

OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS ENQUANTO POTENCIAL OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA

Vitor Amm Teixeira¹

Hugo Zanon Soares²

Resumo: Cresce o entendimento na seara trabalhista de que a condenação em honorários representa obstáculo ao acesso à justiça. Analisa-se os conceitos e a história dos honorários de sucumbência, bem como o papel do risco e sua relação com o acesso à justiça. O risco é elemento importante para evitar abuso do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Honorários sucumbenciais; Risco; Abuso de direito.

INTRODUÇÃO

Não se discute a importância do acesso à justiça em qualquer regime democrático que se preze. O modelo proposto por Montesquieu de separação dos poderes, adotado de forma ampla, concedeu ao Poder Judiciário a responsabilidade de garantir a observância das normas por todos os cidadãos e, em muitos lugares, pelo próprio Estado. Enquanto julgador, deve ser imparcial, se manter equidistante das partes envolvidas no litígio. Portanto, agirá quando provocado. A possibilidade de provocar é a consubstanciação do acesso à justiça.

De igual maneira, o advogado é indispensável à administração da justiça e seus honorários representam verba alimentar, até por se tratar de parte de sua remuneração.

Dentre tantas outras controvérsias, a Reforma Trabalhista trouxe ao processo do trabalho os honorários advocatícios de maneira deveras semelhante à do processo civil comum. E despertou, com isso, argumentos sobre como tal medida fora estabelecida com o propósito de inibir o acesso à justiça por parte dos trabalhadores, que se sentiriam coagidos diante do risco de arcarem com uma condenação em caso de improcedência de seus pedidos. Seria esse realmente o seu propósito?

Analisar a questão e propor hipóteses é parte importante do debate. Estudar as possibilidades e iluminar pontos relevantes que devem ser notados pelas partes envolvidas.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Advogado. vitor.teixeira1@hotmail.com.

² Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Advogado. zanonsoares@hotmail.com.

Para tanto, se observou especialmente os fundamentos de diversas decisões e posições judiciais dos tribunais superiores ao longo dos anos sobre o assunto, bem como o posicionamento doutrinário em questões mais delicadas. Por isso, não há um marco teórico central.

PANORAMA HISTÓRICO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Pode-se dizer com certa segurança que conhecer, ainda que apenas um pouco, a História é parte essencial da compreensão sobre a finalidade de determinada coisa ou mesmo, no presente caso, de um instituto jurídico. Em tempos onde se rediscute o papel dos honorários e sua correlação com o acesso à justiça, importante compreender o seu propósito.

Sancionar a parte vencida em termos processuais encontra referência no Direito Canônico, onde, conforme Yussef Said Cahali (1997, p. 27), se admitia a condenação do vencido enquanto sanção imposta tanto aos apelantes quanto àqueles que litigavam temerariamente. Possuía esta condenação, portanto, caráter punitivo. Eventualmente outros ramos adotaram tal possibilidade de punição, um marco para a época.

As Ordenações Filipinas, compilação de normas formulada por Felipe I de Portugal, resultante da reforma ao Código Manuelino, em 1603, funcionou basicamente como a normativa civil brasileira até o advento do Código Civil de 1916. E ali já constava a condenação em custas, como se verifica de seu Livro 3 – Título 67:

Quando o juiz der sentença final, em qualquer caso, de qualquer qualidade que seja, sempre condenará em custas, ao menos do processo, assi ao réo, que fôr vencido, como ao autor, quando o réo for absoluto, sem poder delas relevar cada huma das partes, postoque lhe pareça, que cada huma delas teve justa causa para litigar, salvo entre as pessoas, em que por bem das Ordenações não há custas. E das custas pessoas poderão ser escusas, se tiverem justa causa de litigar (PORTUGAL, 2019, p. 670).

Havia, inclusive, previsão para dobrar ou triplicar as custas em caso de malícia por parte do litigante, que poderia culminar em prisão, no caso de não encontrarem bens para cobrir a quantia devida.

Surgia, então, a perspectiva de punição àqueles que litigavam sem causa.

Quanto aos advogados em si, a legislação da época continha exemplos de vedação ao pagamento de honorários, até mesmo contratuais. A título de exemplo, o *Alvará do 1º de Agosto de 1774* previa categoricamente a proibição ao estabelecimento de honorários contratuais em processos referentes à sucessão³.

³ PORTUGAL. *Alvará do 1º de agosto de 1774*. Nele assim consta: "Item: Porque tem mostrado a experiência não ser bastante nem a providência da Ord. liv. 1 tit. 48 § 11; nem a pena nella imposta para fazerem cessar as convenções, e pactos chamados de quota litis, em que se estipulão quaesquer porções, ou quantias para o caso do vencimento das causas: Prohibo todos os sobreditos pactos, e convenções, ou elles se celebrem com Advogados, Procuradores, ou com outras quaesquer pessoa: debaixo das penas de nullidade dos ditos pactos, e convenções: De trez anos de degredo para Angola, e de perpétua suspensão, e inhabilidade contra

Nas palavras de Orlando Venâncio dos Santos Filho (1998, p. 32), Adolfo Weber fora o primeiro jurista a estabelecer um princípio que superasse o simples arbítrio judicial quanto às despesas, ao formular que a condenação do vencido às despesas processuais é simplesmente o ressarcimento do prejuízo do vencedor ao mobilizar o Poder Judiciário a fim de ter seu direito tutelado.

