



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Fábio Peixoto Gondim

Incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos trabalhadores: uma análise econômica do direito do trabalho positivo brasileiro e de sua aplicação

Belo Horizonte

2012

Fábio Peixoto Gondim

Incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos trabalhadores: uma análise econômica do direito do trabalho positivo brasileiro e de sua aplicação

Monografia apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a conclusão de curso e para a obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Professora Adriana Goulart de Sena Orsini

Belo Horizonte

2012

Fábio Peixoto Gondim

Incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos trabalhadores: uma análise econômica do direito do trabalho positivo brasileiro e de sua aplicação

Monografia apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a conclusão de curso e para a obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovado em ____ de _____ de 2012

BANCA EXAMINADORA

Adriana Goulart de Sena Orsini – Universidade Federal de Minas Gerais

– Universidade Federal de Minas Gerais

– Universidade Federal de Minas Gerais

RESUMO

Este estudo analisará aspectos dos direitos material e processual do trabalho brasileiros, especificamente a questão dos honorários advocatícios, as sanções existentes no ordenamento e a eficiência da fase de execução do processo trabalhista, com vistas a propor uma aplicação da lei que incentive o cumprimento espontâneo da legislação trabalhista por parte do empregador, a fim de retirar do poder judiciário as demandas em que não há, de fato, controvérsia sobre o que é devido ao trabalhador, mas apenas o desejo do empregador de não pagar, ou postergar ao máximo o pagamento do que sabe ser devido. Ao criar mecanismos que penalizem o empregador inobservante da legislação trabalhista, e que dêem eficiência e celeridade ao processo, torna-se economicamente indesejável, para o empregador, desrespeitar os direitos do trabalhador e cumpri-los apenas após eventual decisão judicial, tendo em vista a elevação do impacto financeiro que tal medida acarretará para a empresa e a rapidez com que este impacto se dará.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Incentivos ao cumprimento espontâneo.

ABSTRACT

This paper will analyze different aspects of the Brazilian substantive and procedural Laws, more specifically in what concerns attorney fees, sanctions and the efficiency of the execution procedure, in order to suggest legal procedures that will encourage employers to spontaneously comply with Labor Laws. Presently, most of the claims in the Brazilian Labor Law system are filed by former employees in search of payment both the worker and the company know should have been made, and do not involve actual controversy about which rule to apply. By creating mechanisms that penalize the employer that does not spontaneously comply with labor laws, and that bring efficiency to the procedure, it can be made economically desirable for the employer to comply. This way, if the employer is certain that it will cost more to ignore labor laws than to comply with them, the logical consequence will be to comply, and the legal system will have achieved its goal.

Keywords: Brazilian Labor Law. Stimulus to spontaneously comply.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	8
2	Coerção no Direito do Trabalho positivo brasileiro: análise de ausência e necessidade	10
2.1	Sanção e coerção	10
2.2	Análise das sanções existentes no Direito do Trabalho positivo brasileiro.....	13
2.2.1	Multa de 40% do FGTS.....	13
2.2.2	Não concessão dos intervalos intrajornada e interjornadas.....	14
2.2.3	Férias não gozadas – Pagamento em dobro.	15
2.2.4	Falta de aviso prévio	16
2.2.5	Multas do art. 467 e 477, § 8º da CLT - verbas rescisórias.....	17
2.3	Consequências da ausência de sanções pena	18
3	Honorários na Justiça do Trabalho	20
3.1	Da necessidade da condenação ao pagamento de honorários.....	20
3.2	Honorários Sucumbenciais.....	22
3.2.1	Interpretação das Leis nºs 5.584/1970 e 1.060/1950.....	23
3.2.2	Da controvérsia sobre a vigência da Lei nº 5.584/1970	24

3.2.3	Assistência pelo Sindicato - Análise.....	26
3.3	Indenização por contratação de advogado.....	28
3.4	Mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº 3.392/2004	31
3.4.1	Fim do <i>Jus Postulandi</i>	31
3.4.2	Instituição de honorários sucumbenciais entre 10% e 20% do valor da condenação	32
4	Eficiência e celeridade na fase de execução.....	34
4.1	Efeitos da prolação da sentença na liquidação da condenação.....	36
4.2	Da aplicação dos arts. 879, § 2º e 897, § 1º da CLT.....	36
4.3	Da aplicação do art. 514, II, do CPC e da Súmula 422 do TST	38
4.4	Modelo de cálculo detalhado – Ferramenta para dar celeridade ao processo de execução.....	40
5	Conclusão.....	42
6	Referências Bibliográficas	43

1 Introdução

O Poder Judiciário tem a importante função de dirimir conflitos, solucionar controvérsias, seja na seara trabalhista, cível ou penal. No entanto, no que tange ao Direito do Trabalho no Brasil, a Justiça se vê imersa em uma quantidade assustadora de processos em que não há, de fato, controvérsia sobre o direito, mas apenas a negativa, por parte do empregador, de cumpri-lo.

Isso ocorre porque, ao analisar economicamente as consequências do cumprimento da legislação trabalhista, o administrador de uma empresa chegará, invariavelmente, à conclusão de que vale a pena desrespeitá-la para, se for o caso, cumpri-la após eventual decisão judicial. A razão desta prática é que, de fato, o custo de desrespeitar a lei trabalhista é menor que o custo de cumpri-la.

Cabe, portanto, ao aplicador do direito e ao próprio legislador, pautar sua conduta no sentido de reverter essa lógica e tornar mais atraente para o empregador agir no estrito limite da lei do que fora dele.

Como a empresa não tem consciência ou moral - e, para alguns, nem deve ter, o que, aliás, não está em discussão neste trabalho -, a única maneira de incentivar o cumprimento espontâneo da legislação trabalhista é torná-lo mais viável economicamente que o descumprimento.

Para isso, devem ser implementadas melhorias no nosso sistema em dois aspectos: aumentar o custo financeiro para pagamento em juízo das verbas trabalhistas e dar mais celeridade à prestação jurisdicional completa, que só termina com a satisfação do crédito do trabalhador.

Com isso em mente, serão analisados três aspectos dos direitos material e processual do trabalho brasileiros: (i) as sanções previstas para o empregador em nosso ordenamento em caso de desrespeito ao direito do trabalhador; (ii) a questão dos honorários na justiça do trabalho, que servirão não só como compensação pelos gastos com contratação de advogado, mas também como forma de penalizar a parte que deu causa ao processo e remunerar o trabalho do profissional que advoga nesse ramo do Poder Judiciário e; (iii) a fase de execução do processo trabalhista e a

possibilidade de se a dar a ela mais celeridade através do não incentivo a condutas protelatórias.

