

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

ARTHUR SANTANA DE PAULO

**INDENIZAÇÃO PELOS HONORÁRIOS
CONTRATUAIS COM ADVOGADO**

**Juiz de Fora
2013**

ARTHUR SANTANA DE PAULO

INDENIZAÇÃO PELOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS COM ADVOGADO

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito na área de Direito Processual Civil.

Orientador: Professor KAROL ARAÚJO DURÇO.

Juiz de Fora
2013

ARTHUR SANTANA DE PAULO

INDENIZAÇÃO PELOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS COM ADVOGADO

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, na área de Direito Processual Civil.

Aprovada em ___ / ___ / ____.

Prof. Karol Araújo Durço (Orientador) -
UFJF

Prof. Flávia Lovisi Procópio de Souza -
UFJF

Prof. Daniel Leal De Paula Esteves Dos
Reis - UFJF

AGRADECIMENTOS

Dedico o presente trabalho ao Sr. Fernando Sebastião e a Sra. Sylvania Maria, meus pais, e à Fernanda Santana, minha irmã, pelo auxílio e apoio na transposição todos os obstáculos em minha vida.

Ao Sr. José Dias, meu padrinho, pelo esforço incessante em me ensinar os alicerces do conhecimento e a Sra. Marli Barbosa, minha madrinha, por me abrir mão de seu lazer, de seu marido, ao me acolher por anos em que estudei em sua residência.

A Sra. Deborah Scheffer, minha esposa, companheira, amiga e à minha filha Isabella Scheffer por serem a razão da minha vida.

Ao Sr. Humberto César, principalmente, por ser um ombro amigo para todos os momentos, inclusive nas acalentadas discussões jurídicas diárias que tinham início na espera dos ônibus para Lima Duarte e atravancavam madrugadas, as quais muito enriqueceram em minha vida acadêmica.

Ao Sr. Luiz Fernando, pela amizade e apoio, e pelos seus cadernos que continham conhecimentos indecifráveis, os quais faziam-me reforçar o entendimento de que a leitura da bibliografia proposta pelo professor, ainda que em latim, era o melhor caminho a seguir.

Ao Rafael Lucas, pela amizade e companheirismo nas inúmeras reprovações, bem como nas escassas, porém significativas, aprovações em concursos públicos que tanto contribuíram para crescer em meu saber jurídico.

À professora Flávia Lovisi Procópio de Souza, por ensinar-me os fundamentos do Direito Processual Civil motivar-me a dissertar sobre o tema.

Ao professor Daniel Esteves dos Reis, apoio e boa vontade em participar na apreciação deste trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Karol Araújo Durço, agradeço pela dedicação e disposição em ajudar, e por ter despertado em mim a paixão pelo exercício da Advocacia.

O Advogado verdadeiro não tem o direito de acabar a refeição, de escolher a hora, de inquirir se é longe ou perto. O que não atende por estar com visitas, por ter trabalhado muito e achar-se fatigado, ou por ser alta noite, mau o caminho ou tempo, ficar longe, ou no morro; o que, sobretudo, pede um carro a quem não tem como pagar a consulta, ou diz a quem chora à porta que procure outro – esse não é advogado, é negociante do direito, que trabalha para recolher capital e juros os gastos da formatura. Esse é um desgraçado, que manda, para outro, o anjo da caridade que lhe veio fazer uma visita e lhe trazia a única espórtula que podia saciar a sede de riqueza do seu espírito, a única que jamais se perderá nos vaivens da vida.

(Bezerra de Menezes – Adaptado)

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar o cabimento do reembolso, pela parte vencida, dos honorários contratuais do advogado custeados pela parte vencedora, diante das modificações de ordem fática e jurídica ocorridas no Código Civil de 2002, nos artigos 389, 395 e 404, que proporcionaram uma nova visão sobre o tema. Realizaremos uma análise histórica, inclusive do Direito Romano, sobre a verba honorária a fim de aferir, com base no critério finalístico, se o instituto, atualmente, está sendo utilizado em conformidade com o que o legislador originário preconizava. Ademais, realizaremos um estudo do direito comparado, ponderando suas peculiaridades de modo estimar suas divergências com o direito pátrio e, conseqüentemente, propormos sua aproximação com o que há de melhor de cada sistema. Pretende-se explicitar as discussões estabelecidas pela doutrina e jurisprudência, acerca do tema em epígrafe em que, com base nos princípios da isonomia, do devido processo legal, da proporcionalidade e, principalmente o da causalidade, analisaremos quais serão os aspectos positivos e negativos da aplicação dessa nova sistemática. Busca-se, igualmente, demonstrar que a aplicabilidade desses artigos, à luz do princípio da reparação integral, implicará melhorias significativas no acesso à justiça, contribuirá para a redução das lides temerárias e a conseqüente desobstrução do Poder Judiciário, bem como a regulamentação da Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil.

Palavras-chave: *Honorários Contratuais. Indenização. Cabimento.*

ABSTRACT

This study aims to analyze the appropriateness of reimbursement by the losing party's contractual attorney fees paid by the prevailing party before the order changes occurred in the factual and legal arguments 2002 Civil Code, Articles 389, 395 and 404, which provided a new insight on the topic. We will hold a historical analysis, inclusive of the Roman law, about the honorary fees in order of gauging, based on the criterion finalistic, if the institute, currently, is being used in accordance with what the legislator originating advocated. Moreover, we will hold a study of comparative law, pondering its peculiarities so estimating their divergences with the Brazilian law and, consequently, proposing their approximation with what there of best of each system. It is intended to clarify the discussions established the doctrine and jurisprudence on the subject in question explicit the discussions established by doctrine and jurisprudence, about the theme in epigraph in which, based on the principles of isonomy, of due process cool, of proportionality and, mainly the of causality, we will analyze what will be the aspects positive and negative of application of this new systematic.. The aim is also to demonstrate the applicability of these articles, to the principle of full reparation, will require significant improvements in access to justice, contribute to reducing labors reckless and subsequent clearance of the judiciary as well as the regulation of the Table order of Lawyers of Brazil.