Tal perspectiva é encontrada no Código de Processo Civil de 1934. O *caput* do art. 63⁴, de fato, parece carregar integralmente a ideia já ventilada nas Orientações Filipinas, quatrocentos anos antes. Seus parágrafos carregam elementos que enriquecem e ressaltam a ideia de punição àquele que procede de forma temerária, seja ele quem for. O primeiro parágrafo prevê punição ao vencedor que agir de forma temerária em qualquer ato ou incidente processual. O segundo parágrafo estabelece a condenação no décuplo das custas processuais àquele, vencedor ou vencido, que tenha procedido com dolo, fraude, violência ou simulação.

Já o art. 64 exhibe a mudança de percepção sobre o assunto com o decurso do tempo. A disposição original estabelecia que “Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extra-contratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária” (BRASIL, 1939). Percebe-se um caráter inegavelmente punitivo ao artigo, aos moldes das Orientações Filipinas. Válido mencionar, ainda, que esse é, atualmente, o conceito de ato ilícito, nos termos do Código Civil de 2002⁵.

A questão, como se sabe, é que nem todo processo decorre de ato ilícito, tal como o próprio direito à reparação. Se a controvérsia entre as partes é legítima e plausível, decorrente de dúvida razoável, é possível punir uma parte por uma suposta culpa? A interpretação de uma cláusula contratual obscura, por exemplo. Ao tempo do Código Civil de 1939, não se admitia o pagamento de honorários advocatícios neste caso, resultando em um vácuo.

O caráter penalizador dos honorários não condizia com a premissa de ressarcimento emanada pela expressão *pagamento dos honorários de advogado da parte contrária*.

Apenas em 1965, por meio da Lei nº 4.632, que se suprimiu do Código de Processo Civil a necessidade de culpa ou dolo no pagamento de honorários advocatícios, dispondo que “A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que fôr aplicável, o disposto no art. 55” (BRASIL, 1965). Ao eliminar a necessidade de culpa ou dolo, no entender de Santos Filho (1998, p. 33), a referida lei se tornou um marco na consagração da sucumbência em nossa legislação. A questão é que o valor era arbitrado pelo julgador, com moderação e motivadamente. O critério, portanto, era a equidade.

os Advogados; E de cinco annos de degredo para Angola contra os mais Procuradores, ou outras quaesquer pessoas, que forem estipulantes nas ditas convenções, por qualquer fórma que sejam celebradas.”

⁴ Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

⁵ Art. 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A equidade pura, enquanto regra, não perseverou muito tempo. O Código de Processo Civil de 1973 trouxe um novo regramento sobre os honorários que, em essência, reproduziu a premissa do anterior, com o cuidado de estabelecer critérios na fixação dos honorários. Esclareceu também pontos discutidos em face da generalidade da lei anterior, como as causas de valor ínfimo, inestimável ou sem condenações, caso em que a fixação dos honorários deve ser por equidade, tal como na lei anterior. Em regra, a condenação neste tocante devia ser fixada entre 10% e 20% do valor da condenação (BRASIL, 1973), porém, admitir-se-ia o ajuste destes valores em caso de exorbitância ou irrisoriedade⁶.

O Código de Processo Civil de 1973, ao estabelecer como regra um percentual fixo, acabou por ventilar um questionamento distinto. Até então, não se vislumbrava qualquer dúvida do papel dos honorários advocatícios como maneira de ressarcimento das despesas com o causídico. Então, decerto, o valor abarcava, até por seu caráter então punitivo, o que fora efetivamente gasto. Mesmo com a mudança de percepção, a fixação por equidade tinha de observar a moderação, sempre de maneira motivada, ou seja, escorado em critérios claros, postos.

A quem era devido o valor? Os honorários eram do advogado ou do cliente?

Leonardo Greco, citado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Tatiana Salles (2015, p. 264), confirma que os honorários visavam ressarcir o vencedor das despesas com a contratação de seu causídico. Todavia, essa percepção mudou com a vigência do Estatuto da Advocacia, em 1994, que tornou estes valores uma receita a mais que o advogado do vencedor percebe⁷.

É importante ressaltar que a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT prevê o direito das partes de reclamarem pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, assim como acompanhar suas reclamações até o final. A não obrigatoriedade de atuação advocatícia afastou a incidência de condenação em honorários sucumbenciais da seara trabalhista, com exceção dos sindicatos, que percebiam honorários em caso de assistência à parte necessitada, nos termos da Lei nº 5.584/1970⁸.

