

REFORMA TRABALHISTA EM RÁPIDAS ANÁLISES PARA ADVOGADOS

Paulo Sérgio Basílio

– Advogado. Formado na Universidade Mackenzie Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho do Centro de Extensão Universitária – CEU e Pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UniSal. E-mail: paulobasilio2008@hotmail.com

Sumário:

1. Introdução; 2. Direito Intertemporal; 3. Da possibilidade de concertos entre as partes sem a direta intervenção do Poder Judiciário; 3.A. Instituição de Cláusula Compromissória; 3.B. Termo de quitação anual no sindicato; 4. Contagem de prazo – dias úteis; 5. Custas e despesas processuais; 6. Justiça gratuita; 7. Do pagamento das custas em caso de ausência do Autor na audiência; 8. Dos honorários periciais; 9. Dos honorários advocatícios; 10. Da sucumbência recíproca e o valor da causa; 11 Poder geral de cautela, de cuidado!; 12. Da litigância de má-fé – dano processual; 13. Do ônus da prova; 14. Preposto não precisa ser empregado; 15. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que a reforma trabalhista, instituída pela Lei 13.467/2017, com início de vigência a partir do dia 11/11/2017, alterou mais de 100 artigos da CLT, além da lei nº 6.019/1974 e da lei previdenciária nº 8.212/1991 e, logo em seguida, mal entrou em vigor, foi alterada, parcialmente, pela Medida Provisória nº 808, em 14/11/2017.

Assim, em função da incipiente legislação, onde tudo, nestes seus primeiros meses de vigência, ainda há certas perplexidades e surpresas na sua aplicação, vamos tratar de alguns temas de interesse imediato dos advogados.

Para uma primeira reflexão e análise para advogados, em voo de pássaro, e dentro do tempo que me foi concedido e desde já agradecendo a oportunidade de participar deste ciclo de debates diante de seletos grupo de advogados, passamos, sem mais delongas a alguns tópicos que mais interessam à esta iminente classe profissional, limitados aos aspectos processuais que reputei mais urgentes e pungentes.

2- DIREITO INTERTEMPORAL

A primeira questão a ser deslindada é saber se a aplicação da lei nº 13.467/2017, se aplica imediatamente. Para uma resposta rápida, devemos aplicar o artigo 14 do CPC, supletivamente (artigo 765, da CLT):

“A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Desta forma, as modificações provenientes da Reforma Trabalhista já alcançam os processos em curso, pela adoção da teoria do isolamento dos atos processuais.

Assim, atos processuais a serem praticados pelos operadores do direito trabalhista, a partir de 11/11/2017, deverão obedecer às novas previsões e aos requisitos previstos na Lei nº 13.467/2017, em atendimento, inclusive, ao princípio da não surpresa (art. 10, do CPC/15), *ex vi*:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Assim também entendem os doutos doutrinadores Thereza Nahas, Leone Pereira e Raphael Miziara, quando na apreciação dos artigos 912 e 915, ambos da CLT, assim concluíram:

“A *vacatio legis* da Reforma Trabalhista é de 120 dias contados de sua publicação oficial – 14.07.2017 (art, 6º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017). De fato, as novas regras terão efeito imediato aos processos em curso (art. 6º da LINDB – Teoria do Efeito Imediato ou da Eficácia Imediata), não podendo retroagir prejudicando os atos jurídicos processuais perfeitos (art. 5º, XXXVI, da CF/1988).” *In* CLT Comparada Urgente / Thereza Nahas, Leone Pereira e Raphael Miziara. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 591.

Logo, aos processos ajuizados antes de 11/11/2017, não se lhes aplicarão alguns dos novos requisitos da novel lei trabalhista, como por exemplo, a necessidade de os pedidos serem certos, determinados e com a indicação do seu valor (atual artigo 840, § 1º, da CLT), pois, quando da distribuição da ação, este requisito não era exigido, não podendo a lei retroagir para alcançar situação pretérita e que já cumpriu a sua finalidade, sob a égide da lei anterior.

Não obstante, temos notícias de extinção de processos, sem resolução de mérito (artigo 840, § 3º, da CLT), que não deduziram pedidos de maneira certa, determinada e com a indicação de seu valor, ou, em alguns outros casos, houve a determinação da emenda da petição inicial para a adequação e obediência aos novos requisitos.