2 Coerção no Direito do Trabalho positivo brasileiro: análise de ausência e necessidade

2.1 Sanção e coerção

Para Kelsen, o elemento que nos permite identificar uma ordem social como “Direito” é a presença da coerção no ordenamento, que é trazida pela ameaça de sanção, caso a conduta desejada seja desrespeitada. Para chegar a essa conclusão, o autor problematiza:

Se restringirmos nossa investigação do Direito positivo, e se compararmos todas as ordens sociais do passado e do presente, geralmente chamadas “Direito”, descobriremos que elas têm uma característica comum que nenhuma ordem social de outro tipo apresenta. Essa característica constitui um fato de suprema importância para a vida social e seu estudo científico. E essa característica é o único critério pelo qual podemos distinguir com clareza o Direito de outros fenômenos sociais como a moral e a religião. Qual é esse critério?¹

Para depois concluir:

(...) há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra “Direito” de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashanti da África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.²

Uma vez estabelecida a necessidade da coerção através da ameaça de sanção para a eficácia do ordenamento, e mesmo para que se possa chamá-lo de

¹ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 2ª edição brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 21/22

² KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 2ª edição brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 25/26

jurídico, cumpre esclarecer como se dá a coerção, missão na qual nos ajuda Francesco Carnelutti:

Pode suceder, pelo contrário, que, para induzir aquele dentre ambos contra o qual o preceito se resolve, a abster-se da sua violação, se lhe dirija, no caso de o não observar, a ameaça de um mal maior que o que lhe traz a observância. Neste caso, a relação entre o conflito de interesses e a nova situação é de natureza econômica, já que assim se suscita um interesse da parte a não violar o preceito e um conflito entre este e o interesse à violação. Estes meios de diferente natureza em que se resolve a imposição do preceito recebem o nome de sanções; sancionar significa precisamente tornar qualquer coisa, que é o preceito, inviolável ou sagrada.³

Portanto, segundo Carnelutti, a coerção é atingida pela ameaça de sanção, que pode ser dividida, ainda segundo o jurista italiano, em dois tipos:

Na primeira ordem de sanções prevalece largamente o meio repressivo, ao qual, depois de certa hesitação, acabei por dar o nome de restituição, próprio para significar o restabelecimento da situação anterior à inobservância do preceito. Note-se aqui que a restituição não pode determinar a obediência senão através da sua previsão, motivo porque também ela, enquanto considerada na sua eficácia preventiva, se reduz a uma sanção econômica. Só na medida em que a certeza da restituição, e, por conseguinte, da inutilidade do esforço que está para realizar, determine em quem tem a tentação de roubar um interesse a não roubar, é que a restituição opera no sentido de prevenir o roubo: assim, é claro que, através da penosidade do esforço inútil, a restituição se resolve em um mal para quem tem que suportá-la.

Quanto ao outro tipo de sanção, todos sabem que e porque se chama pena. Esta palavra, que alude ao mal a infligir ao transgressor, denuncia o caráter econômico da sanção, a qual coloca quem tenha a tentação de transgredir, entre dois males, o mal da observância (sacrifício do interesse contra o qual o preceito se resolve) e o mal da inobservância do preceito.⁴

Como se apreende da lição de Carnelutti, pode se distinguir a sanção em duas classes, a sanção restituição e a sanção pena. A primeira apenas restabelece o estado em que as coisas se encontravam antes do ato ilícito. Já a segunda aflige no violador da lei um mal, que se pressupõe maior que a eventual recompensa obtida pela violação, de modo a fazer com que o ato ilícito seja, potencialmente, mais danoso ao infrator que os seus possíveis e eventuais frutos.

3 CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942.

4 CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942.

O Direito do Trabalho positivo brasileiro, como se verá abaixo, tende a priorizar a “sanção restituição” em detrimento da “sanção pena”, o que, logicamente, inibe de modo demasiado tímido a prática de ilegalidades por parte dos empregadores.

Além disso, a própria lição de Carnelutti nos alerta para o fato de que

(...) só na medida em que a certeza da restituição, e, por conseguinte, da inutilidade do esforço que está para realizar, determine em quem tem a tentação de roubar um interesse a não roubar, é que a restituição opera no sentido de prevenir o roubo: assim, é claro que, através da penosidade do esforço inútil, a restituição se resolve em um mal para quem tem que suportá-la.⁵

Ou seja, a sanção restituição só será suficiente para levar alguém a agir dentro dos limites da legalidade quando presentes dois pressupostos: a penosidade do esforço para violar a lei e a certeza da restituição.

No caso da realidade brasileira trabalhista, entretanto, estão ausentes, ao menos parcialmente, ambos os pressupostos.

Em primeiro lugar, não há esforço penoso quando se está diante da violação do direito do trabalhador. Muito pelo contrário, com a crescente complexidade das relações de emprego, o simples procedimento de listar e quantificar os direitos do trabalhador, independente da intenção de respeitá-los, exige contratação de pessoal especializado em recursos humanos, contadores e/ou advogados. E tal procedimento já é suficientemente penoso e custoso, inclusive financeiramente, para inibir a observância da legislação trabalhista, por mais paradoxal que isso possa parecer.

Em segundo lugar, a certeza da restituição praticamente inexiste, podendo se afirmar, inclusive, que a certeza - ou ao menos, o palpite - que predomina é em sentido contrário, dados o desconhecimento da lei por parte do trabalhador, a dificuldade de se comprovar, em juízo, os fatos constitutivos dos seus direitos e a

⁵ CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942.

inevitável prescrição de parte destes, o que torna razoável, para o administrador da empresa, acreditar na probabilidade maior da não restituição.

Exatamente em face da ineficácia da “sanção restituição” na realidade brasileira é que há a necessidade de previsão de “sanções pena” para o direito do trabalho, a fim de dar efetividade ao complexo sistema legal trabalhista.

No entanto, como se verá, continuam a predominar, nos direitos material e processual do trabalho brasileiros, as “sanções restituição”, apesar de sua visível ineficácia identificada acima.

2.2 Análise das sanções existentes no Direito do Trabalho positivo brasileiro

Abaixo tece-se uma breve análise do nosso ordenamento, no que tange às sanções no Direito do Trabalho. Na verdade, muitas das ‘sanções’ listadas abaixo, como se verá, sequer podem ser assim chamadas de forma técnica. O que se demonstrará, de fato, é que, no Direito do Trabalho positivo pátrio, prevalece a restituição do estado de coisas como era - ou melhor, como deveria ser -, sem que haja sanções de natureza punitiva para as violações dos direitos do trabalhador.

2.2.1 Multa de 40% do FGTS

A Lei nº 8.036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia Sobre o Tempo de Serviço, contém a seguinte previsão:

Lei nº 8.036/90, art. 18, §1º - Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que ele não tem caráter de sanção por descumprimento, mas apenas de não incentivo à dispensa. O depósito de 40% do valor existente na conta vinculada do FGTS não é um incentivo à observância de um direito específico, mas um não incentivo à dispensa sem justa causa e um valor a mais para o trabalhador dispensado, que se vê, repentinamente, desempregado.

2.2.2 Não concessão dos intervalos intrajornada e interjornadas

A CLT, ao regular a concessão de intervalo intrajornada, determina:

CLT, Art. 71, § 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Com base no art. 71 da CLT, o TST, por sua Primeira Seção de Dissídios Individuais, publicou a OJ 355:

OJ-SDI1-355 - O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Trata-se aqui de uma indenização paga pela empresa ao trabalhador por suprimir o seu intervalo intrajornada ou interjornadas. Apesar de, aparentemente, ser uma sanção, é uma liberalidade dada ao empregador para não conceder os intervalos

ao empregado, se não for conveniente para a empresa, pelas características específicas da própria empresa ou da função exercida pelo trabalhador, desde que se pague por este período de intervalo suprimido como se hora extra fosse.

Note-se, mais uma vez, que o desrespeito a essa norma não acarretará prejuízo à empresa, que, se acionada judicialmente, pagará em juízo o mesmo valor que pagaria se o fizesse espontaneamente durante o contrato de trabalho. Assim, ainda que de forma inconsciente ou desavisada, a mensagem passada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não é no sentido de se estancar a ilegalidade, mas sim de indenizar, pagando o que seria devido de qualquer forma.

