do processo, exatamente para que se inibam lides temerárias. A inversão desta lógica, que tem sido imposta pelo entendimento dominante a respeito desta matéria, é muito mais perversa com o trabalhador que a posição ora defendida. A “lógica” dominante atual não penaliza o reclamante que perde o processo, mas impõe ao que ganha o custo do patrocínio de seu advogado – que nem sempre é muito razoável. Em outras palavras, impõe-se um custo ao reclamante que tem razão e isenta de custo o reclamante que não tem razão.

Acrescente-se, a propósito, que se aplicada, de forma adequada, a assistência judiciária gratuita no processo do trabalho, sequer o risco de um empregado miserável arcar com o custo do advogado do empregador existiria, pois tal benefício lhe seria concedido mesmo quando postulasse em juízo assistido por um advogado particular (Lei nº 1.060/50). Neste sentido, oportuno repetir as lições de Luiz Guilherme Marinoni: “O trabalhador pobre que não pode enfrentar os riscos de uma derrota tem direito a assistência judiciária gratuita e, portanto, quando

2 Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, In: *Participação e Processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1988, p. 135.

3 *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 32.

sucumbente, não precisa pagar os honorários do advogado da parte vencedora. Contudo, não é justo que aquele que teve o seu direito reconhecido sofra uma diminuição patrimonial. O processo estaria impondo um prejuízo ao autor que tem razão, e o sistema inibindo o acesso do trabalhador, através de advogado, à justiça”.⁴

Além disso, é evidente que quando as partes não se utilizarem das mesmas armas no processo devem receber tratamento diferente, isto é, quando o reclamante, ou o reclamado, se utilizar da prerrogativa do *jus postulandi* não se poderá falar em sucumbência quanto ao custo do advogado da parte contrária. Esse tratamento desigual das partes desiguais, aliás, já se encontra há muito na jurisprudência das lides relativas a acidente do trabalho: “A isenção do pagamento de custas e verbas relativas à sucumbência, prevista no art. 129, da Lei nº 8.213/91, é dirigida ao obreiro acidentado e não ao INSS” (STJ, REsp nº 41.738, MG, STJ, 5ª T., Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU-I, de 22.02.1994, p. 5499, In: Anníbal Fernandes, *Previdência social anotada*, São Paulo: Edipro, 1996, p. 127).

Neste sentido, igualmente, a seguinte decisão:

A exemplo do que sucede nas ações acidentárias (Súmula nº 234, do egrégio STF), os honorários advocatícios são também devidos na hipótese de reclamação trabalhista julgada procedente: *Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio esse debet* (onde há a mesma razão deve-se aplicar a mesma disposição legal). Recurso ordinário acolhido neste aspecto (TRT 6ª R., RO nº 9245/95, 1ª T., Red. Juiz Soares da Silva Jr. DJPE 08.08.1996, p. 23).

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95, art. 9º), por exemplo, adota a possibilidade do *jus postulandi* das partes em causas cujo valor não supere a 20 (vinte) salários mínimos. Mas, quando uma das partes se faz acompanhada por advogado, ou o réu for pessoa jurídica ou firma individual, para garantir o contraditório, o juiz deve esclarecer à outra parte sobre a conveniência do patrocínio do advogado, tendo a parte, caso queira, direito à assistência judiciária (art. 9º, da Lei nº 9.099/95). A sentença não condenará a parte vencida em honorários advocatícios, é verdade, mas se a parte recorre da decisão fica sujeita a tal condenação pela decisão de segundo grau (art. 55 da referida lei).

Em quarto lugar, mesmo sob o prisma da interpretação literal não se justifica o entendimento dos Enunciados 219 e 329, do TST. Os textos legais (arts. 14 e 16, da Lei nº 5.584/70 e art. 791, da CLT) não desautorizam, expressamente, a condenação em honorários quando o reclamante for assistido por advogado particular. A ilação neste sentido é plenamente injustificável sob o prisma interpretativo, pois que confere uma ampliação ao texto legal sem o menor fundamento.

Sobre este aspecto destaque-se a observação de Edson Arruda Câmara: “se a norma do art. 16 da Lei nº 5.584 diz que os honorários serão pagos ao Sindicato – que oferecerá a assistência ao obreiro nos termos dos arts. 14 e 15 da referida Lei – onde está o impeditivo legal para a presença do advogado e a respectiva paga hono-

4 *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 27.

rária? Respondo: a Lei nº 5.584 apenas dispõe sobre a presença assistencial – sindical, mas não subtrai ou proíbe ao advogado o seu atuar na mesma seara e nas mesmas condições. *Ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*. Mais: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Está claro que a Doutrina é elemento decisivo para a interpretação e, nesta medida não poderíamos esquecer a lição de Hermenêutica que nos legou Carlos Cóssio: ‘o que não é proibido é juridicamente permitido’. Assim, se a Lei nº 5.584 – este ‘cavalo de batalha’ para aqueles que denegam honorários ao advogado em sede trabalhista – não restringe, não veda, não afasta, fica a lição de Cóssio e um tema para meditação.” (Revista Virtual da Editora Consulex, atualizada até dez.02)

Em quinto lugar, mesmo vigente o art. 791, não se pode deixar de reconhecer que sua aplicabilidade, na realidade das Varas do Trabalho demonstra-se, nitidamente, excepcional, e sendo assim não pode constituir o fundamento para se criar uma regra, qual seja a de negar a condenação em honorários advocatícios no processo do trabalho. As exceções, por óbvio, não podem ser fundamento para a formulação das normas gerais.

