

# **Aspectos processuais da Reforma Trabalhista**

Direitos processuais substantivos e aplicação da Teoria dos Jogos no processo do trabalho

**Fabício Lima Silva**

## **Introdução**

A Lei nº 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foi publicada no Diário Oficial da União em 14 de julho de 2017, estabeleceu que os seus dispositivos entrariam em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial.

Todavia, mesmo antes do início da sua vigência, surgem dúvidas e discussões acerca da aplicabilidade do novo regramento sobre relações de trabalho pré-existentes e processos judiciais em curso ou ajuizados antes do início da sua vigência.

As inovações de direito material trazidas a lume pela reforma implicam em necessariamente na mudança do paradigma do Direito do Trabalho em nosso país.

Não obstante inúmeras discussões e fundamentadas críticas quanto às referidas modificações, após a sua aprovação pelo Congresso Nacional e sua sanção presidencial, surge o problema quanto à análise da sua aplicabilidade aos contratos de trabalho em curso, diante dos princípios da condição mais benéfica e da vedação à alteração contratual lesiva, prevista no art. 468, da CLT.

Por outro lado, a referida reforma também trouxe diversas inovações processuais, sendo que muitas delas são consideradas como barreiras ao direito constitucional de ação e limitadoras da efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente, criando entraves de acesso ao Poder Judiciário.

Todavia, abstraindo-se tais discussões meritórias sobre a reforma, o escopo do presente artigo é analisar o aspecto intertemporal de aplicabilidade das modificações aos processos já em curso ou ajuizados antes da vigência da nova lei, tratando especificamente da questão dos chamados direitos processuais substantivos ou processuais materiais, seguindo a denominação utilizada por DINAMARCO (1)

## **A questão intertemporal no Direito Processual**

Em matéria de direito intertemporal, são princípios gerais do direito a irretroatividade das leis e a aplicabilidade imediata da lei nova.

Em relação à aplicação da lei processual no tempo, surgiram três teses: a) da unicidade contratual; b) das fases processuais; e, c) do isolamento dos autos processuais.

Pela teoria da unidade processual, o processo é considerado com um conjunto de atos inseparáveis, unidos por um mesmo objetivo e interdependentes entre si. Iniciado o processo sob a vigência de uma determinada lei, não é possível que uma nova norma surja e modifique o encadeamento e a natureza dos atos a serem praticados. Segundo esta teoria, o processo não pode ser regulado por leis diversas sobre o mesmo procedimento.

Por sua vez, pela teoria das fases processuais, o processo pode ser dividido em fases autônomas, sendo que apenas cada fase corresponderia a um conjunto de atos inseparáveis. Todavia, superada uma fase do processo, seria possível a aplicação de uma nova legislação processual nas fases posteriores. Com a divisão do processo em fases postulatória, probatória, decisória e recursal, a lei nova poderia disciplinar as fases que ainda não tivessem ocorrido, sendo que aquelas iniciadas, mas pendentes de solução, continuariam sendo regulamentadas pela lei anterior.

Por fim, para a teoria de isolamento dos atos processuais, a unicidade do processo não prejudica a autonomia dos atos processuais, sendo que cada ato praticado deve ser visto isoladamente e, desde que sejam respeitados os direitos e deveres decorrentes de cada um deles, a nova lei poderá ser aplicada aos atos subsequentes, mesmo que a fase ainda não tenha sido encerrada, mas não incidirá sobre os atos já praticados ou sobre os seus efeitos supervenientes, mesmo que surgidos apenas na vigência da lei nova, uma vez que os efeitos são indissociáveis do ato praticado ou que deixou de ser praticado.

No Brasil, foi esta terceira teoria que foi acolhida pelo diploma processual civil, conforme o art. 14, do CPC, “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”.

Embora não exista previsão expressa sobre a questão intertemporal na Consolidação das Leis do Trabalho, o referido regramento seria plenamente aplicável ao processo do trabalho for força do disposto no art. 769, da CLT.