2.2.3 Férias não gozadas – Pagamento em dobro.

A CLT regula a concessão de férias ao empregado para que ela ocorra anualmente, nos seguintes moldes:

CLT, Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

Art. 137 - Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.

A norma do art. 137 da CLT funciona de maneira similar à do §4º do art. 71, relativa à não concessão do intervalo intrajornada. A lei dá ao empregador a liberalidade de não conceder as férias no período concessivo regular, se assim a empresa entender conveniente, devendo ser o trabalhador compensado pelo gozo extemporâneo de suas férias, através do pagamento em dobro desta remuneração.

No entanto, se o empregador, ignorando o disposto no art. 137, não pagar a remuneração das férias gozadas fora do tempo em dobro, e, por isso, for acionado judicialmente, deverá pagar exatamente a mesma quantia – pagamento em dobro das férias -, o que torna viável economicamente a simples desconsideração do art. 137.

Ou seja, não há incentivo ao cumprimento espontâneo da norma, pois, em juízo, a consequência para o empregador será a mesma.

2.2.4 Falta de aviso prévio

A Constituição, a CLT e a Lei nº 12.506/2011 regulam a concessão do aviso prévio no caso de rompimento do contrato de trabalho por tempo indeterminado, nos seguintes termos:

Constituição, Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

CLT, Art. 487, § 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.
§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

Lei nº 12.506/2011, Art. 1º - O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Como se vê dos dispositivos acima, tanto empregador como empregado devem comunicar, com prazo mínimo de 30 dias de antecedência, a ruptura do contrato de trabalho, para que a outra parte tenha tempo hábil de buscar outro emprego (caso do empregado) ou preencher o cargo vago (caso do empregador).

A não comunicação prévia da rescisão por uma parte dá à outra o direito a indenização equivalente ao salário correspondente ao prazo exigido pela lei para o aviso.

Assim, se o empregador não concede aviso prévio, deverá indenizar o empregado com o pagamento do salário correspondente a, no mínimo, 30 dias de serviço. Do mesmo modo, se o trabalhador não comunica a ruptura do contrato com a antecedência necessária, o empregador tem o direito de descontar da folha de pagamento o salário relativo ao prazo que lhe deveria ter sido dado para buscar outro empregado para preencher o cargo.

Não se trata aqui, portanto, de sanção, mas de indenização pelo rompimento repentino do contrato de trabalho, independente de qual parte venha a fazê-lo.

Vale ressaltar que a Lei nº 12.506 foi publicada em outubro de 2011 e tem vigência imediata, ou seja, o direito ao aviso prévio proporcional de até 90 dias só é aplicável ao trabalhador demitido após a publicação da lei.

2.2.5 Multas do art. 467 e 477, § 8º da CLT - verbas rescisórias

Em relação às parcelas incontroversas devidas na rescisão, a CLT impõe as seguintes regras:

Art. 467 - Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.

Art. 477, § 6º - O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

- a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou
- b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

§ 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

As multas dos arts. 467 e 477, § 8º, são sanções do nosso ordenamento, no âmbito do direito do trabalho, com natureza de pena e, portanto, com força para incentivar o cumprimento espontâneo de um direito do trabalhador.

Entretanto, no caso da multa do art. 467, o empregador poderá se esquivar de pagá-la quitando a parte incontroversa apenas na data de eventual comparecimento à justiça. No caso da multa do § 8º do art. 477, o valor será idêntico se pago em juízo ou espontaneamente, o que demonstra que fora ou em juízo, o tratamento é igual!

Ademais, por serem restritas apenas às verbas rescisórias incontroversas, estas multas não estimulam o cumprimento das obrigações durante o contrato de trabalho, mas somente o pagamento das verbas devidas na rescisão sobre as quais não houver controvérsia, quais sejam, aviso prévio, férias e 13º salário proporcional, além da multa de 40% do FGTS, se for o caso.

2.3 Consequências da ausência de sanções pena

A ausência de sanções pena traz como consequência uma cultura do descumprimento do Direito do Trabalho, constatada por Márcio Túlio Viana:

Mesmo quando a lei incide em termos abstratos, raramente se efetiva em termos concretos. É que no Direito do Trabalho, ao contrário do que acontece no Direito Civil, o cumprimento espontâneo da norma está cada vez mais longe de ser uma regra geral.⁶

⁶ VIANA, Márcio Túlio, coordenador; RENAULT, Luiz Otávio Linhares Renault, coordenador. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000. p. 326.

Como se demonstrou pela análise de cada sanção - real ou aparente - do nosso ordenamento no âmbito do Direito do Trabalho e do seu potencial coercitivo, nosso direito positivo carece, à evidência, de incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos nossos trabalhadores pelos empregadores, de modo a evitar a inundação das varas trabalhistas com processos que, cada vez mais, se assemelham a simples “cobranças”, e tratam, cada vez menos, de controvérsias reais sobre o direito aplicável ao caso concreto.

A viabilidade econômica de se desprezar os direitos do trabalhador é evidente, pela ausência de consequências danosas ao empregador por fazê-lo (à exceção das multas dos arts. 467 e 477, §8º). As poucas sanções existentes no ordenamento punem a não concessão de um direito ao obreiro, ou melhor, o indenizam por tal conduta omissiva do empregador, mas não há nada que penalize o empresário por não pagar essa indenização, o que torna as medidas inócuas.

Portanto, as consequências econômicas de pagar ao tempo certo e de pagar em juízo são as mesmas para o empregador, sendo certo que as últimas são, na pior das hipóteses, demoradas e incertas. Aliás, levando-se em conta ainda a inevitável prescrição quinquenária, a consequência econômica da violação dos direitos do trabalhador será sempre mais benéfica que o cumprimento espontâneo, mesmo na remota hipótese de todos os trabalhadores que deixarem certa empresa a acionarem judicialmente pelos seus direitos violados.

Por isso, ao analisar do ponto de vista econômico o que é mais viável para uma empresa, a conclusão natural de um administrador será, invariavelmente, pelo desprezo aos direitos básicos do trabalhador, o que se revela uma verdadeira falha do sistema.

3 Honorários na Justiça do Trabalho

3.1 Da necessidade da condenação ao pagamento de honorários

O pagamento dos honorários advocatícios pela parte sucumbente é uma necessidade que se impõe em qualquer ramo do direito, de modo a não punir a parte que teve que contratar um advogado para garantir o cumprimento dos seus direitos em juízo.

Isso porque, se o trabalhador se vê obrigado a ajuizar uma ação para ter seus direitos respeitados, ele não pode ser obrigado a pagar pelos serviços do advogado que teve que contratar mediante pagamento do seu próprio bolso, pois seria penalizada a parte que teve seus direitos violados, e não a parte violadora destes direitos.

Ora, se o empregador, ao desrespeitar os direitos do empregado, o obriga a buscar a defesa destes direitos na justiça, deve caber à empresa, logicamente, o pagamento dos custos que a ação judicial gerou, por ser a causadora desta ação. Entre eles, naturalmente, está o custo dos honorários advocatícios do procurador do empregado.

Neste sentido é a lição de Giuseppe Chiovenda:

A necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão, pois, a administração da justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão.⁷

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1965. p. 159.

Na ausência de condenação ao pagamento dos honorários pela parte sucumbente, o trabalhador, além de receber seu crédito de natureza alimentar em atraso, ainda deverá abrir mão de uma parte do que receberia para pagar pelos serviços do seu advogado, imprescindíveis para alcançar um resultado positivo na ação judicial.