Keywords: Contractual Fees. Compensation. Appropriateness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	10
1.1 Aspectos históricos acerca dos honorários advocatícios	10
1.2 Direito Comparado – <i>American Rule</i> e <i>English Rule</i>	11
1.3 O Sistema Brasileiro.....	13
1.4 Espécies de Honorários Advocatícios: Breve Exposição.....	15
2 A INDENIZAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS	20
2.1 Análise das disposições Jurisprudenciais	20
2.2 Principais argumentos contrários ao reembolso dos honorários advocatícios contratuais.	25
2.2.1 Violação do Acesso à Justiça	25
2.2.2 Questão da Defensoria Publica	27
2.2.3 Não há ato ilícito, logo a conduta não é passível de indenização.....	28
2.2.4 <i>A res inter alios acta</i>	30
2.2.5 A presunção má-fé do advogado.	32
2.2.6 A questão da indenização infinita.	34
3. PRINCIPAIS BENEFÍCIOS DECORRENTES DA APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 389, 395 E 404.....	37
3.1 Maior garantia do acesso à justiça	37
3.2 A inibição à litigiosidade.	38
3.3 A Desobstrução do Poder Judiciário e a melhoria da qualidade dos processos.	39
3.4 O efetivo cumprimento da Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil. .	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

INTRODUÇÃO

Quem nunca se indignou com o fato de ter um direito violado, ser obrigado a ingressar com uma ação judicial e, com o êxito dessa longa empreitada, ter que destinar parcela de sua indenização para custear os honorários de seu advogado? Ou ainda, quantos são os jurisdicionados que sofreram danos perpetrados por terceiros e deixaram de buscar a tutela jurisdicional haja vista que, ainda que obtivessem uma sentença favorável, o seu proveito econômico final seria inferior ao valor cobrado pelo advogado disposto a patrocinar a causa?

Tais questionamentos, até a presente data, foram objeto de inúmeras demandas judiciais e, sempre vistas com estranheza pelos magistrados, eram julgadas improcedentes sob argumentos que vão desde o princípio da inoponibilidade das relações contratuais a terceiros até a absurda presunção de conluio dos advogados com as partes.

Destarte, a fim de sanear essa incoerência jurídica, o Código Civil de 2002, a luz do princípio da reparação integral bem como do acesso à justiça, inovou com a positivação dos artigos 389, 395 e 404, explicitando que as partes vencedoras fazem jus ao reembolso das despesas gastas com seus advogados.

Entretanto, a fim de não conferir eficácia a essas normas, a jurisprudência dominante tem interpretado o termo “honorários de advogados” como honorários sucumbenciais, previstos no parágrafo terceiro do artigo 20 do Código de Processo Civil e artigo 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Tal entendimento vem sendo reiterado até a presente data, todavia, em junho de 2011, o Superior Tribunal de Justiça, corroborado em 2012 pela V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, criou um precedente no sentido de ser cabível o reembolso dos honorários advocatícios contratuais.

Apesar dos posicionamentos supracitados, poucos magistrados julgam em consonância com esse entendimento, seja por desconhecimento, haja vista que é um julgado bastante recente, seja por discordarem das premissas que influenciaram tal decisão.

Assim, no presente trabalho, defenderemos que a garantia da reparação dos honorários contratuais advocatícios é a posição mais acertada na qual através da comparação dos julgados conservadores com os atuais, à luz da doutrina

majoritária bem como dos princípios da responsabilidade civil, rechaçaremos todos os principais argumentos contrários à aplicabilidade do instituto em epígrafe.

Por fim, objetiva-se concluir o estudo defendendo que o cabimento dos honorários advocatícios contratuais, vai muito além de garantir a eficácia do princípio da reparação integral, pois desestimulará as lides temerárias implicando na desobstrução do Poder Judiciário, ampliará o acesso à justiça, bem como garantirá eficácia à tabela da Ordem dos Advogados do Brasil.

Posto isso, iniciaremos o trabalho com algumas considerações sobre honorários advocatícios a fim de esclarecermos sua natureza jurídica, de forma possibilitar um estudo mais aprofundado a respeito do tema.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

1.1 Aspectos históricos acerca dos honorários advocatícios

Etimologicamente, o termo honorário advém do vocábulo latino *honor*, que significa aquilo recebido pela honra. Essa expressão, quando originalmente criada, não tinha por finalidade ser uma contraprestação pecuniária aos serviços prestados por um advogado.

Segundo Cahali¹, o até o século terceiro após a fundação de Roma, inexistiam advogados, uma vez que a defesa perante os tribunais era um encargo do poder público. Posteriormente, com o surgimento da advocacia, os defensores, que em sua grande maioria exerciam-na gratuitamente, buscavam, em retribuição, obter favores políticos ou a aquisição de respeito na sociedade para ascenderem à magistratura.

Desta forma, podemos observar, que os honorários só eram formalmente gratuitos, uma vez que, apesar de serem desprovidos de contraprestação pecuniária, materialmente, existiam ganhos de natureza não patrimonial.

Ainda em 204 a.C, a Lei Cíncia preconizava a proibição de qualquer pagamento aos advogados que realizassem defesa perante tribunais, entretanto, por ser de difícil controle, a lei, tal como suas alterações, carecia de eficácia.

Posteriormente, no período de Cícero (106 a 46 a.C), os advogados, apesar da impossibilidade de pactuarem seus honorários com as partes, poderiam recebê-los, graciosamente, como forma de gratidão.

Segundo Madeira², no início o século III d.C, o advogado só poderia exigir remuneração tão somente quando lhe fosse prometida ou quando uma parte dela já tivesse sido antecipada. Essas exceções são explicadas em virtude dos preceitos morais da época os quais estabeleciam que não havia desonra em cobrar algo que fora parcialmente antecipado ou prometido.

¹ CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 4ª Edição, Revista dos Tribunais: 2012. p. 20.

² MADEIRA, Hécio Maciel Franca. História da advocacia: origens da profissão de advogado no direito romano. São Paulo: RT, 2002, pp. 51-52; 63; 83-84.

O autor destaca que após o século III, o termo honorário passou a ter a acepção que adotamos atualmente, qual seja o montante licitamente exigido dos clientes para a prestação de determinados serviços.

Cumprе salientar que o estabelecimento dos honorários não era irrestrito, uma vez que, o Imperador Cláudio, em 47 d.C, limitara a quantia em 10 mil Sestércios, posteriormente substituída para 100 Aurei no governo de Alexandre Severo (222 d.C) perdurando até Justiniano (535 d.C). Ademais, ressalta-se que era vedado o sistema *quota litis*, que garante ao advogado um percentual do valor arbitrado na sentença como forma de pagamento, bem como o *redemptio litis*, que se caracteriza pela substituição do constituinte pelo advogado, o qual assumiria todo o risco da lide.

Destaca-se que o magistrado, na ausência de honorários contratuais, poderia estabelecê-los por arbitramento tendo como parâmetros o talento do defensor, a importância do processo e do costume do foro, sendo este, um embrião do artigo 20, parágrafo 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.