Se na esfera cível, o papel dos honorários advocatícios já se encontra assentado, o mesmo não pode ser dito da esfera trabalhista. A Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/17 introduziu oficialmente o instituto na processualística do trabalho.

⁶ Apenas a título exemplificativo, segue trecho de decisão monocrática proferida no Recurso Especial nº 1.631.422, determinando a redução de honorários: “Compulsando-se os autos, e, ainda, tendo em vista os parâmetros legais que norteiam o tema, consoante o disposto no art. 20, §§3º e 4º, do CPC/1973, torna-se nítido que o valor concedido de 10% sobre o valor da causa, que perfaz a monta aproximada de R\$ 544.842,83 (sem considerar os juros e correção monetária), é demasiadamente exorbitante, ainda que a causa seja de relevante importância — constatação de sobrepreço em tomada de contas pelo TCU”.

⁷ Art. 23 da Lei nº 8.906/1994: Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

⁸ Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NA ATUALIDADE

Como apontado no tópico anterior, os honorários sucumbenciais passaram, com o Estatuto da Advocacia, de ressarcimento ao requerente à remuneração do advogado, o que altera substancialmente sua percepção no cenário jurídico. O resultado mais elementar desta mudança provocada é o caráter alimentar que estas verbas passaram a ter.

Um dos primeiros casos julgados sobre esse assunto pela Suprema Corte foi o Recurso Extraordinário – RE nº 146.318 (BRASIL, 1997), quando a Segunda Turma entendeu que honorários advocatícios e periciais possuem natureza alimentar, pois remuneram serviços prestados por profissionais liberais, sendo equiparados ao salário. Ainda assim, havia discussões frequentes sobre o assunto, com destaque ao entendimento divergente apresentado pela Primeira e Terceira Turmas do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sendo que esta entendia que se tratava de verba alimentar, fosse contratual ou sucumbencial, enquanto essa apenas admitia os honorários contratuais enquanto alimentares.

A interpretação favorável ao caráter alimentar irrestrito dos honorários ganhou força com o advento da Lei nº 11.033/2004, que coloca os honorários advocatícios expressamente enquanto verba alimentar⁹ (BRASIL, 2004), oferecendo um norte interpretativo para a discussão. Permitiu a analogia. Por que seria assim no caso dos precatórios e não para o restante?

O clímax dessa discussão foi o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 706.331 pela Corte Especial do STJ (BRASIL, 2008), quando se consolidou, por expressiva maioria de votos, que honorários de sucumbência possuem natureza alimentícia, justamente por conta da Lei nº 11.033/2004¹⁰.

Daí por diante, o tema fora assentado pelo STF em 2014 com o julgamento da Tese 18, que estabeleceu:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Essa tese, inclusive, adquiriu caráter plenamente vinculante com a edição da Súmula Vinculante nº 47 (BRASIL, 2019).

⁹ O art. 19 da referida lei estabelece que o levantamento ou autorização para depósito em conta de valores decorrentes de precatório judicial só pode acontecer, em regra, após a apresentação ao Juízo responsável a certidão negativa de tributos federais, estaduais e municipais, assim como a certidão de regularidade perante a Seguridade Social, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e a Dívida Ativa da União, além da oitiva da Fazenda Pública. Uma das duas exceções previstas no parágrafo único do referido artigo é justamente “[...] aos créditos de natureza alimentar, inclusive honorários advocatícios”.

¹⁰ HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUCUMBÊNCIA - NATUREZA ALIMENTAR. Os honorários advocatícios relativos às condenações por sucumbência têm natureza alimentícia. Eventual dúvida existente sobre essa assertiva desapareceu com o advento da Lei 11.033/04, cujo Art. 19, I, refere-se a “créditos alimentares, inclusive alimentícios.”

E o STJ publicou, em duas oportunidades, em seu *Jurisprudência em Teses*, que “Os honorários advocatícios – contratuais e sucumbenciais – têm natureza alimentícia, razão pela qual é possível a penhora de verba salarial para seu pagamento” (BRASIL, 2017), com a leve retificação de seu texto na segunda publicação ao substituir *verba salarial* por *verba remuneratória* (BRASIL, 2019), mais abrangente.

A importância dos honorários advocatícios é patente. O reconhecimento de seu caráter alimentar diz muito sobre isso.

Incide, em regra, em todo tipo de ação de caráter cível onde é o advogado que detém o *jus postulandi*. Mesmo ações de caráter delicado e urgente, como a ação de alimentos regida pela Lei nº 5.478/1968, admitem a condenação em honorários sucumbenciais sem maiores ressalvas, sem que necessariamente se discuta a questão do acesso à justiça.