Em ambos os casos, repita-se, as ações distribuídas anteriores à entrada em vigência da reforma trabalhista. O que não me parece adequado, já que a lei não pode retroagir e a parte não pode ser pega de surpresa, com a observância de requisitos que não existiam quando da distribuição de sua ação. Deve-se, portanto, respeitar, no caso, a fase postulatória já implementada (artigo 14, do CPC).

Deve-se aplicar, no caso, ainda, o artigo 4º, do CPC, que adota o princípio da primazia da decisão de mérito, ao estabelecer que:

“Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

3- DA POSSIBILIDADE DE CONCERTOS ENTRE AS PARTES SEM A DIRETA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Os legisladores reformistas estão querendo limitar a atuação do Poder Judiciário nas lides trabalhistas.

3-A- INSTITUIÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Para tanto, no artigo 507-A, da CLT, possibilitaram aos empregados que ganhem remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de previdência Social (hoje no valor de R\$ 11.062,62 = R\$ 5.531,31 X 2), a instituição, pactuada (desde que por iniciativa do empregado ou por sua expressa concordância), de cláusula compromissória de arbitragem, para a escolha de árbitros para dirimirem o conflito que venha a surgir na relação entre empregado e empregadores, sendo a Lei nº 9.307/1996.

Questão antiga que deverá ser objeto de análise é se na seara trabalhista se admite a instituição de arbitragem para a apreciação de direitos indisponíveis, como é a maioria dos direitos trabalhistas, sendo que a remuneração percebida pelo empregado não muda, em tese, esta característica e realidade dos créditos existentes e advindos da relação de emprego, por exemplo.

3-B- TERMO DE QUITAÇÃO ANUAL NO SINDICATO

Outra previsão neste sentido, visando, ainda, desafogar o Poder Judiciário, foi a possibilidade de empregadores e empregados, facultativamente, na vigência ou não do contrato de trabalho, firmarem perante o sindicato dos empregados, **termo de quitação anual de obrigações trabalhistas**, com discriminação das obrigações de dar e de fazer cumpridas mensalmente, com eficácia liberatória das parcelas nele específicas (artigo 507-B, da CLT), numa espécie de prestação de contas.

O Professor Homero nos lembra que: “a quitação gradual das parcelas trabalhistas não é inédita no direito brasileiro. Houve semelhante experiência,

restrita ao âmbito do trabalho rural, prevista pelo art. 223 da CF. O artigo viria a ser revogado pela EC 28/2000 e não chegou a ter desenvolvimento teórico suficiente.”

E, mais adiante, alerta o sobredito mestre para a dificuldade de se entender que este acerto/concerto anual, “com eficácia liberatória”, impedirá que o Poder Judiciário aprecie as matérias ventiladas no termo de quitação anual, como ocorreu, por exemplo, nos acordos extrajudiciais perante as malfadadas Comissões de Conciliação Prévia (CCP – Art. 625-D, da CLT). *In* Silva, Homero Batista Mateus da – Comentários à Reforma Trabalhista – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 100/101, itens 1 e 3.

Após estas explanações de caráter preliminar, se o litígio chegar ao Poder Judiciário, deverão, no aspecto processual, ser verificados os seguintes pontos e questões.

4- CONTAGEM DE PRAZO – DIAS ÚTEIS

Uma das melhores notícias, ao menos aos advogados trabalhistas, em relação à reforma foi a contagem de prazo em dias úteis, e não mais em dias contínuos, como era antes da novel lei (artigo 775, da CLT). O que pode significar um maior tempo aos causídicos na elaboração dos prazos, como é no processo civil (artigo 219, do CPC).

Mas, não é demais trazer à colação, mais uma vez, os ensinamentos do magistrado Homero, no sentido de que a “A nova redação do art. 775 faz lembrar, corretamente, que a contagem em dias úteis diz respeito unicamente aos prazos processuais, ‘neste título’, de modo que continuam a ser contados em dias corridos os prazos do direito material do trabalho, como o gozo das férias (art. 130), o aviso prévio (art. 487) ou a data limite para o pagamento das verbas rescisórias (art. 477).” Obra citada, págs. 133/134, item 1).

5- CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

Em relação às custas processuais, incidentes tradicionalmente sobre o percentual de 2% (artigo 789, da CLT), com o mínimo de R\$ 10,64, que permanece, e, antes, sem limite, agora, com a nova redação proveniente da lei 13.467/2017, passa a ser de no máximo quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime da Previdência Social, atualmente na ordem de R\$ 22.125,24 (4X R\$ 5.531,31).

Vale mencionar que não há que se falar em sucumbência parcial para efeito de pagamento de custas, pois, sendo o Autor vencedor de um único pedido, as custas ficarão a cargo da parte perdedora, integralmente.

Para o Magistrado aposentado Francisco Antonio de Oliveira, aqui, o legislador deveria ter reconhecido a mesma reciprocidade que adotou em relação ao pagamento dos honorários advocatícios em caso de sucumbência parcial, ao

asseverar que: “Hoje o autor pede 100, se ganhar 10, não paga custas sobre os 90. Na verdade, o autor poderá pedir o que bem entender, sem correr riscos, salvo se perder tudo.” *In* Oliveira, Francisco Antonio de – Reforma Trabalhista : Comentários à Lei nº 13.467/2017 – São Paulo : LTr, 2017, p. 81.

6- JUSTIÇA GRATUITA

Em relação ao **pedido de justiça gratuita** (artigo 790, da CLT), o que antes da reforma, tradicionalmente só se exigia para a sua concessão (a requerimento ou de ofício, na primeira instância ou perante o Tribunal, valendo se destacar que o CPC – art. 99, em tese não permite a concessão de ofício) era a declaração de insuficiência de recursos para o pagamento das custas, assinada pelo próprio interessado ou por seu advogado (desde que com poderes para tanto) e percepção de 02 salários mínimos (hoje em R\$ 1.874,00 = 937,00 X 2).

Para a sua concessão, **agora**, se concede nas hipóteses de: (a) requisito objetivo (§ 3º): percepção de salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos Benefícios do Regime Geral da Previdência Social (hoje no importe de R\$ 2.212,52); (b) requisito subjetivo (§ 4º): mediante comprovação de insuficiência de recurso para pagamento das custas do processo.

Neste sentido, deve-se verificar a recente Súmula nº 463, do TST:

Súmula nº 463 - **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO** –
I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

Verifica-se, pela redação da Súmula nº 463, do C, TST, que a pessoa jurídica poderá ser, também, beneficiária da justiça gratuita, mas, para tanto, deverá comprovar cabal e documentalmente, a impossibilidade de arcar com as despesas do processo.

7- DO PAGAMENTO DAS CUSTAS EM CASO DE AUSÊNCIA DO AUTOR NA AUDIÊNCIA

Vale destacar que a reforma trouxe mais uma novidade para o processo do trabalho ao estabelecer que, em caso de ausência injustificado do reclamante à audiência, haverá a condenação de custas, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de 15 (quinze) dias, que a sua ausência ocorreu por motivo legalmente justificável (artigo 844, § 2º, da CLT), sendo que o pagamento destas custas são condições para a propositura de nova demanda (artigo 844, § 3º, da CLT).

Aqui, verifica-se mais um empecilho ao acesso ao Poder Judiciário, que, inclusive, está sendo objeto de Adin proposta pela (PGR) Procuradoria Geral do

Estado (ADIN nº 5766, distribuída em 18/08/2017, sob a relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso).

8- DOS HONORÁRIOS PERICIAIS

O **pagamento dos honorários periciais**, na esfera judicial trabalhista, que, antes da reforma era tradicionalmente arcada pelo vencido no objeto da perícia, médica (doenças ocupacionais) ou para a apuração de insalubridade e periculosidade, **exceto se beneficiário da justiça gratuita** (artigo 790-B, da CLT), hipótese em que a União ficava encarregada deste ônus.

Agora, a nova redação do artigo 790, da CLT, prevê o pagamento deste encargo pela parte sucumbente no objeto da perícia, **ainda que o vencido seja beneficiário da justiça gratuita**.