Portanto, podemos perceber que após o período de Justiniano, o sistema de remuneração dos advogados passou a ser similar ao hodierno. Assim, a partir dessa breve explanação, possuímos alicerces suficientes para passar para tópico subsequente onde realizaremos um estudo do Direito Comparado buscando analisar as peculiaridades do Sistema Brasileiro bem como suas impropriedades na política de estipêndio dos advogados.

1.2 Direito Comparado – *American Rule* e *English Rule*

Inicialmente, antes de adentrarmos no tema específico do estudo em tela, mister se faz elencar os principais sistemas referentes às indenizações acerca das custas processuais e das verbas remuneratórias dos advogados, quais sejam, o americano e o inglês.

Segundo Huges³, no sistema norte americano, diferente do restante do mundo cujo principal representante é o sistema inglês, as partes, independente do êxito da demanda, custeiam os gastos processuais e advocatícios em que

³ HUGHES, James, SNYDER, Edward. *Litigation under the English and American Rules: Theory and Evidence*. The University of Chicago Press, 1992. p. 1-5 e 25-26. Disponível em: < <http://research.chicagobooth.edu/economy/research/articles/80.pdf> >. Acesso em: 10 julho. 2013.

incorreram. Já no sistema inglês, a parte vencida é responsável pelos honorários do vencedor até um limite razoável.

Em seu trabalho, através de análise empírica entre 1980 e 1985, na Florida, de 16 mil casos, sendo que aproximadamente 55% dos casos eram regidos pelo *English Rule*, foram coletados resultados que permitem aferir as peculiaridades de cada sistema que nos permitirá discutir se as alterações do Código Civil de 2002 implicam no avanço ou retrocesso social.

Assim, no sistema inglês, verificou-se que há um aumento de gastos na contratação dos respectivos advogados, dobrando os gastos com a defesa e triplicando o valor médio de seus honorários, uma vez que o custeio recairia sobre o perdedor.

Uma excelente observação auferida no texto refere-se à coleta empírica de resultados em 1560 julgamentos, sendo 694 regidos pelas normas norte-americanas e 866 pelas normas inglesas. Nessa amostragem, foi possível perceber que no *american rule* o percentual de causas vencedoras foi de 11,4 por cento, já no *english rule*, surpreendentemente, a taxa sucesso foi de 21,6 por cento. Isso demonstra um aumento de qualidade nos processos, uma vez que as partes só entram em litígio quando possuem fundadas expectativas de vitória, de forma que, se ausentes, as partes, ou deixam de acionar o judiciário, quando na figura de autores, ou empenham em auferir um acordo, quando réus. Tal característica contribui para a diminuição das lides temerárias e, conseqüentemente, da obstrução do Poder Judiciário.

Ademais, cumpre ressaltar que, segundo o autor, o sistema inglês possui como aspecto negativo a diminuição do número de precedentes judiciais, uma vez que, os altos custos em que incorrem os perdedores, desestimula as partes a litigarem com teses novas.

Já no sistema americano, diferente do modelo supracitado, cada parte arca com suas despesas, implicando na diminuição dos valores cobrados pelos advogados. Além disso, há uma diminuição da qualidade das demandas, haja vista que essa sistemática incentiva as partes demandarem. Todavia, em contraposição ao modelo inglês, possui a qualidade de gerar inúmeros precedentes, uma vez que há o estímulo a elaboração de teses novas.

O sistema americano, o qual é parcialmente aplicado no Brasil, incorre em inúmeros danos aos jurisdicionados, vide o exemplo de Gryphon⁴:

Here's just one example of the real cost of abusive lawsuits. A family dry cleaning business was recently dragged through two years of litigation by a customer seeking \$54 million as compensation for a lost pair of pants. To make matters worse, the person who brought this irresponsible lawsuit was a judge. Though the case was dismissed, the dismissal is now being appealed, and the cleaning business's legal costs so far have been almost \$100,000.

In the health-care industry, many doctors report ordering unnecessary tests to avoid lawsuits—in Pennsylvania as many as 93 percent of doctors have—costing up to \$100 billion annually. Doctors call this “defensive medicine.” I call it a “trial lawyer tax.

[...]

In American law, even when a defendant wins a lawsuit, he loses.

(grifo nosso)

Tal exemplo, bem como a afirmação em destaque, se aplica perfeitamente no sistema brasileiro, pois na atual conjuntura, ainda que uma das partes obtenha êxito na demanda, ela perde, uma vez que deverá custear seu patrono.

Gryphon⁵ destaca que os gastos com o contencioso civil americano representam 1,87 por cento do produto interno bruto do país sendo até três vezes mais caros que os de países como França e Reino Unido, que utiliza o *english rule*. Isso demonstra que a adoção desse modelo garante menores despesas no custeio da justiça.

A partir dessa breve apresentação, poderemos classificar o sistema brasileiro e analisar suas peculiaridades a fim de propor soluções para a ineficácia de alguns aspectos.

1.3 O Sistema Brasileiro

O sistema pátrio possui natureza jurídica híbrida, uma vez que, formalmente, deveria se enquadrar no modelo inglês, haja vista que o Código de Processo Civil preconiza, em seu artigo 20 o pagamento, pelo vencido, dos honorários sucumbenciais, bem como o Código Civil de 2002, estabelece, em seus

⁴ GRYPHON, Marie. Greater Justice, Lower Cost: How a “Loser Pays” Rule Would Improve the American Legal System. Manhattan Institute, December 2008. p.9. Disponível em: <<http://www.acslaw.org/Gryphon%20-%20How%20A%20Loser%20Pays%20Rule%20Would%20Improve%20the%20American%20Legal%20System.pdf>> acesso em 11 de julho de 2013.

⁵ GRYPHON. Op. cit, p. 9.

artigos 389, 395, 404, o reembolso dos honorários contratuais, cuja definição veremos no tópico subseqüente.

Entretanto, o nosso sistema, materialmente, pertence ao modelo norte americano, pois, apesar da aplicabilidade dos honorários sucumbenciais, o mesmo não ocorre com os contratuais, já que, os magistrados, em sua maioria, não garantem a eficácia dos dispositivos supracitados do Código Civil, implicando em desequilíbrio e injustiças junto aos jurisdicionados.

Chiovenda⁶ apud Buzaid⁷, na exposição de motivos do Código de Processo Civil, demonstra que teleologicamente, o artigo 20 buscava reembolsar os honorários advocatícios contratuais, vejamos:

O projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor (art. 23). “O fundamento desta condenação”, como escreveu Chiovenda, “é o fato objetivo da derrota; e a justificação deste instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante”.