Tanto é verdade que os Juizados Especiais, regidos pela Lei nº 9.099/1995, não preveem a condenação em honorários advocatícios em primeira instância, ressalvado o caso de má-fé (BRASIL, 1995). Sua incidência só se dá se o recorrente restar novamente vencido¹¹. O fato relevante que difere a primeira instância da segunda é a obrigatoriedade da presença do advogado para a fase recursal, como determina o seu art. 41, §2º. É verdade que os Juizados Especiais demandam, caso as causas possuam valor superior a vinte salários mínimos, a assistência de advogado. Nesses casos, entretanto, é possível a parte persistir sem o patrono, desde que renuncie ao excedente.

O mesmo acontecia, até pouco tempo atrás, perante a Justiça do Trabalho. Regida pela CLT, com o CPC aplicável apenas de maneira subsidiária, não se admitia a condenação em honorários sucumbenciais, ressalvados os casos específicos consignados na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho – TST (BRASIL, 2016). Os primeiros precedentes para a formação da referida súmula datam de junho de 1983¹² e, naquele tempo, a decisão fora proferida por maioria de votos. A súmula é originalmente datada de 1985 e sua redação original já era suficientemente clara:

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 (BRASIL, 1985).

¹¹ Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

¹² Assim consta da ementa do acórdão: “[...]2. Na Justiça do Trabalho, só são devidos os honorários advocatícios quando o empregado-reclamante é assistido por advogado dativo do sindicato de sua categoria profissional e o empregador é sucumbente. 3. O art. 20 do CPC não incide no processo trabalhista”, sendo que o referido art. 20 é justamente aquele que regula a condenação em honorários no então CPC de 1973.

Na interpretação do TST, a Lei nº 5.584/1970 restringe o pagamento de honorários ao caso de assistência judiciária gratuita por parte do sindicato¹³. Um dos motivos basilares para isso é a existência do *jus postulandi* para as partes, nos termos do *caput* art. 791 da CLT¹⁴ (BRASIL, 1943), o que dispensa a obrigatoriedade de advogados. Quando do início de sua vigência, porém, os tempos eram outros e havia, por exemplo, a figura do juiz classista, que auxiliava a parte na defesa de seus interesses em Juízo. Com o fim dessa figura, é pública e notória a raridade da defesa pessoal dos próprios interesses nesses casos, sendo habitual a representação por meio de advogado ou a assistência por meio do sindicato, que oferta também os serviços jurídicos de seus advogados ao assistido.

O cenário sofreu uma forte mudança com a vigência da Lei nº 13.467/17, conhecida como a Reforma Trabalhista (BRASIL, 2017), que, dentre tantas outras mudanças, oficializou a democratização dos honorários advocatícios sucumbenciais na esfera trabalhista a todos os advogados que nela atuarem.

Com a ressalva do percentual a ser fixado a título de honorários¹⁵, a disposição basilar da fixação de honorários e seus critérios é essencialmente idêntica a do CPC. A intenção do legislador aqui fora inequívoca: sabedor da existência da Súmula nº 219 do TST, replicou boa parte do texto atualmente vigente do CPC na CLT. Isso afastaria, em um primeiro momento, qualquer eventual tentativa de subversão de sua aplicabilidade, já cientes do exemplo problemático dos Juizados Especiais¹⁶.

A grande celeuma na esfera trabalhista é o §4º do art. 791-A:

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (BRASIL, 2017).

¹³ No precedente citado para a formação da Súmula nº 219 do TST, por exemplo, o relator afirma que o art. 20 do CPC/1973 não incidia na Justiça do Trabalho pois a Lei nº 5.584/1970 dispunha que só eram devidos honorários quando o empregado-autor se faz acompanhado de advogado dativo do sindicato e vence a causa.

¹⁴ Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

¹⁵ O art. 85, §2º, do CPC/15 estabelece que os honorários serão fixados em um percentual entre 10 e 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico da causa ou, não sendo possível medir, sobre o valor da causa, enquanto o art. 791-A da CLT fixa o percentual entre 5 e 15% nestas mesmas condições.

¹⁶ Quando o CPC/15 passou a vigorar, por força do art. 1.046 do novel livro adjetivo, suas disposições deveriam se aplicar aos Juizados Especiais. Isso incluía, naturalmente, a contagem de prazo em dias úteis. Todavia, para surpresa de expressiva porção da comunidade jurídica, o Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE elaborou um enunciado, o 165, com a previsão de que todos os prazos seriam contados de forma contínua nos Juizados, em detrimento de expressa disposição legal, com fundamento na celeridade que nortearia os Juizados. Com a devida vênia, entendimento manifestamente ilícito, eis que um enunciado administrativo não poderia negar aplicação a uma lei. Isso em 2016 e, então, cada Estado fazia o que bem queria quanto ao enunciado. A Justiça Federal da 2ª Região não o aplicava, por exemplo, enquanto a Justiça Estadual do Espírito Santo, aplicava. O problema só fora resolvido em 2018, por meio da Lei nº 13.728, que inseriu expressamente na Lei nº 9.099/1995 a disposição sobre a contagem de prazo em dias úteis.