O valor dos honorários periciais a ser fixado, deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), hoje no importe de R\$ 1.000,00 (§ 1º), segundo o artigo 3º, da Resolução nº 66/2010, do CSJT; podendo este valor ser parcelado (§ 2º).

Foi positivado, outrossim, que não se pode exigir o adiantamento de valores para a realização de perícias, o que a jurisprudência já vinha acolhendo, em sede de MS (§ 3º), consoante a OJ nº 98, da SDI-II, do TST. Mas, segundo a previsão do parágrafo único, do artigo 6º, IN 27/2005, ainda são cabíveis a antecipação de honorários periciais nas lides que não se referirem a relação de emprego (ou seja, nas relações de trabalho, decorrentes da amplitude da competência do Trabalho originada da EC 45/2004).

Agora, somente a União responderá por este encargo caso o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a antedita despesa (§ 4º).

A PGR, por meio da sobredita ADIN nº 5766, visa afastar a incidência deste artigo, que, na sua ótica, também restringe o direito constitucional de amplo acesso à jurisdição e assistência judiciária integral aos necessitados.

9- DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em relação **aos honorários advocatícios**, creio, que este é um assunto de grande interesse na área trabalhista, já que regulamenta de forma inédita esta questão, atendendo antiga reivindicação dos causídicos laboristas.

Isto acabou ocorrendo com a previsão do novo artigo 791-A, que prevê a possibilidade da fixação de honorários advocatícios, mesmo em caso de atuação do advogado em causa própria ou em defesa de terceiros, ainda que contra a Fazenda Pública e em caso de reconvenção, entre o mínimo de 5% e 15% (dependendo do zelo, do lugar da prestação do serviço, na natureza e

importância da causa, do grau de dificuldade, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço), sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico, ou do valor atualizado da causa, não sendo possível mensurar o proveito econômico.

Entretanto, o que foi, num primeiro momento, motivo de alegria, numa leitura mais atenta, foi motivo de preocupação, já que o legislador deu com uma mão e recolheu com outra.

Explico: não obstante a possibilidade de fixação de honorários de sucumbência fixou, também que, em caso de procedência parcial, o juízo arbitrarão honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários (artigo 791-A, § 3º).

Mas, não é só. O parágrafo 4º, do mesmo artigo 791-A, da CLT, previu, igualmente (a exemplo do que já fizera no caso de pagamento de honorários periciais - § 4º, do artigo 790-C, da CLT), a possibilidade de se cobrar dos beneficiários da justiça gratuita (Reclamante e Reclamado) esta despesa processual, no processo ou em outro que eventualmente tenha algum crédito, ficando a exigibilidade em condição suspensiva durante 02 anos, quando, não comprovando o credor modificação das condições de insuficiência de recursos, extingue-se a possibilidade de execução deste título.

Vale ressaltar que a já mencionada ADIN nº 5766 da PGR, também visa atacar a redação dada ao artigo 790-A, § 4º, da CLT, na nova redação que lhe fora dada pela reforma trabalhista.

10- DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E O VALOR DA CAUSA

A sucumbência recíproca ocorre quando, na mesma demanda tem-se vencedor e vencido, quando ocorre, em regra, a distribuição dos ônus do processo.

Aqui, deve-se ressaltar que a improcedência de pequena parte do pedido (de acordo com cada pedido e não de seu valor), não haverá a condenação em honorários da parte vencedora, mesmo que vencida parcialmente, em honorários advocatícios, a exemplo do que já ocorre com as custas processuais, como já analisado acima, nos moldes do artigo 86, do CPC:

“Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

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

Vale ressaltar, neste passo, que, havendo sucumbência mínima, não há que se falar em sucumbência parcial e muito menos recíproca, como se pode exemplificar com a hipótese de pedido de **indenização por danos morais**, o

não acolhimento do valor respectivo atribuído pelo Reclamante à causa ou ao pedido e o acolhimento em valor menor, segundo o entendimento do STJ por meio da Súmula nº 326:

“Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

E, isto porque, o título ou a questão levada à apreciação jurisdicional pleiteado foi acolhido, só não no valor requerido/sugerido, o que não implica em procedência parcial.