### **A questão intertemporal no Direito Processual Subjetivo e a Teoria dos Jogos**

Existem situações em que o direito processual e o direito material não são estanques, sendo que alguns institutos processuais acabam possuindo natureza híbrida, com reflexos em situações de direito material. Conforme leciona DINAMARCO:

*A autonomia do direito processual e sua localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material não significam que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques. Em primeiro lugar, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos; ele é um instrumento a serviço do direito material. Depois, porque existem significativas faixas de estrangulamento, ou momentos de intersecção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico. (...)*

*A ação, a competência, a prova, a coisa julgada e a responsabilidade patrimonial recebendo o direito processual parte de sua disciplina (na sua técnica), mas também dizendo respeito a situações dos sujeitos fora do processo (às vezes, até antes dele), compõem um setor a que a doutrina já denominou direito processual material (Chiovenda). Elas são, portanto, institutos bifrontes: só no processo a parecem de modo explícito em casos concretos, mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e – o que é mais importante – de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre e si e com os bens da vida. Constituem pontes de passagem entre o direito e o processo, ou seja, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico (Calamandrei) (2)*

E, é justamente nesses casos de natureza híbrida que a aplicação da regra do isolamento dos atos processuais pode não se apresentar como a mais adequada, conforme adverte DINAMARCO:

*O exagero que às vezes conduz a radicalizar a aplicação imediata da lei processual civil é, ao menos em parte, reflexo de uma outra postura igualmente exacerbada e consistente na obsessão em extrair todas as conseqüências imagináveis do correto postulado da autonomia da relação processual, da ação e do próprio direito processual como um todo. Não é lícito pôr em dúvida essa autonomia em face do direito substancial e de seus institutos, neste estágio avançadíssimo da cultura processualística – mas a moderna ciência processual tem também a consciência da relativização do binômio direito processo e da relação de instrumentalidade do processo em face do direito substancial, responsáveis pela aproximação desses dois planos do ordenamento jurídico e pela consciência das recíprocas influências trocadas entre eles. Os institutos bifrontes, que se situam nas faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico e compõem o direito processual material, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual-formal (ou mesmo procedimental) (3)*

Estas seriam as hipóteses fixação de honorários advocatícios de sucumbência (art. 791-A), dos novos requisitos para concessão dos benefícios da justiça gratuita ao trabalhador (art. 790, §§3º e 4º) e da responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais em caso de sucumbência do trabalhador (art. 790-B), conforme previsão da Lei n. 13.467/2017.

Estes seriam institutos de direito processual, mas que possuem nítida influência nas situações de direito material subjacentes (institutos bifrontes).

O Superior Tribunal de Justiça, após o advento do CPC/15, ao tratar da questão específica dos honorários advocatícios, reconheceu a sua natureza híbrida, no julgamento REsp 1.465.535/SP, in verbis:

*Não se pode olvidar que a lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes, respeitados o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Portanto, no que tange às regras processuais, as novas normas do Código de Processo Civil começam a ser aplicadas a partir da revogação do CPC/1973.*

*Todavia, impõe-se indagar se a real natureza jurídica dos honorários advocatícios é processual, isto é, se as regras previstas pelo novo CPC incidem imediatamente nos processos em andamento.*

*Frise-se que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito do tema, ao cristalizar a tese de que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual, máxime ante os reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado (4)*

No julgamento do referido Recurso Especial, afastando a regra da aplicação imediata prevista no art. 14, do CPC/15, com a separação dos atos processuais, o Superior Tribunal de Justiça, com escólio nas lições de Chiovenda, entendeu que a sentença seria o marco processual para eleição da legislação aplicável, uma vez que o direito aos honorários somente teria surgido com a sua prolação, sendo esta considerada o nascedouro da obrigação, entendendo-a como constitutiva.

Saliente-se que o referido posicionamento teve efeito de excluir a incidência da fixação dos honorários em fase recursal, conforme previsto art. 85, §11º, do CPC/15, atendendo-se ao princípio da não surpresa (art. 10, do CPC/15), conforme se extrai do seguinte trecho do julgado:

*Observa-se, portanto, que a sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/15. A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi publicado em consonância com o CPC/73, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel CPC cingirão a situação concreta, inclusive no que tange à fixação dos honorários recursais*

Todavia, apesar do reconhecimento da natureza híbrida dos honorários de sucumbência, o ideal seria que a questão pertinente ao marco temporal para a seleção da legislação aplicável aos honorários fosse o do ajuizamento da ação e não o da prolação da sentença.