Existe uma corrente expressiva na comunidade jurídica que entende pela inconstitucionalidade do referido dispositivo por representar uma violação ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Tal posição fora consignada em entendimento da Sexta Turma do TST que, inclusive, virou notícia em sua página oficial (BRASIL, 2019). Ficou determinada, de toda forma, a remessa do caso ao Pleno para julgamento quanto à constitucionalidade do dispositivo.

A questão é controversa. Há julgadores que condenam ao pagamento de honorários, há aqueles que vedam a condenação em honorários nos casos de concessão de gratuidade e há, enfim, aqueles que simplesmente vedam a condenação em honorários em qualquer situação.

Com isso, se inicia uma rediscussão quanto ao enquadramento dos honorários advocatícios no ordenamento jurídico brasileiro.

O ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DOS HONORÁRIOS

O acesso à justiça é, indubitavelmente, uma das garantias basilares de todo cidadão. Marinoni (2018, p. 732) cita Rui Barbosa ao explicar a história dessa garantia ao afirmar que onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça. O primeiro dispositivo legal que assegurou expressamente a garantia de acesso à justiça foi o Código Civil de 1916, em seu art. 75, ao prever que “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura” (BRASIL, 1916). Marinoni ainda esclarece que grande parte das Constituições estrangeiras garantem de forma expressa o direito à tutela jurisdicional.

De seus comentários é especialmente interessante destacar sua abordagem quanto à vedação da imposição de óbices ao exercício do direito de ação. Assim comenta:

[...] o legislador também não pode impor óbices ao exercício do direito de ação, pois isto configura exclusão da apreciação jurisdicional, ainda que de forma indireta. Através da imposição de óbices não se objetiva, em regra, impedir a discussão de determinada e específica matéria, afetando-se apenas determinada posição que seria dependente do cumprimento de um encargo, sem que esta posição possa ser relacionada com uma espécie de situação de direito substancial em particular (MARINONI, 2018, p. 735).

Os honorários advocatícios, nessa linha, não obstaculariam diretamente o manejo de reclamações trabalhistas, mas imporia um risco inevitável de perda em caso de uma sucumbência recíproca, já que o advogado da parte requerida poderia descontar seus honorários da quantia a ser paga à parte requerente. Tal risco, que pairaria inclusive sobre eventual ação futura perante outro Juízo, inibiria o trabalhador, que possui uma inevitável presunção de hipossuficiência perante o empregador, na busca por seus direitos por meio do Poder Judiciário.

De fato, o risco é inegável, com o texto tal como posto. Poder-se-ia conjecturar quanto ao eventual resultado do julgamento da arguição de constitucionalidade sobre o assunto, mas não seria mais do que especular, ao menos por ora.

Há elementos, no entanto, que permitem uma perspectiva mais clara sobre este risco. De fato, sobre o papel do risco no ordenamento jurídico.

Já se adianta que não é exatamente o mesmo de um jogo.

Em um cassino, por exemplo, o ganho é proporcional ao risco, às probabilidades de vitória. Citando, a título de fundamentação, o sítio eletrônico *Apostagolos.com* (2019), ao ler sobre a roleta, são trinta e sete números possíveis, dezoito vermelhos e dezoito pretos, sendo que um deles é o zero, verde, com derrota automática do apostador neste caso. É possível apostar desde o Pleno, onde se indica que um determinado número vá sair, até a cor que sairá. No primeiro caso, a chance de ganhar seria de apenas 2,7% (1:37), mas o ganho é expressivamente maior que no segundo caso, onde a chance de ganhar é de 48,65% (18:37). Se é mais fácil ganhar, portanto, paga menos.

O risco no processo não possui a função de regular o ganho. Uma ação potencialmente temerária não necessariamente condena mais a outra parte do que uma ação bem fundada.

Provavelmente nenhum diploma jurídico é mais eficiente para explicar a questão do risco e sua relação com o acesso à justiça do que o CPC de 2015, atualmente vigente. Consta inclusive em sua exposição de motivos (BRASIL, 2015, p. 25) que possui claro potencial de gerar um processo mais célere e mais justo, porque mais próximo às necessidades sociais e menos complexo. Sobre essa questão de complexidade, a Comissão de Juristas que assina a exposição acertou em explicar que isso seria um passo decisivo para afastar os obstáculos mais recorrentes justamente ao acesso à justiça, dentre eles, a elevada duração do processo¹⁷.