Este raciocínio, creio, deverá ser seguido para a apreciação, julgamento e condenação em honorários advocatícios quando da apreciação de outros títulos ou questões ou mesmo matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Deveras, não obstante seja exigência do § 1º, do artigo 840, da CLT, que o pedido deva ser certo e determinado e com a indicação de seu valor, isto não implica que, uma vez indicando o valor, fique o Juízo limitado ao mesmo (já que na fase de conhecimento, o valor lançado é apenas estimativo, tornando-o certo somente na fase de liquidação de sentença, ou seja: em fase diversa e subsequente).

Neste sentido, colaciona-se entendimento do jovem e brilhante juiz e doutrinador Mauro Schiavi:

“A lei não exige que o pedido esteja devidamente liquidado, com apresentação de cálculos detalhados, mas que indique o valor.

De nossa parte, não há necessidade de apresentação de cálculos detalhados, mas que o valor esteja justificado, ainda que por estimativa. Isso se justifica, pois o empregado, dificilmente, tem documentos para cálculo de horas extras, diferenças salariais, etc. Além disso, muitos cálculos demandam análise da documentação a ser apresentada pela própria reclamada.” *In* A Reforma trabalhista e o processo do trabalho : aspectos processuais da Lei n. 13.467/2017. – 1ª ed. – São Paulo : LTr Editora, 2017, p. 94.

É dizer: este valor é apenas indicativo do título requerido e discutido em Juízo, por exemplo, no caso de pedido de horas extras, que, somente com a sentença se poderá saber quantas horas extras foram deferidas, para, aí, sim, se poder apurar o valor exato devido, com todas as suas repercussões e reflexos, não se podendo, neste caso, se falar, em limitação ao valor indicado (já que não se poderá falar em julgamento extra petita, se por exemplo, se verificar que o valor apontado na exordial é menor do que o realmente devido) e, ainda, em sucumbência, quer parcial, quer recíproca, para efeito de incidência dos honorários advocatícios.

Repita-se, a sucumbência deverá observar o acolhimento ou não de cada título e não sobre o valor a ser deferido em relação ao mesmo título ou verba trabalhista postulada, que não pode se limitar ao valor estimativamente indicado na petição inicial.

Bem por esta razão concluímos com o entendimento de Mauro Schiavi, na obra acima citada, página 84 ao afirmar que:

“d) sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários: De nossa parte, a sucumbência a justificar honorários advocatícios ao reclamado tem que ser de improcedência total dos pedidos, ou de alguns destes. Por exemplo, o reclamante formulou os pedidos A, B, C, D, mas sucumbiu em parte no pedido A, que se refere a horas extras, já que a jornada acolhida pelo juízo foi inferior à declinada na inicial, não haverá sucumbência recíproca a justificar honorários advocatícios ao reclamado.”

Bem por esta razão, “...a sucumbência recíproca deverá ser vista com muita sensibilidade pelo Judiciário Trabalhista de modo a não obstar a missão histórica da Justiça Trabalhista que é facilitar o acesso à Justiça ao trabalhador.” (*In obra citada, pág, 85*).

Dentro deste contexto, o eminente doutrinador e magistrado trouxe o entendimento de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo, obtido no artigo por eles inscrito e publicado no site do primeiro autor, intitulado *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*, de onde extraímos pequeno excerto:

“E, ainda, que os honorários fixados para o advogado da empresa deverão ser de 5%, enquanto aquele a ser reconhecido ao patrono do trabalhador deverá observar o patamar máximo de 15%, em razão da objetiva diferença na capacidade econômica das partes.” (*In obra citada, pág, 86*).

O que se pode cogitar, em atendimento ao princípio protetor, é a utilização do mesmo critério utilizado para o pagamento das custas, onde, o Autor seja vencedor, mesmo que em parte mínimo dos pedidos, não arcará com nenhum valor a título de custas. O que poderá ser levado a efeito aqui, em obediência, também, ao princípio do amplo acesso à justiça.