Raciocínio semelhante pode ser aplicado quando o trabalhador é a parte sucumbente na ação, pois, tendo o empregador agido correta e legalmente durante o contrato de trabalho, não se pode impor a ele o custo de se defender em juízo, uma vez que é certo que não foi ele quem deu causa a este custo.

Além disso, sem a figura dos honorários sucumbenciais, o trabalhador pode se ver ainda em situação difícil para conseguir contratar um advogado que o defenda, pois o profissional, naturalmente, exige retribuição por seu trabalho e, se o empregado não tem condições de fazê-lo, não vai sequer conseguir ajuizar a ação, a não ser pelo exercício do *jus postulandi*.

Poderia se argumentar que na justiça do trabalho há a predominância da figura dos contratos de resultado, em que o advogado recebe um percentual do que o trabalhador eventualmente vier a receber, mas o argumento não é suficiente, pois existem ações que não têm valor pecuniário mensurável, pois não visam a receber dinheiro. Nestes casos o trabalhador não poderia, sequer, retirar do valor a ser recebido o percentual do advogado, pois não haveria valor a ser recebido, ainda que saísse vitorioso na ação.

Além disso, há ações que, apesar de poderem ser mensuradas em valor econômico, tratam de quantias, muitas vezes, irrisórias, e, por isso, não seriam economicamente viáveis de se defender apenas por um percentual dos ganhos.

Já sobre a possibilidade do *jus postulandi*, a questão será tratada mais adiante, em item específico, sob o enfoque de que, com a crescente complexidade das relações de trabalho e do direito material e processual do trabalho, não é mais viável o exercício de tal direito na justiça do trabalho, seja pelo empregado ou pelo empregador, apesar de essa hipótese ser prevista na legislação. Tal prerrogativa gera, na atualidade, apenas consequências maléficas para o quem dela se utiliza no decorrer do processo.

3.2 Honorários Sucumbenciais

Abaixo estão listados os dispositivos que regulam a matéria dos honorários sucumbenciais na justiça do trabalho, bem como as súmulas e OJs pertinentes ao tema, que serão analisados em seguida:

Lei 1.060/50 - Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

V - dos honorários de advogado e peritos.

Lei 5.584/70 - Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

Súmula 219 - I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

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.

OJ-SDI-1-305 TST - Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

Constituição da República - Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB - Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Súmula 329 do TST - Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

IN 27/05 do TST – Art. 5º - Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

3.2.1 Interpretação das Leis nºs 5.584/1970 e 1.060/1950

Há duas correntes de interpretação das leis nºs 5.587/1970 e 1.060/1950, sendo majoritária a que corrobora o entendimento sedimentado na Súmula 219 do TST, no sentido de que, na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência está condicionada à assistência pelo sindicato, por força do art. 14 da Lei 5.584/1970.

Entretanto, há quem entenda que o significado da Lei nº 5.584/1970 foi deturpado pelas súmulas 219 e 329 do TST, além da OJ 305 da SDI 1 da mesma corte, pois, pelo texto da lei, teriam o direito a honorários todos os que recebem menos de 2 salários ou não têm condição de pagar advogado sem prejuízo de seu sustento, independente de assistência pelo sindicato. Segundo este entendimento, o art. 14 da Lei nº 5.584/1970 impõe ao sindicato a obrigação de prestar assistência judiciária, mas não diz que esta assistência somente existirá quando o sindicato estiver presente.

Nesse sentido, argumenta Eugênio José dos Santos:

A Lei n. 5.584/70, art. 14, não pode ser interpretada, como vem sendo, no sentido de ter excluído do processo trabalhista a Lei n. 1.060, tornando a assistência uma exclusividade dos sindicatos dos empregados: a) porque o texto não diz (como poderia parecer) que na Justiça do Trabalho a assistência “só será prestada pelo sindicato”; b) porque uma interpretação limitadora, que se deixe levar pela primeira impressão gramatical que transmite o texto, contraria o progresso histórico brasileiro; este é no sentido de seu aperfeiçoamento.⁸

⁸ SANTOS, Eugênio José dos. *in* Suplemento Trabalhista n. 116, v. 36. São Paulo: LTr, 2000. p. 658.

3.2.2 Da controvérsia sobre a vigência da Lei nº 5.584/1970

Além das duas correntes de interpretação da Lei nº 5.584/1970, é também controversa a própria vigência dos dispositivos da lei que tratam da assistência judiciária. A revogação destes dispositivos, segundo parte da doutrina, é irrefutável, tendo ocorrido em, pelo menos, um de dois momentos distintos.

A 'primeira revogação' teria ocorrido porque as normas sobre assistência judiciária presentes na Lei nº 5.584/1970 não teriam sido recepcionadas pela Constituição de 1988, especialmente em razão dos arts. 5º, inciso LXXIV, e 133 da Lei Maior.

Compartilha este entendimento o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante Júnior:

Verifica-se, portanto, que além de não haver norma legal que cuide integralmente da matéria na CLT, a única disposição que tratava de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, vinculando-a à assistência jurídica pelo Sindicato, não foi recepcionada pela CF/1988, o que remete à aplicação do disposto no artigo 769 da CLT à hipótese, ensejando que o princípio da sucumbência, previsto no CPC, seja aplicado ao processo do trabalho.⁹

A 'segunda revogação' teria ocorrido com a promulgação das Leis nºs 10.288/2001 e 10.537/2002.

Por este entendimento, os dispositivos da lei de 1970 que tratavam da assistência judiciária teriam sido revogados pela Lei nº 10.288/2001¹⁰, que modificou o art. 789 da CLT dando-lhe a seguinte redação:

Art. 789 – (omissis)

9 CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. *In* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 42, n. 83. Belém, 2009. p. 162

10 Lei nº 10.288/2001 - Art. 1º - O art. 789 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

"Art. 789

§ 10. O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda." (NR)

§ 10 – O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.

Com a introdução do § 10º ao art. 789 da CLT, teriam sido revogados, tacitamente, os dispositivos da Lei nº 5.584/1970 que regulavam a assistência judiciária, uma vez que o parágrafo regularia a matéria integralmente, por força do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.707, de 1942)¹¹.

Posteriormente, com a edição da Lei nº 10.537/2002¹², o artigo 789 da CLT passou a ter nova redação, sendo revogado o parágrafo dez. Com isso, a matéria teria ficado sem regramento específico para a Justiça do Trabalho, pois, ainda por força da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹³, nosso ordenamento não admite o efeito da repristinação, a não ser quando expresso na lei revogadora.

Colabora para o entendimento desta tese a explicação de Ophir Cavalcante Júnior:

11 Decreto-Lei nº 4.707, de 1942 - Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

12 Lei nº 10.537/2002 - Art. 1º - Os arts. 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Seção III

Das Custas e Emolumentos

Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e serão calculadas:

I – quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor;

II – quando houver extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou julgado totalmente improcedente o pedido, sobre o valor da causa;

III – no caso de procedência do pedido formulado em ação declaratória e em ação constitutiva, sobre o valor da causa;

IV – quando o valor for indeterminado, sobre o que o juiz fixar.

§ 1º - As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.

§ 2º - Não sendo líquida a condenação, o juízo arbitrar-lhe-á o valor e fixará o montante das custas processuais.

§ 3º - Sempre que houver acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento das custas caberá em partes iguais aos litigantes.