E os honorários de sucumbência representam um dos elementos para tanto. Uma das primeiras doutrinas que abordaram tal questão fora a de Teresa Arruda Alvim Wambier, com o sugestivo nome de *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (WAMBIER *et al*, 2016, p. 133-134), ao discutir a sucumbência recursal, inexistente no Códice anterior. Até pela maneira que acompanhou a sua tramitação, explana a dupla finalidade desta modalidade de sucumbência: tentar impedir recursos infundados e meramente protelatórios, eis que a parte que manusear recursos desnecessariamente sofrerá imposições pecuniárias adicionais; e remunerar gradativamente o trabalho do advogado. Possui, assim, um caráter duplice: punitivo e remuneratório.

Mais adiante, acrescenta Wambier que a Redação do Senado Federal era ainda mais enfática quanto ao caráter punitivo ao considerar que a sucumbência recursal era aplicável

¹⁷ É interessante ressaltar o papel do decurso do tempo no processo. Uma das demonstrações disso está justamente na tutela de evidência. Em interessante artigo denominado *Tutela dos direitos patrimoniais mediante tutela de evidência*, Augusto Passamani Bufulin e Diego Crevelin de Sousa explicam que a tutela provisória de evidência é uma técnica de redistribuição adequada do ônus do tempo do processo. Naturalmente se depreende que a demora é um ônus e, com isso, o prolongamento desnecessário da lide traz imensuráveis prejuízos à parte, não apenas sob um prisma material, como também no próprio sentimento de justiça. Regular o ônus do tempo é, então, papel importante não apenas da norma, como também do próprio Poder Judiciário, que administra a sua interpretação.

quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitisse ou negasse, por unanimidade, provimento ao recurso interposto.

Entendimento semelhante adota Misael Montenegro Filho em seus comentários (2018, p. 113) ao afirmar que a fixação de honorários advocatícios em sede recursal possui o claro propósito de desestimular a interposição de recursos pelo vencido, diante do risco de elevação da verba honorária.

O risco, nesse caso, deve ser contado não como um potencial de maior ganho conforme o risco, não é um ponto diretamente proporcional. Processualmente falando, funciona como uma maneira de punir a parte que pretende, deliberadamente, abusar da distribuição do ônus do tempo do processo para retardar seu fim.

E a finalidade disso é, justamente, garantir o acesso à justiça.

Paradoxalmente, um instrumento de garantia de acesso à justiça, por conta da inserção do fator de risco em persistir com o processo, é questionado por ser um alegado obstáculo a esse mesmo acesso à justiça.

Uma leitura do Relatório da Comissão Especial da Câmara de Deputados sobre a Reforma Trabalhista apenas evidencia este caráter de mensuração do risco:

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

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

Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho (BRASIL, 2017, p. 69).

O risco desestimula a lide temerária e a aventura jurídica. Isso é uma percepção comum. Não por acaso, em muitos países, o acesso ao Poder Judiciário é deliberadamente caro, justamente para desestimular seu uso. E não se percebe, ao menos por aqui, qualquer questionamento quanto ao acesso à justiça nestes lugares.

No relatório supracitado, ainda consta (BRASIL, 2017, p. 70) que o estabelecimento do sistema de sucumbência coaduna com a boa-fé processual, retirando o processo trabalhista da posição administrativista, vista como ultrapassada, e aproximando-o dos demais ramos processuais, com a observação da teoria da causalidade.

De fato, um olhar sobre o processo civil ordinário revela que tantas outras causas igualmente sensíveis possuem condenação em honorários sem quaisquer problemas, como o caso da ação de alimentos. Obviamente, a verba ali discutida é alimentar. Se é possível, teoricamente, para o advogado penhorar a remuneração do executado em uma ação destas para receber seus honorários, por que a verba alimentar trabalhista seria mais importante?

O argumento basilar para defender a inconstitucionalidade da cobrança de honorários advocatícios, como forma de compensação no caso de uma eventual indenização a ser percebida pela parte vencedora, é o obstáculo ao acesso à justiça.

Ou seja: o risco de uma condenação coibiria a parte interessada de acionar o Poder Judiciário.

Essa discussão arrisca criar uma hierarquia entre verbas alimentares. Se admitida a inconstitucionalidade do referido parágrafo, entender-se-á que os honorários advocatícios são verbas de segundo escalão, em contrariedade à Súmula Vinculante nº 47 do STF. Ou que as verbas alimentares decorrentes da Justiça do Trabalho são superiores às outras.

Como diversos outros institutos, o mais elementar seria o processo civil comum receber esta mudança, não ela ser anulada do processo trabalhista. Seria o mais coerente, considerado o fato de que todas as verbas alimentares possuem, até uma nova disposição legal estabelecer diferentemente, o mesmo grau hierárquico. Se houve uma sucumbência recíproca e a parte protegida pela gratuidade da justiça receberá uma indenização, por que não usar parte deste valor para arcar com os honorários do advogado, que também são verbas tão alimentares quanto as dele, talvez mais?