Por fim, em relação à nova previsão de que na petição inicial deve o Autor lançar pedido certo, determinado e com a indicação do seu valor, incluído no § 1º, do artigo 840, da CLT, apoiamos o correto entendimento de Luciano Martinez, quando assevera que:

“É bom notar que, a despeito de todo o rigor do dispositivo, se admite, na forma da legislação processual, antes da sumária extinção do processo, seja dada à parte demandante a oportunidade de emendar ou completar a inicial, na forma do art. 321 do CPC/2015, de aplicação subsidiária. Segundo o referido

dispositivo processual civil, o juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos impostos por lei ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Assim, decerto, também deverá acontecer no processo do trabalho.” *In* Reforma trabalhista – entenda o que mudou : CLT comparada e comentada / Luciano Martinez – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 220.

E foi exatamente o que se acabou decidindo com a edição atualizada da Súmula 263, do C. TST, devido o novo CPC:

Súmula nº 263 do TST

PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. INSTRUÇÃO OBRIGATÓRIA DEFICIENTE (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016

Salvo nas hipóteses do art. 330 do CPC de 2015 (art. 295 do CPC de 1973), o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em 15 (quinze) dias, mediante indicação precisa do que deve ser corrigido ou completado, a parte não o fizer (art. 321 do CPC de 2015).

Assim, não se deve extinguir o feito sem resolução de mérito, neste caso, sem, antes, dar oportunidade à emenda da petição inicial.

11- PODER GERAL CAUTELA, DE CUIDADO!

Assim, de agora em diante, do lado dos empresários, os advogados (consultivos ou contenciosos) deverão aconselhá-los a cumprirem a legislação laboral, pois, caso contrário, o seu passivo trabalhista pode aumentar de 5% a 15%. Enquanto que, de outro lado, os advogados dos trabalhadores deverão orientar seus clientes a deduzirem pedidos de forma mais comedida, a fim de se evitar a possibilidade de arcarem com os ônus de sucumbência, mesmo que de forma parcial ou recíproca.

Outra premente preocupação a ser resolvida pelos advogados diz respeito à suas futuras contratações com os clientes, tanto em relação às pessoas físicas quanto em relação às pessoas jurídicas.

Isto porque, em regra, em relação às pessoas físicas, era praxe a fixação de honorários advocatícios *ad exitum* e no percentual máximo de 30% sobre o proveito obtido na ação trabalhista.

E, em relação às pessoas jurídicas, em regra, cobra-se 20% do valor dado à causa.

Tanto um percentual quanto outro, poderá sofrer modificação, pois, poderá ser entendida como prática abusiva a cobrança de honorários contratuais e sucumbenciais.

Nesta linha, já encontramos na doutrina, dois posicionamento neste sentido:

O primeiro, colhemos do livro do Prof^o Homero, que, ao comentar o artigo 791-A, na redação dada pela lei nº 13.467/2017, neste aspecto, assim se manifestou:

“...E talvez os trabalhadores já não tenham mais, por outro lado, de deixar 20%, 25% ou 30% de seus créditos retidos pelos escritórios para os fins da cobrança dos honorários contratuais...” pág. 140.

O segundo entendimento encontramos no livro de Mauro Schiavi, já aqui multicitado, na página 86, que nos traz ensinamentos de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo:

“(...) os honorários deferidos ao patrono do reclamante precisarão ser compensados com aqueles fixados em contrato, caso não se compreenda pela própria impossibilidade de cumulação.”

Esta questão, me parece, vai ter que ser acertada previamente com os clientes, não obstante a verba de sucumbência, já está pacificada, pertence ao advogado.

Uma possibilidade de se fugir dos perigos acima, ao menos após a extinção da relação jurídica havida entre as partes, será a utilização do **acordo extrajudicial**, onde os interessados comparecem perante o Poder Judiciário já acertados, visando obter, apenas, segurança jurídica de que aquele acordo pacificará, realmente, os possíveis contendores, por meio de quitação definitiva e coisa julgada, não se podendo mais reclamar mais nada. Tudo, nos termos do artigo 855-B, da CLT, na redação dada pela Lei nº 13.467/2017, que instituiu o processo de homologação de acordo extrajudicial (por meio de jurisdição voluntária da Justiça do Trabalho).