Podemos concluir que Buzaid idealizava que o CPC buscasse a reparação dos honorários contratuais haja vista que, ao motivar que o vencido deve responder pelas custas e honorários com o trecho de Chiovenda, pode-se inferir que o termo honorários advocatícios refere-se ao pagamento dos contratuais, pois os sucumbenciais, segundo Medina⁸, são os decorrentes do Estatuto da Advocacia o qual constitui verba autônoma, de natureza alimentar, devida pelo vencido diretamente ao advogado da parte vencedora, fixados em conformidade com as peculiaridades do serviço jurídico que prestou.

Assim, por pertencer ao advogado e não à parte vencedora, o arbitramento dessas verbas pelo magistrado, em nada alteraria na sua diminuição patrimonial de forma que a motivação supracitada, se considerarmos que o artigo 20 e seguintes do CPC se referem aos honorários sucumbenciais, seria completamente incoerente.

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, trad. bras., com notas de Liebman, v. 3, p. 285.

⁷ BUZOID Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. Agosto de 1972. p. 6. Disponível em: < <http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/codigos/codigoprocessocivil.pdf> > acesso em 15 de julho de 2013.

⁸ MEDINA, Jose Miguel Garcia. Honorários contratuais não devem ser confundidos com os de sucumbência. Setembro de 2011. Disponível em: <<http://professormedina.com/2011/09/29/honorarios-contratuais-nao-devem-ser-confundidos-com-os-de-sucumbencia>> acesso em 13 de maio de 2013.

Posto isto, podemos perceber que, não obstante a jurisprudência bem como o artigo 23 da Lei 8906/94 entenderem que as verbas supracitadas pertencem ao advogado e não as partes, o objetivo do legislador era ressarcí-las, de forma que para sanear tal impropério, posteriormente foram editados os artigos 389, 395 e 404 a fim de garantir o retorno do vitorioso ao *status quo ante*.

Portanto, no tópico subsequente, definiremos cada espécie de honorários a fim de estabelecermos soluções para essas divergências doutrinárias e jurisprudenciais que tanto prejudicam os jurisdicionados.

1.4 Espécies de Honorários Advocatícios: Breve Exposição

O Estatuto da Advocacia (Lei nº. 8.906/94), bem como a doutrina majoritária, preconiza a existência de três espécies de honorários: os convencionais ou contratuais, os de sucumbência e os fixados por arbitramento judicial.

Vejamos a definição de Bezerra⁹ acerca das espécies de honorários advocatícios:

1-honorários convencionados: são os honorários objeto de contrato entre advogado e cliente. O código de ética da OAB recomenda que o contrato seja escrito, como medida de segurança para ambas as partes. As seccionais da OAB possuem tabelas de honorários, e tais tabelas tem por objetivo a fixação de honorários mínimos a serem cobrados, com a finalidade de evitar o aviltamento da profissão, estes valores são os preços mínimos que o profissional pode e "deve" cobrar em causas normais sob pena de punição na OAB se praticar valores abaixo desta tabela. Ainda pode-se haver a cobrança de honorários em percentual que variam de 20 a 30% do valor da condenação, geralmente, a cobrança do percentual de 30% ocorre no chamado contrato de risco, ou seja, quando o cliente só pagará os honorários no final da ação com êxito.

2-honorários arbitrados: são honorários fixados por arbitramento judicial, na hipótese de falta de estipulação ou acordo, através de ação própria a ser movida por advogado. Tais honorários não podem ser inferiores ao estabelecido na tabela da OAB.

3- honorários de sucumbência: São honorários fixados pelos juizes ou desembargadores, que giram entre 10% a 20% do valor da condenação, que é pago pela parte que sucumbiu (perdedora) ao advogado da parte vencedora. O art. 23 do Estatuto da OAB dispõe: "os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado[...]"

⁹ BEZERRA, Andrea Soares. **Honorarios Contratados E Honorarios Sucumbenciais**. Disponível em: < <http://www.bezerraegiachetta.adv.br/index.php?t=artigo&codigo=6/> > acesso em 20 de julho de 2013.

Assim, os honorários convencionais são aqueles que decorrem do contrato firmado entre o advogado e o cliente visando à prestação serviços especializados. Destaca-se que esses honorários, independem da existência de processo judicial para serem custeados bem como de seu sucesso, embora se admita a cláusula de *quota litis*, e, seu reembolso depende da comprovação de dano perpetrado pela parte contrária.

Já os honorários sucumbenciais têm por fato gerador a vitória em juízo proporcionada pelo advogado ao seu cliente e, diferentemente dos honorários contratuais, que são regulados por norma de direito material, os honorários sucumbenciais são disciplinados pelo CPC nos artigos 20 e seguintes.

Cumprе salientar que, ao contrário dos contratuais, para a condenação nos sucumbenciais, faz-se necessária à existência de processo judicial e dispensa a comprovação de dano, uma vez que sua condenação decorre do fato objetivo da derrota.

Assim, podemos dizer que, em relação aos honorários contratuais, o Código Civil adotou, em seus artigos 389, 395 e 404 o princípio da causalidade, que segundo Nery¹⁰ “*aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes*”.

Já em relação aos honorários sucumbenciais, por decorrer do fato objetivo da derrota, o Código adotou o princípio da sucumbência que segundo Theodoro Júnior¹¹:

Consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos do processo. Assenta-se ele na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tinha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte.

O entendimento de que os honorários sucumbenciais são norteados pelo princípio da sucumbência não é pacífico, uma vez que autores como Cahali¹² entendem que este princípio não abarca todos os casos jurídicos, de forma que além da derrota, deve ser avaliado qual das partes deu causa a ação fazendo, portanto,

¹⁰ NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado. 4ª ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1999, p. 424.

¹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 36ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79.

¹² CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 4ª Edição, Revista dos Tribunais: 2012. p. 32.

uma ponderação entre os dois princípios supracitados. Observe os ensinamentos de Abdo¹³:

Deve ficar claro que a idéia de causalidade não se dissocia, necessariamente, da de sucumbência. Aliás, na grande maioria das vezes, o responsável pelo custo do processo acaba sendo mesmo o sucumbente. Mas o conceito de sucumbência é mais restrito, tanto que, em alguns casos, a sucumbência serve de indício da causalidade, ao lado de outros indícios, tais como a contumácia, a renúncia, a nulidade do ato a que a despesa se refere, etc.

Assim, podemos observar que existem inúmeras posições acerca dos princípios que norteiam os honorários, entretanto, para o tema em análise, bastamos saber que, aquele que fora vencido em um processo judicial, em regra, deverá arcar com os honorários sucumbenciais.