Uma vez que a Justiça do Trabalho, cuja função precípua é garantir a dignidade dos trabalhadores, que se debruça atualmente sobre a questão, é esperado um amplo debate, bem como sobre suas implicações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se tem algo que pode ser tido por certo no Direito é que nenhum direito é absoluto. Qualquer um deles possui algum tipo de exceção que o mitiga em algum grau. O direito à vida, por exemplo, pode ser mitigado em caso de legítima defesa, assim como o direito à propriedade pode ser afastado pela usucapião. O que se percebe é a presença da ponderação, a busca por um equilíbrio na aplicação da principiologia constitucional. Uma vida não vale mais do que a outra, o que justifica a legítima defesa. A inobservância da função social da propriedade pode provocar a perda da mesma.

A garantia de acesso à justiça é um direito essencial. Toda causa pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário. Ainda assim, como qualquer outro direito, é passível de abuso, com a conseqüente necessidade de ponderar.

As estatísticas falam por si. Comparando os dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ concernentes ao assunto mais demandado perante a Justiça do Trabalho, *rescisão do contrato de trabalho/verbas rescisórias*, houve uma queda de 35,85% no número de pleitos sobre o assunto entre os anos de 2017 (BRASIL, 2018) e 2018 (BRASIL, 2019)¹⁸. Algum efeito

¹⁸ Mais precisamente, foram 5.847.967 pedidos relacionados à *rescisão de contrato de trabalho e verbas rescisórias* no ano de 2017 e 3.750.967 em 2018. É uma queda significativa, mas não demasiadamente brusca ao ponto de significar, por si só, algo ruim.

teve. Obviamente ainda é muito cedo para uma avaliação conclusiva sobre o impacto dos honorários advocatícios e da reforma como um todo para o sistema.

Não restam dúvidas na atualidade de que honorários advocatícios sucumbenciais são verbas alimentares, resultantes do trabalho de um profissional liberal. Tal posicionamento está cristalizado na Súmula Vinculante nº 47 do STF, de maneira que o TST não poderá ignorar tal perspectiva quando do julgamento da constitucionalidade do §4º do art. 791-A da CLT. Reforça-se: não há, na norma, qualquer tipo de hierarquia entre honorários advocatícios e quaisquer outras verbas alimentares.

Também não restam dúvidas de que a possibilidade de penhora em contas salariais para fins de pagamento de honorários não obstruiu o acesso à justiça na esfera cível ordinária. Nem mesmo em ações de alimentos se noticiou tal fato. É matéria há muito superada. A compensação de dívidas é perfeitamente admissível pelo Código Civil, e não se vê qualquer óbice ao caso de verba alimentar, como as verbas rescisórias.

Independentemente do resultado, a discussão certamente chegará ao STF.

Algumas coisas, todavia, já podem ser afirmadas. Uma delas concerne ao fator risco. A simples inserção do fator risco ao ajuizar uma reclamação trabalhista reduziu sua quantidade em trinta por cento. Matéria veiculada pelo Grupo Jovem Pan ecoa conclusão semelhante, com base em dados fornecidos pelo TST, concernente ao ano-base de 2019¹⁹ (JOVEM PAN, 2019).

Outra, igualmente importante, é que a discussão no TST não poderá ignorar as consequências jurídicas de criar uma hierarquização entre as verbas alimentares, algo que já fora rechaçado anteriormente tanto pelo STF quanto pelo STJ. Embora não haja hierarquia entre STJ e TST, o respeito a precedentes anteriormente firmados, mesmo que não vinculantes, é recorrente em sistemas jurídicos com maturidade.

Um dos elementos basilares do desestímulo à prática de atos ilícitos é justamente o risco da sanção. Por exemplo, uma reclamação trabalhista com potencial provento financeiro em cem mil reais resultaria em honorários sucumbenciais de cinco a quinze mil reais a serem pagos ao advogado da parte vencedora. Não é uma quantia desprezável. Estimula a conciliação, o cumprimento espontâneo da obrigação.

Expressiva parte dos sistemas jurídicos de países desenvolvidos adotam estruturas judiciais deliberadamente caras, justamente para inserir o risco enquanto elemento de responsabilidade. Sua demanda é justa? Vale a pena acionar o Poder Judiciário por ela? Vale a pena deixar essa discussão chegar ao Juízo?

¹⁹ Consta da referida matéria, dentre outras coisas, que “Dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) mostram que o número de processos na 1ª instância da Justiça do Trabalho caiu 32% após a reforma trabalhista. Entre janeiro e outubro de 2017, as varas do trabalho de todo país tinham 2,2 milhões de ações em andamento. No mesmo período em 2019, o total de processos recuou para 1,5 milhão. Na avaliação de especialistas, essa redução se deu, principalmente, a regra criada pela Reforma, que obriga a parte vencida a pagar os honorários do advogado da outra parte. Os chamados ‘honorários de sucumbência’ não eram cobrados do trabalhador antes. Além disso, a nova legislação pode obrigar o empregado a pagar os custos do processo, o que acaba desestimulando recursos judiciais, muitas vezes infundados. Muitos advogados têm recomendado ao trabalhador que relate o máximo de detalhes que possam comprovar o desrespeito as [sic] regras trabalhistas”.