§ 4º - Nos dissídios coletivos, as partes vencidas responderão solidariamente pelo pagamento das custas, calculadas sobre o valor arbitrado na decisão, ou pelo Presidente do Tribunal." (NR)

"Art. 790 (...)

13 Decreto-Lei nº 4.707, de 1942 - Art. 2º, § 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Em resumo, havia a Lei n. 5584/70, que disciplinava a assistência judiciária pelo Sindicato, prevendo que a sucumbência só seria devida quando o trabalhador estivesse assistido pelo ente sindical. Em seguida, entrou em vigor a Lei n. 10.288/2001, que ao dispor sobre o jus postulandi e sobre a assistência judiciária, derogou os dispositivos da Lei n. 5584/70. Logo depois, mais exatamente em setembro de 2002, entrou em vigor a Lei n. 10.537/2002, que não previu qualquer norma sobre a assistência judiciária pelo Sindicato, revogando, assim, as modificações introduzidas pela Lei n. 10.288/2001.

Como se vê, portanto, ao revogar as disposições introduzidas pela Lei n. 10.288/2001, sem nada mencionar acerca da assistência judiciária sindical, a Lei n. 10.537/2002 não ripristinou as disposições da Lei n. 5584/70 por ser incompatível com o nosso ordenamento jurídico este efeito (LICC, art. 2º, par. 3º). Nesse sentido a jurisprudência já começou a se posicionar:

Honorários de advogado na Justiça do Trabalho – A verba de honorários de advogado é devida nos termos da Constituição Federal em vigor (art. 133) e legislação infraconstitucional, como o art. 20 do CPC e Estatuto da OAB (art. 22). Não há que se cogitar na incidência da orientação contida nos Enunciados 219 e 329 do TST, que somente admitem honorários advocatícios na hipótese de assistência judiciária gratuita prevista na Lei 5584/70, já que esta teve os dispositivos referentes à assistência judiciária gratuita revogados pela Lei 10.288/2001. Nosso ordenamento jurídico não admite o fenômeno da ripristinação (LICC) e a Lei 1060/50, nem o par. 3º do art. 790 da CLT, que atualmente regem a matéria, não fazem nenhuma referência à assistência sindical, não havendo, portanto, sentido algum em vincular-se o pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho a esta hipótese. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido. (TRT 7ª Reg. Ac. N. 2034, RO 1619-2005-026-07-00-9, 1ª T., DOE/CE 4/7/06, Rel., Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro).¹⁴

Assim, ainda que se admita que o art. 14 da Lei nº 5.584/1970 foi recepcionado pela Constituição de 1988, o dispositivo não se encontra mais em vigor, pela promulgação das Leis nºs 10.288/2001 e 10.537/2002.

3.2.3 Assistência pelo Sindicato - Análise

Apesar dos argumentos contrários expostos acima, o TST, pelas Súmulas 219 e 329, consolidou o entendimento de que a lei prevê o direito ao pagamento de

¹⁴ CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 42, n. 83. Belém, 2009. p. 164-165

honorários advocatícios apenas para os demandantes que estiverem acompanhados do advogado do sindicato, além de se encontrar em situação econômica específica.

No entanto, não há razão para se limitar o pagamento de honorários advocatícios apenas para o trabalhador que estiver assistido pelo ente sindical, pois essa limitação só tem a possibilidade de gerar consequências maléficas para o obreiro.

Extingue-se, com a restrição, o direito de escolha do trabalhador, obrigando-o a ajuizar ação através do ente sindical, se não quiser ter que arcar com o pagamento dos honorários, que, como visto em item anterior, ainda podem agir, na prática, como uma forma de penalizar o empregado por buscar a defesa de seus direitos em juízo.

A limitação do pagamento de honorários sucumbenciais para os trabalhadores assistidos pelo sindicato, contemporaneamente, há de ser alterada, pois não há benefício, para o trabalhador ou para o sindicato, que justifique tal limitação.

Pode ser alegado que a medida visa a fortalecer o sindicato, obrigando que os trabalhadores a ele ligados se utilizem da sua assistência. No entanto, o eventual fortalecimento proveniente do conhecimento da questão coletiva pelo ente sindical esbarra na situação atual de que existem inúmeros advogados qualificados e que o trabalhador tem o direito de escolha do profissional que quer que o represente.

Na prática, em vez de gerar uma busca de melhora dos serviços por parte do sindicato para atender aos integrantes da categoria, a consequência da restrição é a eventual acomodação, pois, independentemente da qualidade do serviço prestado, o trabalhador se vê inclinado a buscar o advogado do sindicato, em detrimento de outros que atuem no mercado sem vinculação ao ente sindical, considerando que não terá que fazer qualquer pagamento do profissional e este terá, pela lei, os honorários garantidos.

A mudança da lei, portanto, geraria apenas consequências benéficas para o trabalhador, pois, assim, a garantia de acesso seria ampla, garantida a primeira onda de Capelletti e Garth¹⁵.

O trabalhador poderia escolher qual o profissional, dentre todos os atuantes no mercado, atenderia melhor às suas necessidades, sem a consequência danosa de ter que arcar com o pagamento dos honorários, ainda que viesse a ganhar a causa.

Assim, mostra-se extremamente urgente a necessidade de mudança da lei, para que se extinga, expressamente, a limitação da assistência pelo sindicato para a condenação da parte vencida ao pagamento dos honorários sucumbenciais.

3.3 Indenização por contratação de advogado

Outra possibilidade para se imputar o pagamento dos honorários à parte sucumbente é através da sua condenação ao pagamento de indenização pelo dano causado por ela, ao obrigar a outra parte a acioná-la judicialmente (ou se defender, no caso da parte que está no polo ativo ser a sucumbente). Esta indenização está prevista no art. 389 do Código Civil de 2002, e, ainda que não específica, é plenamente aplicável ao caso de quem se vê obrigado a contratar advogado para patrocinar uma ação trabalhista no intuito de obter o pagamento de seus direitos.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

15 “O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 31.

A condenação, neste caso, é de indenização à parte vencedora no valor dos honorários advocatícios, pois, por ação ou omissão exclusivamente atribuída à parte vencida, a parte vitoriosa na ação se viu obrigada a realizar gastos com a contratação de um advogado.

Pela situação atual do nosso ordenamento jurídico, o procedimento mais aceito pela jurisprudência é o de pedir indenização pelas perdas e danos causados pelo não cumprimento das obrigações contratuais.

Poderia se argumentar, como faz parte da jurisprudência e da doutrina, que o empregado tem a opção do *jus postulandi* e que, por ser a contratação do advogado facultativa, uma escolha da parte, não seria cabível o pagamento de indenização por esta liberalidade do postulante:

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR. INDENIZAÇÃO. Os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho somente serão devidos quando houver prestação de assistência judiciária pelo sindicato profissional do trabalhador e na hipótese autorizada pelo parágrafo 1o. do art. 14 da Lei 5.584/70. No caso vertente, o reclamante pleiteia a indenização por perdas e danos advindos da contratação de advogado para postular em juízo, não se referindo aos honorários sucumbenciais propriamente ditos, e, sim, ao ressarcimento dos valores desembolsados com tal contratação para receber seus direitos. Não obstante a Lei lhe outorgue o "jus postulandi" (art. 791 da CLT), optou por contratar advogado. Se não quisesse arcar com essa despesa poderia, inclusive, ter se válido da assistência do sindicato de sua categoria, conforme lhe faculta a Lei, evitando o dano material que alega ter sofrido.