Por fim, temos os honorários arbitrados judicialmente, previstos no art. 22, §2º, da Lei 8.906/949, que decorrem da ausência de contratação por escrito ou na falta de comprovação de sua contratação verbal. Eles possuem a peculiaridade de serem estipulados pelos magistrados, os quais deverão utilizar como parâmetros o artigo 20, §3º, bem como a tabela da Ordem dos Advogados do Brasil.

Apesar das definições supracitadas serem, atualmente, utilizadas majoritariamente, elas não estão livres de críticas que em nossa visão são bastante pertinentes.

A principal delas é acerca da diferenciação entre os honorários contratuais e sucumbenciais, haja vista que qual seria a natureza jurídica dessa verba sucumbencial? Ou ainda, qual finalidade de remunerar o advogado duas vezes?

Historicamente, conforme visto em tópicos anteriores, o embrião do artigo 20 e seguintes, advém do Direito Romano quando, por volta de 200 d.C o jurisconsulto Ulpiano¹⁴ estabeleceu parâmetros e limites que o magistrado deveria utilizar no arbitramento das verbas a serem custeadas pela parte vencida.

Vejamos:

¹³ ABDO. Helena Najjar, in O (Equivocadamente) Denominado “Ônus Da Sucumbência” no Processo Civil. Artigo publicado na Revista de Processo, v. 140, p. 37-53, outubro/2006. Disponível em: < <http://www.marcatoa.dvogados.com.br/sdi/paginas/imagens/arquivo42.pdf/> > acesso em 13 de julho de 2013.

¹⁴ ULPIANO, Domício. Corpus Júrís Civilis. D. 50,13,1,10. Disponível em: < <http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/Corpus/d-50.htm> > Acesso em 13 de agosto de 2013.

50.13.1 Ulpianus libro octavo de omnibus tribunalibus

[...]

10. In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur.

O trecho acima é um dos artigos do *Corpus Juris Civilis*, que é uma compilação de normas publicado entre 529 e 534 d.C, pelo imperador bizantino Justiniano I. Significa que caso o advogado não houvesse sido remunerado, segundo a norma supracitada o juiz arbitraria um valor ao advogado de acordo com a importância do litígio, do seu talento e do costume do foro, desde que dentro dos limites permitidos na lei.

Assim, estabelecendo essa norma como um paradigma e trazendo-a para a atualidade, hodiernamente ela corresponderia ao artigo 20 do CPC, entretanto, esse seria, na verdade, os honorários por arbitramento, mas não os sucumbenciais.

Tal enquadramento é mais lógico e justo que o utilizado pela jurisprudência, uma vez que caso as partes não houvessem pactuado com seus advogados seus honorários, o juiz poderia exigir da parte sucumbente esse pagamento, levando como parâmetro os parágrafos terceiro e quarto desse artigo.

Tanto é verdade, que segundo a exposição de motivo do CPC, ora citada nesse trabalho, Buzaid destaca que a finalidade dessa norma é garantir que o processo judicial não implique em diminuição patrimonial ao vencedor. Entretanto, da maneira que está sendo aplicado, o advogado, em detrimento das partes, recebem duas remunerações, tornando mais oneroso o processo e violando do acesso a justiça e da reparação integral.

Fernando Jacques Onófrio apud Gimenes¹⁵ ratifica o entendimento supracitado, observe:

[...] devemos lembrar que o artigo 23 da Lei 8.906/94 (EOAB) não revogou o artigo 20 do Código de Processo Civil. Por outro lado, os honorários devidos pela sucumbência, se contratados forem, poderão reverter em favor do advogado, desde que já não os tenha recebido do cliente. Caso contrário, estes serão, sempre, da parte, como dispõe o artigo 20 do Código de Processo Civil e conforme entendimento jurisprudencial.

Villela¹⁶, jurista e professor da Universidade Federal de Minas Gerais, demonstra sua indignação a incompatibilidade entre o CPC e o Estatuto da OAB:

¹⁵ GIMENES, José Jácomo, FERREIRA, Roni. MORAES, Marcos César Romeira. Advogado Não Tem De Receber Verba Indenizatória. Março de 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mar-26/advogado-recebe-honorario-nao-receber-verba-indenizatoria> > acesso em 15/05/2013.

Chega a ser bizarro que o Estado, por obra do juiz, condene o vencido nas custas, reembolsando-se a si próprio, mas não o condene ao reembolso da parte a quem o vencido se contrapôs sem fundamento válido. O resultado final não poderia, pois, ser mais esdrúxulo: O advogado do vencedor recebe de duas fontes por um só trabalho, enquanto o assim chamado vencedor nunca é, de fato, um vencedor. Seu direito estará sempre desfalcado do que houver pago ou do que houver de pagar ao seu advogado. Terá, digamos, 60, 70, 90% do direito judicialmente proclamado. Jamais 100%. Confisco puro.

Portanto, podemos perceber que existem inúmeras discussões acerca das espécies dos honorários advocatícios, entretanto, não entraremos no mérito delas, haja vista que sairia do tema do trabalho em epígrafe. Assim, partiremos do pressuposto que existem os 3 tipos de honorários e não 2 como os autores acima preconizam (arbitramento subsidiário ao convencional), haja vista que esse trabalho objetiva resolver um problema prático e é dessa forma que, atualmente, vem sendo entendido pela jurisprudência.

Posto isso passaremos para o segundo capítulo onde veremos a progressiva mudança de posicionamento dos magistrados acerca dos honorários contratuais bem como rechaçaremos as principais teses contrárias à garantia de eficácia dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil.

¹⁶ VILLELA, João Baptista. A quem deve caber os honorários de sucumbência. Segundo semestre de 2010. p.62. Editora Del Rey. Disponível em: <http://www.livrariadelrey.com.br/livraria/revista/revista_delrey_24.pdf > Acesso em 15/08/2013.

2 A INDENIZAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS

2.1 Análise das disposições Jurisprudenciais

Conforme já vimos, desde a vigência do Novo Código Civil, os artigos 389, 395 e 404 preconizam que no caso de mora, inadimplemento e de perdas e danos, as partes fazem jus à reparação dos valores gastos com advogado. Tal inovação legislativa fora de muita importância, pois visa garantir o acesso à justiça dos jurisdicionados, principalmente, nas causas de pequeno valor, em que os honorários do defensor se aproximavam do proveito econômico final da causa.