Em sexto lugar, destaque-se, com especial relevo, que a Lei nº 10.288/01, derogou os dispositivos da Lei nº 5.584/70, referente à assistência judiciária gratuita, nos quais se incluem os arts. 14 e 16, por ser posterior e ter regulado de forma distinta a mesma matéria. Com efeito, a Lei nº 10.288/01, acrescentou ao art. 789, da CLT, o § 10, com o seguinte teor: “O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a 5 (cinco) salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover a demanda.”

Mais tarde, a Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002, trouxe novo regramento para o art. 789, da CLT, e simplesmente não repetiu a regra contida no § 10 mencionado. Com isto, a matéria pertinente à assistência judiciária ficou sem regulamento específico na Justiça do Trabalho, pois não existe em nosso ordenamento jurídico o fenômeno da repristinação, conforme previsão expressa da LICC, fazendo com que para tal matéria se recorra, necessariamente, à Lei nº 1.060/50, que nenhuma ligação faz, por óbvio, à assistência sindical, perdendo, por completo, o sentido de se vincular o pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho somente em tal hipótese.

Ademais, o § 3º, do art. 790, cuja redação também foi dada pela Lei nº 10.537/02, confere ao juiz a possibilidade de conferir a todos, partes ou não (visto fixar emolumentos), os benefícios da assistência judiciária gratuita, sem qualquer vinculação à assistência sindical.

Por fim, impõe-se lembrar a nova roupagem dada pelo atual Código Civil, em vigor de janeiro de 2003, ao instituto do inadimplemento das obrigações.

O novo Código não se limita a fixar que descumprimento da obrigação sujeita o inadimplente ao pagamento de perdas e danos, que eram, na sistemática do antigo Código, nas obrigações de pagamento em dinheiro, limitados aos juros de

mora e custas (arts. 1.056 e 1.061, do antigo Código). O novo Código é bem mais severo com o devedor inadimplente e nos termos do art. 389, o devedor que não cumpre a obrigação de pagar, no prazo devido, responde por perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários advocatícios.

Este dispositivo enfraquece ainda mais o entendimento que não considerava devidos os honorários advocatícios no processo do trabalho. Ora, como se vê do novo texto legal, os honorários não decorrem simplesmente da sucumbência no processo, mas do próprio inadimplemento da obrigação (art. 389, do novo Código Civil).

É bem possível que se venha dizer que este dispositivo não se aplica ao direito do trabalho, mas este entendimento simplório e equivocado, *data venia*, somente servirá para criar uma situação incoerente e esdrúxula no ordenamento jurídico, visto como um todo. Afinal, não se pode esquecer que o direito do trabalho, embora ramo específico do conhecimento jurídico, integra-se a um ordenamento, que, no todo, regula o conjunto das relações jurídicas que se perfazem na sociedade. A incoerência que se criaria com tal entendimento, consiste em que do ordenamento jurídico, aplicado como um todo, extrair-se-iam duas conclusões contraditórias: a primeira, já consagrada, no sentido de que o crédito trabalhista é um crédito privilegiado, tendo preferência sobre qualquer outro; a segunda, de que o inadimplemento de uma obrigação de pagar um crédito quirografário importaria ao devedor juros, correção monetária e honorários advocatícios, enquanto que o inadimplemento de dívida trabalhista resultaria ao inadimplente uma obrigação adicional restrita a juros e correção monetária. Desse modo, um trabalhador que não recebesse seus direitos não teria direito às perdas e danos de forma integral, mas, se por conta de não ter recebido seus direitos descumprisse alguma obrigação de natureza civil, arcaria com as perdas e danos, integralmente. Evidente que esta “lógica” não pode ser construída dentro de um sistema que se pretende, se não justo, pelo menos coerente.

Reforce-se este argumento com a observação de que as perdas e danos, nos termos do art. 404, em casos de obrigações de pagar em dinheiro (caso mais comum na realidade trabalhista) abrangem atualização monetária, juros, custas e honorários, sem prejuízo de pena convencional que se não houver e não sendo os juros suficientes para suprir o prejuízo dão margem ao juiz para conceder indenização suplementar.

Por todos estes argumentos, é forçoso concluir que já passou da hora do Judiciário trabalhista reformular o entendimento, inconstitucional, diga-se de passagem, de que na Justiça do Trabalho só incide o princípio da sucumbência quando o reclamante estiver assistido por sindicato, primeiro porque se aplica tal entendimento apenas parcialmente, pois se o reclamante é perdedor no objeto que exige perícia este arca com os honorários do perito, o que implica dizer que o princípio da sucumbência foi acatado, e segundo porque fere os princípios constitucionais do acesso à justiça e da isonomia, já que estabelece uma distinção injustificada, sob o ponto de vista processual e social, com relação aos reclamantes que não estejam

DOUTRINA

assistidos por sindicatos, ainda mais quando se sabe que não há sindicatos em todas as localidades e, mesmo quando haja, a prestação da assistência jurídica e judiciária aos trabalhadores, pelos sindicatos, fica subordinada ao fato destes se associarem ao sindicato, ferindo outro princípio constitucional da liberdade de associação.

O entendimento de que no processo do trabalho não há condenação em honorários advocatícios, trata-se, portanto, de posicionamento que fere preceitos constitucionais e não se sustenta diante dos preceitos jurídicos que lhe dizem respeito, ainda mais diante das alterações legislativas impostas pelas Leis n^os 10.288/01, 10.537/02 e pelo novo Código Civil.