Relatora Desembargadora Monica Sette Lopes. 01299-2007-006-03-00-6 RO. Divulgação: DJMG, 04/09/2008, pág. 11.

O argumento, entretanto, é construção de parte da jurisprudência e da doutrina, que entende ser a indenização pela contratação do advogado incompatível com o *jus postulandi* por interpretação lógica, e não por previsão expressa da lei.

Em que pese o respeito pelos que adotam a posição, entendo que essa interpretação não é a melhor possível. Ora, se o fato de poder postular em causa própria excluísse o direito à indenização pela eventual contratação de advogado, não haveria mais indenização por perdas e danos no ordenamento brasileiro.

Por este raciocínio, quem contratou um empreiteiro que não finalizou a obra no prazo combinado, por exemplo, estaria autorizado, pela lei, a terminar a construção por conta própria, o que excluiria a indenização por eventuais perdas e danos.

Quem sofreu dano à saúde poderia se automedicar, não carecendo, portanto, de indenização por gastos com médicos.

O cidadão que teve seu automóvel avariado por um terceiro, por ter a possibilidade de consertá-lo sem a ajuda de um mecânico, tampouco faria jus à indenização pelo dano sofrido. O mesmo raciocínio serviria para qualquer dano ao patrimônio físico.

Mesmo o dano irreparável, e somente indenizável em dinheiro, como o dano moral, não careceria de indenização. Quem sofreu o dano, poderia trabalhar e ganhar o dinheiro que receberia como indenização, pois o ordenamento assim permite, não fazendo jus, portanto, ao pagamento da indenização pelo causador do dano.

É isso que se exige, de fato, do trabalhador, quando se alega que ele poderia se utilizar do *jus postulandi* e, portanto, não faria jus à indenização pela contratação do advogado, por ser uma escolha sua. “*Ora, se o trabalhador está autorizado pela lei a fazer o trabalho do advogado, ele não pode ser indenizado se resolver contratar um profissional*”, é o argumento ‘lógico’ que se propõe.

No entanto, por um raciocínio realmente coerente, sabe-se que toda pessoa pode trabalhar para tentar diminuir as perdas e danos sofridos pelo não cumprimento de um contrato pela outra parte, e geralmente o faz. Mas isso não exclui, sob hipótese alguma, a indenização devida pela parte que descumpriu o contrato pelas perdas e danos que ocasionou.

Ressalte-se, ainda, que, além de obrigar o trabalhador a buscar o cumprimento da obrigação pela via judicial, a empresa, uma vez acionada judicialmente, coloca mais obstáculos, por manobras processuais, para o adimplemento da obrigação, dificultando ainda mais a quitação do débito e reforçando a necessidade de contratação de advogado que consiga, pelo conhecimento jurídico e experiência na área, transpor as dificuldades impostas pela própria empresa ao pagamento do que é devido.

Ou seja, a própria conduta da empresa, de resistir ao cumprimento da obrigação por todos os meios possíveis, inclusive jurídicos, é que impõe a necessidade de contratação de especialista pelo trabalhador, que, sozinho, atuaria no processo com a mesma eficiência que uma pessoa enferma que tenta operar a si mesma na mesa de cirurgia.

3.4 Mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº 3.392/2004¹⁶

3.4.1 Fim do *Jus Postulandi*

O Projeto de Lei 3.392/2004, de autoria da então Deputada Federal Clair da Flora Martins, em trâmite na Câmara dos Deputados em Brasília, propõe modificações no art. 791 da CLT, para pôr fim ao *jus postulandi* na justiça do trabalho, exigindo o acompanhamento de advogado para ajuizar ação perante os seus órgãos.

16 Projeto de Lei 3.392/2004 - Art. 1º O art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 791. A parte será representada por advogado legalmente habilitado.

§ 1º Será lícito à parte postular sem a representação de advogado quando:

I – tiver habilitação legal para postular em causa própria;

II – não houver advogado no lugar da propositura da reclamação ou ocorrer recusa ou impedimento dos que houver.

§ 2º A sentença condenará o vencido, em qualquer hipótese, inclusive quando vencida a Fazenda Pública, ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas sem conteúdo econômico e nas que não alcancem o valor de alçada, bem como naquelas em que não houver condenação, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas dos incisos I, II e III do parágrafo anterior.”(NR)

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogados os arts. 731, 732 e 786 da Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 15 da Lei nº 5.584/70.

O texto do projeto abre exceção, apenas, para o postulante que for legalmente habilitado para postular em causa própria ou quando não houver advogado no lugar da propositura da ação, ou ocorrer recusa ou impedimento dos que existirem.

Com isso, o projeto extingue da CLT o que, na prática, já não tem se verificado com muita frequência. O fim do *jus postulandi*, entretanto, não é o maior objetivo do projeto de lei, mas um meio para se alcançar a finalidade que ele pretende, qual seja, possibilitar a condenação da parte sucumbente ao pagamento dos honorários do advogado da outra parte. Isso porque, se o *jus postulandi* serve, atualmente, como justificativa para a não condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais ou da indenização pela contratação de advogado, uma vez extinto, não haverá dúvidas quanto ao cabimento da condenação.

Entretanto, entendo não ser necessária a extinção do *jus postulandi*, pois, uma vez que o texto do projeto de lei determina o pagamento de honorários sucumbenciais expressamente, a existência do direito de postular em causa própria não mais serviria de justificativa para se excluir o pagamento de honorários.

Assim, o *jus postulandi* continuaria a cumprir papel importante que ainda tem nos dias de hoje, que é o espaço das pequenas causas de pagamento de verbas rescisórias, que, em geral, não exigem conhecimento técnico para serem ajuizadas.

3.4.2 Instituição de honorários sucumbenciais entre 10% e 20% do valor da condenação

Caso o projeto de lei no 3.392/2004 venha a ser aprovado, não haverá mais dúvidas quanto ao cabimento dos honorários na justiça do trabalho, tampouco sobre seu valor, pois o projeto estabelece, expressamente, que a sentença condenará o vencido ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, observados alguns critérios para fixá-los.

Note-se que os honorários de sucumbência serão fixados, na possível vigência da lei instituída pela aprovação do projeto, com base no valor da condenação, que não deve ser confundido com o valor da causa, estimado pela parte na petição inicial e fixado pelo juiz ao proferir a sentença.

Nas causas sem conteúdo econômico, o projeto prevê que o juiz determinará o valor dos honorários por equidade, atentando para os mesmos critérios utilizados para a fixação do percentual relativo às causas que possuem valor econômico, quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, além do trabalho realizado pelo advogado e do tempo exigido para o seu serviço.

4 Eficiência e celeridade na fase de execução

A fase de execução, ainda que processada nos mesmos autos do processo de conhecimento na justiça do trabalho, é, na realidade, um processo a parte, embora dependente do conteúdo e das decisões proferidas na fase de conhecimento.

A própria lógica da execução se assemelha à da fase de conhecimento, podendo se fazer uma analogia entre a fase de liquidação e a fase de instrução, entre os embargos à execução e a defesa, entre a decisão sobre os embargos à execução e a sentença de mérito, o acórdão de agravo de petição e o de recurso ordinário, e assim em diante.