Não se vislumbra, francamente, a inconstitucionalidade alegada. Apenas a lei pode criar essa hierarquia, já que, sob um aspecto de fundamento, não faz qualquer sentido. Seria admitir que um advogado atuante é um profissional inferior aos outros, vez que sua remuneração recebe proteção inferior à de qualquer outro ofício que possa ser discutido em sede trabalhista.

O acesso à justiça deve ser livre, mas não irresponsável. E o risco é, provavelmente, o melhor elemento para lembrar da necessidade de ser consciencioso com tão precioso direito.

REFERÊNCIAS

APOSTAGOLOS. Os Jogos de Cassino com as Melhores Probabilidades de Ganhar. Disponível em: <<https://apostagolos.com/os-jogos-de-casino-com-as-melhores-probabilidades-de-ganhar>>, acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que "altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>, acesso em 23 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>, acesso em 07 dez. 2019.

_____. _____. Justiça em Números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>, acesso em 07 dez. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5. out. 1988. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>, acesso em 25 out. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Coleção das Leis do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>, acesso em 08 nov. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>, acesso em 25 out. 2019.

_____. Exposição de Motivos. In: BRASIL. Senado Federal. Código de Processo Civil e normas correlatas. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>, acesso em 28 nov. 2019.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>, acesso em 26 nov. 2019.

- _____. Lei nº 4.632, de 18 de maio de 1965. Altera o art. 64 do Código de Processo Civil (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939). Diário Oficial da União, Brasília, 20 mai. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4632.htm>, acesso em 08 nov. 2019.
- _____. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 29 jun. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm>, acesso em 08 nov. 2019.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>, acesso em 20 nov. 2019.
- _____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Brasília, 05 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>, acesso em 08 nov. 2019.
- _____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>, acesso em 22 nov. 2019.
- _____. Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11033.htm>, acesso em 22 nov. 2019.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>, acesso em 22 nov. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial 706.331 Paraná. Eleonora Schutta e outros, Estado do Paraná. Redator do acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros. Publicado no DJe em 31 mar. 2008.
- _____. _____. Jurisprudência em Teses nº 77: Alimentos II. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>, acesso em 09 dez. 2019
- _____. _____. Jurisprudência em Teses nº 129: Dos Honorários Advocatícios – II. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>, acesso em 09 dez. 2019
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 146.318 São Paulo. Estado de São Paulo e Manoel Pires de Campos. Redator do acórdão: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJe em 04 abr. 1997.

- _____. _____. Recurso Extraordinário 564.132 Rio Grande do Sul. Estado do Rio Grande do Sul e Rogério Mansur Guedes. Redator do acórdão: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJe em 10 fev. 2015.
- _____. _____. Súmula Vinculante 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>>, acesso em 30 out. 2019.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Pleno do TST vai examinar constitucionalidade de dispositivo da Reforma Trabalhista sobre honorários. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/pleno-do-tst-vai-examinar-constitucionalidade-de-dispositivo-da-reforma-trabalhista-sobre-honorarios?inheritRedirect=false>, acesso em 03 dez. 2019.
- _____. _____. Recurso de Revista 3.920/1981. Banco do Comércio e Indústria de São Paulo e outras, e Bazileo Alves Margarido Filho. Redator do acórdão: Min. Coqueijo Costa. Publicado no DJU em 24 jun. 1983.
- _____. _____. Súmula 219. Publicado no DJU em 19 set. 1985. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/25636>>, acesso em 30 out. 2019.
- BUFULIN, Augusto Passamani; SOUSA, Diego Crevelin. Tutela dos direitos patrimoniais mediante tutela de evidência. In: REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL. V. 26. N. 102. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- JOVEM PAN. Processos trabalhistas despencam após mudança na CLT. Disponível em: <<https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/processos-trabalhistas-despencam-apos-mudanca-na-clt-diz-levantamento.html>>, acesso em 20 jan. 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SALLES, Tatiana. Honorários advocatícios. Evolução histórica, atualidades e perspectivas no projeto do novo CPC. In: RIO DE JANEIRO. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Revista Eletrônica de Direito Processual. V. 9. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/597/showToc>>, acesso em 27 set. 2019.
- PORTUGAL. Alvará do 1º de agosto de 1774. Ordenando a exacta observância das Leis de 25 de Junho de 1760 e de 9 de setembro de 1762 acerca de heranças. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4pa1063.htm>>, acesso em 17 nov. 2019.
- _____. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>, acesso em 17 nov. 2019.
- SANTOS FILHO, Orlando Venâncio. O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade. In: BRASIL. Senado Federal. Revista de Informação Legislativa.

v. 137, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496869>>, acesso em 23 out. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coords.), Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.