Nesses casos, as partes tinham que optar entre sacrificar seus direitos e abdicar da tutela jurisdicional; valer-se do “*jus postulandi*” que possibilita a provocação do órgão julgador sem advogado, porém, somente em casos específicos como na Justiça do Trabalho e nos juizados de pequena causa; ou contratar advogados que cobram valores pífios, que, em regra, são desprovidos da boa técnica processual.

Nas três hipóteses, as partes correriam um grande risco de não obterem a concessão da tutela pretendida por estarem desprovidos de defesa técnica, requisito fundamental do acesso à justiça.

Entretanto, apesar da vigência dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil, são inúmeros os acórdãos que insistem em não conferir eficácia a esses dispositivos.

Nesse sentido, o acórdão:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - HONORÁRIOS CONTRATUAIS - O vencido não responde pelos honorários advocatícios contratados, sob pena de se inviabilizar o acesso ao Judiciário [...] o apelante pretende ser indenizado por danos materiais relativo ao valor dos honorários contratuais pactuados com o seu advogado para o ajuizamento da ação trabalhista movida contra seu antigo empregador. Inexiste dever de indenizar sem a inequívoca demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil (...) o fato de o postulante - no caso, o apelante - preferir a contratação de advogado, mediante remuneração, para defesa de seus interesses, **não implica a responsabilização da parte contrária no sentido de ressarcir os honorários contratuais pagos, porquanto não se verifica qualquer conduta ilícita imputável a esta parte que se relacione de forma direta e lógica à contratação decorrente da vontade exclusiva de outrem.** A propósito, para corroborar a assertiva de que os gastos com honorários decorrem da vontade exclusiva de quem contrata o advogado, basta

lembrar que nada impede que o interessado se valha da assistência jurídica prestada pelo sindicato que representa sua categoria, a fim de não ter de arcar com tais gastos. **Se, por outro lado, assim não o fizer, a parte contrária não tem absolutamente nada a ver com isso** [...] Entendimento contrário, de resto, inviabilizaria o acesso ao Judiciário, pois todo aquele que defendesse seus interesses em juízo (autor e réu) e perdesse a demanda - **ficaria obrigado, além dos honorários sucumbenciais, a arcar com os honorários contratuais da parte contrária, sem que tivesse qualquer participação nessa contratação - res inter alios acta (...)** Ressalte-se, ainda, que a apelada apenas se defendeu de uma ação que foi ajuizada contra si, **não se aceitando tal conduta como enquadrada na moldura de ato ilícito, sob pena de se ferir o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (grifei)**. Ademais, não se poderia prover o pedido da apelante, pois o acolhimento deste importaria na inviabilização do direito postulatório, já que sempre que a parte saísse vencida arcaria não só com os honorários advocatícios judiciais, mas também aqueles que a outra parte despendeu em contrato particular." I, não procede a pretensão indenizatória por dano material. Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.¹⁷ (sem grifo no original)

Logo, é possível observar nos julgados acima, de período posterior à vigência do Novo Código Civil, que os magistrados adotam a postura de indeferir qualquer pretensão reparatória acerca das despesas com esses profissionais.

Assim, é clara a violação do princípio da reparação integral da parte, pois, mesmo com provimento de seu pedido, o vencedor deverá destinar parte de sua indenização para custear as despesas com seu patrono resultando em um montante inferior do que aquele que possuiria caso o vencido não o tivesse lesionado.

Tal princípio advém o Direito Francês, explicitado pelo brocardo *tout le dommage, mais rien que le dommage*, que significa “todo o dano, mas nada mais que o dano”, logo fica evidente que esse vetor axiológico tinha por fito garantir ao lesado o retorno ao *status quo ante* sem, entretanto, que haja seu locupletamento sem causa.

Muito pertinentes são as observações de Savi¹⁸ acerca da reparação integral:

Trata-se de um princípio implícito extraído pelos intérpretes por intermédio de um procedimento argumentativo que, partindo da previsão legislativa destinada a descrever de modo exauriente as duas principais espécies de dano, atribui ao legislador a intenção de assegurar uma cobertura integral dos prejuízos patrimoniais.

O grande objetivo deste princípio, o da reparação integral, nada mais seria do que assegurar o equilíbrio entre o dano e a reparação, pois o mesmo visa, sempre que possível, o retorno ao status quo ante.

¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.245651-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. FABIO MAIA VIANI

¹⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p.20.

A importância deste princípio no estudo da responsabilidade civil é destacada, uma vez que tem a grande virtude de assegurar o direito da vítima de ser ressarcida de todos os danos sofridos, colocando-a na mesma posição que estaria se o fato danoso não tivesse acontecido.

Sendo assim, o princípio da reparação integral do dano deve ser utilizado como instrumento que objetiva assegurar a justiça quando houver a real demanda de se identificar o que deve ou não ser objeto de reparação em sede de responsabilidade civil.

O advento da CF/88 representa um marco na responsabilidade civil. O princípio da dignidade da pessoa humana tipificado no art.1º,III, combinado com o objetivo de se construir uma sociedade justa, art.3º,I, consolida o princípio da reparação integral.

Posto isto, pode-se inferir que a não garantia do reembolso do vencedor implica inúmeros prejuízos, principalmente em relação à dignidade da pessoa humana, que segundo Moraes¹⁹ é a correlação dos princípios da igualdade, liberdade, integridade psicofísica, e solidariedade.

A título de exemplo, podemos citar as questões atinentes à Justiça do Trabalho, no qual o empregado, hipossuficiente, contrata um advogado a fim de obter a restituição dos valores provenientes do inadimplemento do empregador e, sendo bem sucedido em sua demanda não receberá a integralidade das verbas salariais devidas, pois deverá pagar as verbas contratuais de seu advogado, permanecendo no estado de lesão.

Apesar da constante negativa em dar eficácia aos artigos do Novo Código Civil, a jurisprudência, lentamente, objetivando conceder maior aplicabilidade das normas constitucionais, vem rompendo com esse retrocesso social, haja vista que, em junho de 2011, o Superior Tribunal de Justiça, passou a proferir decisões no sentido da reparação das partes, gerando precedentes positivos para esse tema, demonstrando que essa visão mais conservadora está paulatinamente sendo superada. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL.

Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts.389, 395 e 404 do CC/02. (grifo nosso) 2. Recurso especial a que se nega provimento. Os honorários mencionados pelos referidos artigos são os honorários contratuais, pois os sucumbenciais, por constituírem crédito autônomo do advogado, não importam em decréscimo patrimonial do vencedor da demanda. Assim, como os

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81-117.

honorários convencionais são retirados do patrimônio da parte lesada para que haja reparação integral do dano sofrido aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos com os honorários contratuais (grifei). Trata-se de norma que prestigia **os princípios da restituição integral, da equidade e da justiça (grifei).** Esse foi o entendimento firmado pela 3ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1027797/MG, minha relatoria, DJe 23/02/2011. (...) Por fim, para evitar interpretações equivocadas da presente decisão, cumpre esclarecer que, embora os honorários convencionais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valor cobrado pela atuação do advogado não pode ser abusivo. **Dessarte, se o valor dos honorários contratuais for exorbitante, o juiz poderá, analisando as peculiaridades do caso concreto, arbitrar outro valor, podendo utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB (grifei).**

Tendo em vista que não houve pedido do recorrente quanto ao reconhecimento da abusividade das verbas honorárias, a referida questão não será analisada no presente recurso especial, pois, nos termos do princípio da congruência, a decisão não pode ultrapassar os limites do pedido. Forte nessas razões, nego provimento ao recurso especial. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.725 - MG (DJe 24.06.2011 - p. 1904) REL(A): MINISTRA NANCY ANDRIGHI)²⁰ (sem grifo no original)

Esse importante acórdão rompeu com o paradigma de que o vencido poderia livremente demandar de forma irresponsável em detrimento da outra parte assim como da justiça brasileira.

Apesar de ser bastante criticado, aos poucos, esse acórdão vem se consolidando dentre a doutrina e jurisprudência, auferindo, inclusive, em março de 2012, enunciado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal²¹, vejamos:

Enunciado: 426 – Art. 389: Os honorários advocatícios previstos no art. 389 do Código Civil não se confundem com as verbas de sucumbência, que, por força do art. 23 da Lei n. 8.906/1994, pertencem ao advogado.

Cumprе salientar que tão importante quanto o enunciado acima, são as suas justificativas, uma vez que caminham no sentido do que objetivamos no trabalho em epígrafe. Vejamos:

Autor: Christiano Cassettari

Justificativa: Os honorários advocatícios não podem ser um empecilho para o credor ou vítima de danos conseguirem a plena reparação indenizatória na responsabilidade civil contratual e extracontratual. Por esse motivo, quem causa dano precisa ser condenado a pagar, além do valor dos mesmos, os honorários advocatícios contratados pelo vencedor da ação, para que tal demanda possa tornar indene o prejuízo sofrido, consoante o art. 389 do Código Civil que determina a reparação indenizatória não

²⁰ RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.725 - MG (DJe 24.06.2011 - p. 1904).

²¹ V Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Março de 2012. p. 64

apenas das perdas e danos, mas, também, dos honorários advocatícios. Sendo assim, os honorários previstos no referido artigo, para tornarem-se indenés, não se podem confundir com aqueles que são incluídos na condenação, pois, por força do art. 23 da Lei 8.906/94, tais honorários fixados judicialmente por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

(...)

Assim sendo, em ação indenizatória, deverá o autor provar os danos que sofreu em decorrência do inadimplemento, e incluir no seu pedido os honorários advocatícios contratados, para que no final da demanda possa ser ressarcido do seu efetivo prejuízo, ficando para o advogado as verbas sucumbenciais, quando devidas, por força do art. 23 da Lei 8.906/94.

(...)

Autor: Alexandre Corrêa Leite

Justificativa: O princípio do restitutio in integrum determina que aquele que cause dano a outrem o indenize completamente pelos prejuízos sofridos, de forma a garantir, o máximo possível, a restituição das partes ao statu quo ante. Por esse prisma, se, em razão da lesão ao seu direito, a parte, por não deter capacidade postulatória, necessita contratar profissional que a represente em juízo, pagando-lhe por isso, é evidente que essa conta não lhe pode ser imputada, mas sim ao causador do dano, sob pena de que, devendo ser descontada da indenização recebida, esta não reflita apropriadamente o prejuízo suportado pela vítima, nem seja suficiente para repará-lo. Entretanto, não se pode olvidar que anteriormente à nova ordem de tratamento dos honorários sucumbenciais estabelecida pelo atual Estatuto da OAB (Lei 8.904/94), o seu valor pertencia à parte vencedora que, assim, poderia ocasionalmente se ressarcir daquilo que pagou ao seu advogado para patrociná-la em juízo. Atualmente, como a mencionada verba não mais pertence à parte, mas sim ao seu advogado, sem prejuízo dos honorários eventualmente contratados, isso objetivamente, impôs uma restrição financeira, na verdade uma inafastável perda patrimonial, ao demandante vencedor, o qual ao ver pronunciado o seu direito, mesmo assim, passou a ter que suportar o pagamento de honorários profissionais, conquanto nada tenha realizado no campo da ilicitude. Acresça-se decorrer de conclusão lógica que o legislador, ao se referir nos artigos em questão à obrigação do devedor de pagar honorários advocatícios, quis significar os honorários contratuais; isso porque dos sucumbenciais não haveria necessidade de dizer, haja vista o disposto no art. 20 do CPC.

Há também o enunciado nº. 53 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, que apesar de ser direcionado à Justiça do Trabalho defende a tese objeto dessa monografia:

53. REPARAÇÃO DE DANOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO. Os artigos 389 e 404 do Código Civil autorizam o Juiz do Trabalho a condenar o vencido em honorários contratuais de advogado, a fim de assegurar ao vencedor a inteira reparação do dano.²²

²² ENUNCIADOS. 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, 2007. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

Portanto, com base nos argumentos supracitados, bem como essa seleção de duas dentre as inúmeras justificativas que corroboram com a tese do ressarcimento pecuniário do vencedor da lide, podemos concluir esse tópico passando agora para a análise e refutação dos principais argumentos contrários ao instituto em epígrafe.

2.2 Principais argumentos contrários ao reembolso dos honorários advocatícios contratuais.

Nesse tópico, abordaremos os principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais contrários ao tema em epígrafe, quais sejam:

2.2.1 Violação do Acesso à Justiça

Segundo o voto ora citado, temos que a garantia do ressarcimento do vencedor *“inviabilizaria o acesso ao Judiciário, pois todo aquele que defendesse seus interesses em juízo (autor e réu) e perdesse a demanda - ficaria obrigado, além dos honorários sucumbenciais, a arcar com os honorários contratuais da parte contrária, sem que tivesse qualquer participação nessa contratação”*²³, de forma que com a imposição da indenização ao vencido, as partes deixariam de buscar a tutela jurisdicional com o receio dessa sanção.

Ao nosso ver, o tema proposto, na verdade, age de maneira diametralmente oposta uma vez que, nesse julgado, o Ministro Relator esquece-se de refletir acerca do fato de que o sistema atual viola gravemente o acesso à justiça, bem como dignidade da pessoa humana, uma vez que, com base conceito supracitado de Moraes²⁴, é caracterizada por quatro substratos normativos essenciais: a igualdade; a liberdade; a solidariedade social; e a proteção da integridade psicofísica da pessoa.