A liquidação de sentença, de acordo com o art. 879 da CLT, pode ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos. Em geral, a liquidação se dá por cálculo, sendo eles mais ou menos complexos, dependendo da condenação. Para cálculos mais complexos, quando não há consenso entre as partes em relação ao valor devido, é necessária a utilização da figura do perito oficial, profissional da contabilidade de confiança do juiz e nomeado por ele para o encargo. Nestes casos, os cálculos podem se tornar tão complexos, chegando a um ponto em que os próprios advogados e juízes não dominam completamente o seu conteúdo e a maneira de confeccioná-los.

Devida à complexidade da questão e, especialmente, ao fato de que a matéria se torna mais complexa, justamente, numa área do conhecimento alheia ao direito, a dificuldade de compreensão detalhada dos cálculos se torna um prato cheio para a parte que visa a tentar enganar o juízo, ou simplesmente a postergar o pagamento.

Por isso, é imperiosa a busca da eficiência deste verdadeiro “processo a parte”, para inibir as condutas enganosas e protelatórias, pois de nada adianta, para o trabalhador, ter seus direitos reconhecidos na fase de conhecimento e não tê-los devidamente liquidados e executados na fase de execução.

Entretanto, justamente pela complexidade da matéria e seu relativo desconhecimento por parte dos aplicadores da lei, há um excesso de recursos

manifestamente protelatórios, carentes de qualquer fundamento legal razoavelmente aceitável e que se repetem por todas as instâncias, por simples cópia e mudança de endereçamento, que não são combatidos pelo judiciário. Aliás, os recursos protelatórios e infundados se multiplicam, em grande parte, por causa da ausência de barreiras à sua interposição.

Neste sentido, aponta Francisco Antonio de Oliveira o problema da ineficácia da coisa julgada na justiça do trabalho, justamente em razão da sistemática litigância protelatória levada a cabo pelos executados e da não repulsa da prática por parte do judiciário:

Inúmeros recursos estarão à disposição de advogado hábil para fazer com que o processo se arraste legalmente, com supedâneo no princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, princípios dos quais a decantada informalidade trabalhista não consegue se desvencilhar. A demora em transformar em pecúnia o comando sentencial condenatório traduz estratégia para que se façam pseudos acordos ou transações por valor muito inferior ao devido, que nada mais são do que verdadeira renúncia, uma vez que não existe mais a res dúbia, posto que o direito se apresenta líquido e certo. Vale dizer, renuncia-se ao crédito alimentar (...) Daí a pergunta que não se cala: quem tem medo da coisa julgada? A culpa pela situação caótica em que se transformou a fase executória e o desrespeito à coisa julgada, embora tenha a influencia de fatores externos, deve-se também, em parcela considerável, à leniência dos magistrados, de todas as jurisdições. O desprestígio da coisa julgada traduz o desprestígio do próprio Poder Judiciário que continua declarando o direito sem possibilidade concreta de transformá-lo em realidade.¹⁷

Porém, como se verá, o próprio ordenamento outorga aos aplicadores do direito os instrumentos para combater a litigância manifestamente protelatória em fase de execução, cabendo ao judiciário colocar estes instrumentos em prática, visando à eficiência do processo de execução trabalhista.

Por outro lado, um modelo de cálculo mais detalhado poderia trazer mais celeridade para o recebimento dos créditos pelo trabalhador, inibindo ainda mais atitudes desleais e protelatórias por parte dos executados.

17 OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 43, n. 84. Belém, 2010. p. 158/159.

4.1 Efeitos da prolação da sentença na liquidação da condenação

A eficiência da execução trabalhista começa, naturalmente, na prolação da sentença de mérito, que deverá conter os parâmetros para a liquidação das condenações, sob pena de se prolongar, inutilmente, a fase de execução. Assim nos ensina César Machado Júnior sobre o tema:

A não especificação de todos os parâmetros para a elaboração dos cálculos, na decisão proferida, resulta na violação do art. 460¹⁸, parágrafo único, do CPC, sendo a hipótese de interposição de embargos declaratórios para a supressão da omissão.

O que se verifica no cotidiano forense é a existência habitual de sentenças ilíquidas e, nessa protelação na fixação dos elementos indispensáveis para a realização dos cálculos, há um superdimensionamento da liquidação de sentença, o que contribui de forma significativa para a demora na solução do processo de execução.

Quando não se esgota completamente a cognição própria do processo de conhecimento e translada-se indevidamente essa cognição para o processo de execução, tem-se uma multiplicação de incidentes processuais que são totalmente incompatíveis com a certeza e a liquidez que se espera e se deseja de todo título executivo.¹⁹

Portanto, também a prolação eficiente da sentença repercutirá na celeridade da execução, facilitando sobremaneira a liquidação da condenação e evitando que recaiam dúvidas sobre os critérios a serem adotados para os cálculos.

4.2 Da aplicação dos arts. 879, § 2º e 897, § 1º da CLT

18 Art. 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

19 MACHADO JÚNIOR, César. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 417

A observância dos seguintes dispositivos, por si só, seria uma barreira eficaz para as atitudes desleais citadas acima.

Art. 879, § 2º - Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

Art. 897, § 1º - O agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados, permitida a execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença.

Entretanto, como se verá a seguir, não há o rigor que se espera, por parte do nosso judiciário, na aplicação destes verdadeiros obstáculos aos recursos protelatórios na fase de execução.

O §2º do art. 879 determina que a impugnação do cálculo de liquidação deve ser fundamentada e os itens e valores objeto de discordância devem ser discriminados, sob pena de preclusão.

Na prática, porém, o que se vê são impugnações com fundamentação, muitas vezes, absurda, que visam apenas a retardar a execução - o que se pode admitir até certo limite, pois é difícil traçar uma linha entre o absurdo e o razoável - e que não apontam itens e valores objetos de discordância.

O mesmo acontece com o §1º do art. 897, que é, em regra, solenemente ignorado.

Para interpor agravo de petição contra a decisão de embargos à execução, o recorrente deveria apontar as matérias e os valores impugnados, de modo a permitir a execução imediata da parte remanescente até o final. Isso se justifica porque o agravo de petição pode demorar a ser julgado, e, posteriormente, ainda mais o recurso de revista. Com isso, o trabalhador já conseguiria receber o que não é objeto de controvérsia. No entanto, ao não delimitar as matérias e os valores com os quais discorda, o agravante evita que o trabalhador receba qualquer quantia.

Poderia se alegar que, pela fundamentação e pedidos expostos no texto de um agravo de petição, seria possível deduzir quais são os itens impugnados e calcular o que restou incontroverso, mas aí se trataria de uma nova etapa de cálculos, em que o perito do juízo teria de atuar novamente, além de ser dada vista às partes e proferida

nova decisão, com possibilidade de recurso, o que tornaria inócua a medida e causaria tumulto desnecessário no processo.

Na doutrina, a aplicação rigorosa dos arts. 879, §2º e 897, §1º é sugerida por Valentin Carrion como medida útil à eficiência da execução:

A impugnação fundamentada e a preclusão do art. 879, §2º, aquela repetida quando do agravo de petição (art. 897, §1º), evidencia a decidida vontade da lei de tornar objetiva, rápida e livre de resistências a execução. A contrariedade tem de ser direta, precisa e evidente. É absolutamente conveniente que assim seja; apesar de abrir-se um campo de certa subjetividade, o magistrado não pode cair no oposto de acobertar execuções tomadas pela ignomínia exagerada que a toda evidência violem a coisa julgada, o bom-senso e o equilíbrio sereno da Justiça. A letra da lei não diz que o executado deverá, além de indicar os itens e valores que impugna, oferecer também seus cálculos exatos, ou seja, sua conta. Mas não é injurídico que assim se interprete a intenção do legislador; tal exegese recomenda ao juiz ponderado que, na intimação à parte, o faça saber, para que posteriormente não possa transparecer arbitrariedade ou cesarismo.²⁰

Assim, uma vez exigido o detalhamento dos valores impugnados quando da interposição de recurso contra a homologação dos cálculos, fica possibilitada a execução da parte incontroversa até o final, alcançando-se, ainda que parcialmente, a finalidade do processo com mais celeridade.