Este procedimento sofre críticas, pois, pode-se entender que o Poder Judiciário estaria sendo usado, erroneamente, como órgão homologador; ou mesmo, que isto facilitaria a ocorrência das lastimáveis “casadinhas”.

Mas, para se evitar as mencionadas “casadinhas” ou mesmo vícios de vontade e/ou de consentimento, erros de cálculos, etc, estabeleceu-se que as partes não poderão ser representadas por advogado comum (§ 1º, artigo 855-B), podendo o trabalhador ser assistido, para tanto, pelo advogado do sindicato de sua categoria (§ 2º, do artigo 855), devendo, ainda, o juiz analisar o acordo, podendo designar audiência se entender necessário e proferirá sentença homologatória. (artigo 855-D, da CLT).

De qualquer forma, ambas as partes, empregador e empregado, a partir de agora, deverão estar mais atentas a estas questões, sabendo que o não atendimento ao padrão ético, leal e de boa-fé, quer fora do processo (esfera contratual), quer dentro (enquanto partes), poderão acarretar-lhes maiores dores de cabeça e gastos, inclusive com advogados da parte contrária.

Tanto assim que, a reforma, explicitamente, trouxe para a CLT, não só a possibilidade de fixação de honorários advocatícios, pela mera sucumbência (inclusive recíproca), como também, a figura do litigante de má-fé, quase que de forma idêntica à prevista no CPC (artigos 79/81), conforme veremos a seguir.

12- DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – DANO PROCESSUAL

A reforma trabalhista trouxe para a seara laboral a positivação da litigância de má-fé (o que já era aplicada, mas, com a aplicação subsidiária do CPC), sob a denominação de **responsabilidade por dano processual**, criando uma Seção específica, no caso a Seção IV-A, com a inclusão dos artigos 793-A até 793-D.

A declaração e condenação da parte em litigância de má-fé poderá se dar de ofício ou a requerimento das partes, a pagar multa no importe “superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou” (artigo 793-C, da CLT). Esta multa se aplica, igualmente, “à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa” (artigo 793-D, da CLT).

Desta forma, os empregadores e os empregados, no futuro, deverão pensar tanto em suas ações e procedimentos (antes, durante e depois da relação jurídica entre eles mantidas), na aplicação das leis que regulam a relação de emprego e de trabalho, quanto em seus procedimentos e atitudes no processo, para não correrem o risco de: (a) verem aumentar o seu passivo trabalhista; (b) terem diminuídos seus créditos trabalhistas eventualmente devidos e reconhecidos em juízo, em razão de condenação em custas e despesas processuais, que englobam os honorários periciais e advocatícios; (c) quanto a litigância de má-fé, que acarretará maior gasto aos empresários ou menor recebimento aos obreiros.

13- DO ÔNUS DA PROVA

Em relação ao **ônus da prova**, antigamente, previa o artigo 818, simplesmente que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, o que fazia com que

os operadores do direito da área trabalhista, não raro, utilizassem, em relação à prova, o CPC, aplicado supletivamente (art. 765, da CLT).

Agora, o legislador “reformista” trouxe para a CLT a previsão inserta no CPC (art. 373, §§ 1º e 2º, do CPC) que, o ônus da prova incumbe ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito (artigo 818, I, da CLT), enquanto que ao reclamado cabe a prova em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante (artigo 818, I, da CLT).

No **caput** do novo artigo 818, da CLT, foi previsto o ônus da prova estática, enquanto no seu parágrafo primeiro, a dinâmica.

O ônus estático da prova vincula-se ou prende-se, em relação ao reclamante, à obrigatoriedade de comprovar os fatos constitutivos de seu direito; enquanto que, em relação ao reclamado, esta obrigatoriedade ata-se ao seu dever de fazer prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do Autor.

Já em observância ao ônus dinâmico da prova, sob o entendimento que o reclamado detém maiores possibilidades de produção da prova, admite-se ao juiz inverter, por exemplo, a ordem da oitiva das testemunhas, ou determinar que a prova seja produzida por quem tenha maior aptidão e condição de sua produção, geralmente o reclamado, que tem em seu poder os documentos da relação jurídica existente ou havida entre as partes, tais como cartões de ponto, comprovantes de pagamentos, inclusive do paradigma apontado, em caso de pedido de equiparação salarial.