Salienta WAMBIER, ao tratar do princípio do devido processo legal:

*Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal. O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas na lei (5)*

Neste ponto, importante a invocação da Teoria dos Jogos em âmbito processual. Segundo esta teoria, ao se compreender o processo como um jogo, em que também são esperados comportamentos de cooperação, disputa e conflito, em

que o resultado não depende somente do fator sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado Juiz.

E, um dos aspectos mais importantes nesta concepção, conforme leciona CALAMANDREI, é o fato de que apenas “decorar as regras do xadrez não torna ninguém enxadrista” [6], porém, saber as regras habilita o sujeito a jogar. As condutas dos atores processuais, assim como nos jogos, são tomadas conforme as regras pré-estabelecidas para o jogo.

Portanto, é imprescindível que parte tenha ciência das consequências jurídicas do ajuizamento do processo ou da defesa apresentada, com a possibilidade de previsibilidade para avaliação das condutas processuais a serem adotadas.

Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação que não estabelecia a obrigatoriedade de pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no âmbito da Justiça do Trabalho, fossem surpreendidos com a condenação ao pagamento da referida parcela em benefício da parte contrária, com a aplicação do novo art. 791-A, da CLT. Tal conduta implicaria em afronta ao disposto no art. 10, CPC/15, com a configuração de decisão surpresa e violação aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

Neste sentido, é a lição apresentada por NÓBREGA, ao tratar das inovações do Código de Processo Civil, mas plenamente aplicável ao Processo do Trabalho, in verbis:

*(...), a análise sobre os riscos e ônus decorrentes do ajuizamento da ação, da oferta da contestação ou da interposição do recurso é feita, precisamente, quando do ajuizamento da ação, da oferta da contestação ou da interposição do recurso (!). Não haveria falar, por conseguinte, em que a natural demora do processo autorizasse, diante da superveniente entrada em vigor do novo Código, que regras eventualmente mais gravosas para a parte alterassem aqueles elementos considerados por ela considerados quando da escolha pelo ajuizamento da ação, pela resistência ou pela interposição do recurso. É dizer, a ponderação custo vs. benefício que pauta a escolha da parte quanto à conduta a ser adotada no processo não pode sofrer posterior alteração que poderia influenciar aquela escolha pelo simples fato de que a escolha já foi exercida (7)*

Com base no mesmo entendimento, as inovações quanto à imposição de novos requisitos para concessão dos benefícios da Justiça Gratuita (art. 790, §§3º e 4º) e da responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais em caso de sucumbência do trabalhador (art. 790-B), conforme previsão da Lei n. 13.467/2017, não deverão ser aplicadas aos processos já em curso, uma vez que não se tratam de institutos exclusivamente processuais e a alteração da legislação poderia influenciar nas conduta processual das partes ou quanto à avaliação dos riscos da demanda.

## **Conclusão**

Diante do exposto, considerando-se que a Lei nº 13.467/2017 ainda se encontra no período de *vacatio legis*, é preciso que seja repensada a aplicação do direito

intertemporal em matéria processual subjetiva, com reflexos no patrimônio/situação jurídica das partes, afastando-se do paradigma adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com o reconhecimento de que a legislação a ser aplicada nestes casos deve ser aquela vigente quando do ajuizamento da ação e da apresentação da defesa, em respeito aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica.

[1] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. I. Brasil: Malheiros, 2001.

[2] DINAMARCO, Op.cit., p. 19.

[3] DINAMARCO, Op.cit., p. 47.

[4] STJ, Quarta Turma, REsp 1.465.535/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 22.08.2016.

[5] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 73. v. 1.

[6] CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Tradução Roberto Del Claro. Revista Gênese, Curitiba, n. 23, p. 191-290, 2002, p. 192.

[7] NÓBREGA, Guilherme Pupo da. O STJ decidiu: a sentença é o marco temporal-processual para identificação das normas a regular os honorários. E aí?. Artigo capturado da página [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), em 16/07/2017, às 23h:13min.

---

**Fabício Lima Silva** - Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região. Professor de Cursos de Especialização. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, com habilitação em Direito de Empresa. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Uniderp. Especialista em Direito Público pela Anamages – Associação Nacional dos Magistrados Estaduais.