4.3 Da aplicação do art. 514, II, do CPC e da Súmula 422 do TST

O Código de Processo Civil prevê, para a interposição de recurso, a necessidade de fundamentá-lo, como se vê abaixo:

Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:
II - os fundamentos de fato e de direito;

20 CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

Ao interpretar a norma do CPC, o TST chegou ao entendimento expresso na Súmula 422, no sentido de aplicar a norma do código ao direito processual do trabalho:

Súmula 422 - Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta.

A utilização de recursos com intuito manifestamente protelatórios, além de encontrar entraves nos arts. 879, §2º e 897, §1º da CLT, como visto acima, deveria esbarrar no art. 514, II do CPC e em sua interpretação consolidada na Súmula 422 do TST.

No entanto, não é o que se vê na realidade dos tribunais, onde recursos que não atacam a decisão que deveriam atacar, mas simplesmente repetem a fundamentação já superada pela decisão da qual estão recorrendo, são prática comum e timidamente repelida pelos aplicadores da lei.

Se se recorre de uma decisão sem atacar seus fundamentos, não se está a merecer julgamento, pois não está demonstrado o inconformismo com a decisão recorrida. Pelo entendimento consolidado na Súmula 422 do TST e por força do art. 514, II, do CPC, um recurso nesses moldes não deveria ser sequer recebido.

Ao receber tais recursos, o sinal que se dá para os recorrentes é o de que vale a pena interpor recurso com fundamento sabidamente absurdo, pois este fundamento não terá que ser sustentado, mas apenas repetido, para subir a discussão para as instâncias superiores e postergar, ainda mais, a execução.

A fim de coibir a prática, além de não ser recebido o recurso, deveria ser aplicada multa por litigância de má fé, por provocação de incidente manifestamente infundado (art. 17, VI, CPC). Ora, se a parte não fundamentou o porquê de estar descontente com a decisão da qual recorre, trata-se, indubitavelmente, de incidente manifestamente infundado.

Nesse sentido é a lição de César Machado Júnior:

Contudo, temos de afirmar que a interposição de recursos protelatórios é uma das principais causas no prolongamento indevido da prestação jurisdicional, como a apresentação de recurso desfundamentado, ou seja, aquele que não atacou as razões da decisão recorrida.²¹

O simples fato de se exigir que se fundamente a discordância com cada decisão, além de se pautar na lei processual e no princípio da razoabilidade, impactará, no litigante de má fé, além da multa possivelmente aplicada, num aumento de custo para continuar a tentar postergar injustificadamente a execução, uma vez que não mais se admitirá a simples cópia de petição com mudança de endereçamento, mas sim um pensar jurídico para combater cada decisão, e, portanto, mais tempo de trabalho do setor jurídico ou do advogado contratado. Esse aumento do custo financeiro para postergar a execução, naturalmente, pesará quando empresa e advogados tiverem de decidir entre recorrer sistematicamente de todas as decisões na fase de execução ou recorrer somente daquelas decisões que entenderem ser realmente passíveis de correção, causando diminuição dos recursos protelatórios.

4.4 Modelo de cálculo detalhado – Ferramenta para dar celeridade ao processo de execução

Uma possibilidade para se evitar o problema atual da impugnação protelatória dos cálculos de liquidação, aliada à aplicação rigorosa dos arts. 879, §2º e 897, §1º da CLT, 514, II do CPC e Súmula 422 do TST é a criação de um modelo de cálculos a ser utilizado para aqueles pedidos mais comuns na justiça do trabalho, pois assim os cálculos seriam sempre separados e detalhados nos mesmos moldes e, conseqüentemente, os cálculos de liquidação se tornariam mais compreensíveis

21 MACHADO JÚNIOR, César P. S.. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 204.

para o juiz e os próprios advogados das partes, geralmente leigos quando se trata de cálculos contábeis.

Mais importante, se tornaria mais fácil a aplicação dos arts. 879, §2º e 897, §1º, uma vez que mais simples a delimitação dos valores objetos de discordância e, com isso, mais difícil impugna-los sem fundamentação razoável. Assim, ao impugnar o cálculo de uma verba, o recorrente delimitaria, por exemplo, que o valor do item X está errado por tal razão, o que reflete no item Y, portanto X+Y formam o valor objeto de discordância, podendo o restante ser executado até o final.

Naturalmente, não se trata aqui de tarefa fácil, pois a criação de um modelo de cálculos e, principalmente, a adaptação de peritos e juízes a esse modelo, certamente, levariam tempo. No entanto, por necessária e útil à efetividade da justiça, entendo ser uma medida válida e que o esforço necessário para implementá-la, sem dúvidas, seria recompensado pela celeridade que seria trazida ao processo de execução.

5 Conclusão

Por todo o exposto, este estudo buscou demonstrar a lamentável constatação de que, através de uma análise econômica do Direito do Trabalho, o administrador de empresa se verá inclinado, invariavelmente, a desrespeitar os direitos dos seus trabalhadores, por ser essa atitude mais benéfica para os objetivos da empresa.

Essa situação leva ao absurdo de transformar o processo trabalhista em consequência natural da rescisão do contrato de trabalho, uma vez que empregado e empregador sabem que a legislação é sistematicamente descumprida pelas empresas e o único modo de o trabalhador receber o que lhe é devido é através do exercício do seu direito de ação.

Por isso, mostra-se imperiosa a necessidade da atuação do legislador e do aplicador do direito para reverter esta lógica, tornando mais benéfico economicamente, aos olhos do empregador, o estrito cumprimento da legislação trabalhista e evitando que a Justiça do Trabalho se torne mero cobrador de débitos trabalhistas em atraso.

Através da imposição de sanções, da figura dos honorários advocatícios – que funcionarão, em parte, também como forma de penalizar a parte que desrespeitou a lei trabalhista -, e de uma maior eficiência na fase de execução, poderá ser alcançado o objetivo de ver o Poder Judiciário ser acionado apenas para solucionar controvérsias reais de direito, questões em que, de fato, há dúvida real e razoável sobre o direito a ser aplicado ao caso.

Quanto mais célere e, por que não, respeitada, a Justiça do Trabalho, mais o empregador buscará o cumprimento da legislação trabalhista espontaneamente e menos processos chegarão às mesas dos juízes, num círculo virtuoso que dará ainda mais celeridade à prestação jurisdicional e proporcionará mais tempo e qualidade para a análise e resolução de demandas complexas e realmente controversas, que devem ser, em essência, o foco maior do Poder Judiciário.

6 Referências Bibliográficas

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 2ª edição brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1965.

VIANA, Márcio Túlio, coordenador; RENAULT, Luiz Otávio Linhares Renault, coordenador. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 43, n. 84. Belém, 2010.

SANTOS, Eugênio José dos. *in* Suplemento Trabalhista n. 116, v. 36. São Paulo: LTr, 2000. p. 658.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 42, n. 83. Belém, 2009

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MACHADO JÚNIOR, César P. S.. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.