Sobre a possibilidade de aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova no processo do trabalho, vale a pena trazer à baila os ensinamentos do eminente Mauro Schiavi:

“no processo do trabalho, diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do ônus dinâmico da prova. O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.” *In* A Reforma trabalhista e o processo do trabalho : aspectos processuais da Lei n. 13.467/2017. – 1ª ed. – São Paulo : LTr Editora, 2017, p. 103.

Mas, neste último caso, exige-se que seja comunicado a tempo e modo o reclamado sobre a aplicação do ônus dinâmico e qual a sua participação na produção da prova, no caso, com o conseqüente adiamento da audiência (§ 2º,

do artigo 818, da CLT), a fim de melhor se preparar e poder cumprir este seu ônus probatório. Tudo, nos termos da nova redação do artigo 818, da CLT.

14- PREPOSTO NÃO PRECISA SER EMPREGADO

O preposto, na Justiça do Trabalho, pela nova redação dada pela Lei nº 13.467/2017, ao parágrafo terceiro do artigo 843, da CLT, não precisa mais ser empregado da parte reclamada, como se exigia na jurisprudência inserta na Súmula nº 377, do C. TST, *ex vi*:

“PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO (nova redação) - Res. 146/2008, DJ 28.04.2008, 02 e 05.05.2008

Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Esta Súmula deverá ser revogada, pois perdeu sua razão de certo, já que, agora, qualquer pessoal poderá ser preposto da empresa, em regra, a parte reclamada na Justiça do Trabalho.

A douta magistrada e doutrinadora Vólia Bomfim Cassar vaticina, neste aspecto, que:

“com a nova regra a profissão de preposto vai se multiplicar e será lícita.” *In* CLT comparada e atualizada : com a reforma trabalhista (2. Reimpr.) / organização Vólia Bomfim Cassar. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 489.

15- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas são as rápidas contribuições que me foram possíveis trazer nesta oportunidade, no curto tempo que tive, colocando-me à disposição os debates a seguir, pois, ainda, neste momento incipiente, todos temos mais dúvidas do que certezas, que só serão dirimidas com vagar, com mais estudos e colóquios como estes, culminando com a solidificação dos temas por parte do Poder Judiciário Trabalhista ou quiçá do Supremo Tribunal Federal (já que muitas das materiais e questões trazidas pelo nova reforma trabalhista, estão sendo atacadas por meio de ADIN’S, até o presente momento, já são 08, sob a pecha de violação à Constituição Federal), que detém, no caso, a palavra final do que se aplica e como se aplica, bem como do que não se aplica em nossa área trabalhista, inclusive, em relação ao que pode ou não ser aplicado supletivamente, com o subsídio doutrinário e jurisprudencial de outras áreas do conhecimento jurídico, no caso, do direito constitucional, civil, processo civil, além de acatar ou não, no caso do STF, a declaração de inconstitucionalidade de diversos artigos da lei nº 13.467/2017.

É dizer: somente por meio da jurisprudência a ser firmada a partir de agora, saberemos como será fixada sua interpretação predominante nos assuntos trazidos pela reforma trabalhista e em parte debatidos e discutidos aqui.

Quem sobreviver, verá!

Referências Bibliográficas

Cassar, Vêlia Bonfim - *CLT comparada e atualizada : com a reforma trabalhista* (2. Reimpr.) / organização Vêlia Bomfim Cassar. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017;

Martinez, Luciano - *Reforma trabalhista – entenda o que mudou : CLT comparada e comentada* – São Paulo : saraiva, 2017;

Nahas, Thereza, Pereira, Leone e Miziara, Raphael. – *CLT Comparada Urgente* - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017;

Oliveira, Francisco Antonio de – *Reforma Trabalhista : Comentários à Lei nº 13.467/2017* – São Paulo : LTr, 2017;

Shiavi, Mauro - *A Reforma trabalhista e o processo do trabalho : aspectos processuais da Lei n. 13.467/2017.* – 1ª ed. – São Paulo : LTr Editora, 2017;

Silva, Homero Batista Mateus da – *Comentários à Reforma Trabalhista* – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.