Logo, em relação ao substrato da igualdade, há violação direta daqueles que se abstêm de ingressar com a ação em virtude das altas despesas com advogado, pois, via de regra, nas causas cujo proveito econômico final for

²³ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.245651-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. FABIO MAIA VIANI

²⁴ MORAES, Maria C. B. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

inferior aos honorários convencionais, ocorrem duas conseqüências: Ou as partes abrem mão de seus direitos, uma vez que não há possibilidade de reparação das custas contratuais, faz-se inútil a busca da tutela jurisdicional; ou elas contratam advogados que cobram valores muito aquém do piso regulamentado pela tabela da ordem.

Esses últimos, em razão de sua técnica muito inferior, cobram valores pífios, assumindo uma multiplicidade causas que não são capazes de defender implicando em prejuízos - muitas vezes irreparáveis - ao jurisdicionados, bem como denigrem a imagem do exercício da advocacia, perpetuando o estigma de desonestidade, além de impossibilitar - violando a livre concorrência - a entrada dos jovens advogados no mercado do trabalho.

Assim, a aplicação dessa inovação legislativa, ao assegurar a aplicabilidade do princípio da reparação integral, possibilita o acesso à justiça do indivíduo de situação financeira intermediária, que não faz jus ao benefício da Defensoria, entretanto, o custeio dos honorários contratuais pode prejudicar seu orçamento familiar, pois, em regra, a Defensoria Pública costuma restringir seu acesso às pessoas que comprovem renda inferior ao limite de isenção do imposto de renda, atualmente é de R\$ 1.710,74, logo quem auferir renda maior, salvo comprovação de gastos extraordinários como, por exemplo, remédios, não fará jus a essa assistência.

A doutrina em peso critica essa postura da Defensoria, pois o acesso a esse órgão, segundo a Carta Magna, é de quem comprove insuficiência de recursos para arcar com os honorários contratuais, independentemente da capacidade econômica de cada agente, entretanto, a restrição supracitada ocorre na prática.

Logo, o tema em análise possibilita a tutela daquele indivíduo que, a título de exemplo, ganhe três mil reais, no qual é impossibilitado de buscar, sem imbrólios, a tutela da Defensoria, e tem que dispor de dois mil reais para arcar com as custas com advogado.

Portanto, os argumentos da corrente conservadora não se mostram razoáveis, pois é capaz de promover injustiças junto aos jurisdicionados de modo, com base nos argumentos supracitados, entende-se pela aplicabilidade dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil, uma vez que, ainda que essa aplicabilidade incorresse em alguns prejuízos para a parte vencida, se realizarmos uma análise

custo-benefício, é possível perceber que os benefícios são inúmeros, no que tange ao acesso a justiça.

2.2.2 Questão da Defensoria Pública

Ainda no julgado acima, temos que: *“A propósito, para corroborar a assertiva de que os gastos com honorários decorrem da vontade exclusiva de quem contrata o advogado, basta lembrar que nada impede que o interessado se valha da assistência jurídica prestada pelo sindicato que representa sua categoria, a fim de não ter de arcar com tais gastos. Se, por outro lado, assim não o fizer, a parte contrária não tem absolutamente nada a ver com isso.”*

Com base no trecho *supra* e trazendo-o do Direito do Trabalho para o Civil em que a assistência sindical seria substituída pela assistência da Defensoria e, sem contar as restrições no que tange à Defensoria Pública ora explicitada no tópico anterior, qual seja a impossibilidade de tutela daqueles jurisdicionados que percebem remuneração superior ao teto de isenção do imposto de renda, demonstraremos o quão absurda é a afirmação do Ministro Relator.

Segundo o acórdão acima, o fato de existir um órgão que fornece assistência gratuita aos jurisdicionados, impossibilita à parte que sofrera lesão de buscar reparação por perdas e danos decorrentes das despesas custeadas pelo profissional por ela contratado.

Assim, a título de exemplo, pensemos no caso em que uma pessoa sofra alguma lesão corporal perpetrada por terceiro e, em virtude disso, contrata um cirurgião plástico a fim de sanar esse problema.

A doutrina e a jurisprudência é pacífica no sentido de que essa pessoa poderá exigir por meio de indenização por danos materiais, o ressarcimento todas essas despesas, e nada mais justo, uma vez que somente contratara esse prestador de serviço em virtude dessa lesão causada por terceiro.

Entretanto, com base no trecho acima, não será possível a referida indenização, haja vista que o Sistema Único de Saúde garante o tratamento gratuito dessa pessoa e, *“Se, por outro lado, assim não o fez, a parte contrária não tem absolutamente nada a ver com isso”*.

Posto isso, através dessa analogia, fica claro perceber que, o fato de existir um órgão que preste esses serviços gratuitamente aos cidadãos, em nada

prejudica o direito de reembolso das partes lesadas, sob pena de extinguir o instituto das perdas e danos, uma vez que esse instituto só terá aplicabilidade quando esses serviços não forem fornecidos pelo Estado.

Ademais, cumpre salientar, que por ser uma prestação de serviço, cuja natureza é a de ser uma obrigação *intuiti personaem*, as partes possuem a prerrogativa de escolher os profissionais em que confiam, de forma que impô-las o atendimento por um profissional pré-determinado como requisito para a obtenção de reembolso, viola gravemente a autonomia da vontade e pode implicar em prejuízos na qualidade das ações judiciais, uma vez que o profissional imposto pelo Estado não, necessariamente, é mais qualificado para determinado processo judicial.

2.2.3 Não há ato ilícito, logo a conduta não é passível de indenização.

Um terceiro argumento bastante utilizado pelos magistrados que denegam a indenização dos honorários advocatícios contratuais baseiam-se no fato de que segundo o artigo 927 do Código Civil, temos que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Já os artigos 186, 187 e 188 definem ato ilícito e estabelecem suas exceções. Vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Posto isto, defendem que um processo judicial, por ser um exercício regular do Direito não é ato ilícito e, conseqüentemente não se enquadra no artigo 927 de forma que não se faz possível pleitear indenização.

É o que trecho do acórdão acima defende:

Inexiste dever de indenizar sem a inequívoca demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil (...) o fato de o postulante - no

caso, o apelante - preferir a contratação de advogado, mediante remuneração, para defesa de seus interesses, não implica a responsabilização da parte contrária no sentido de ressarcir os honorários contratuais pagos, **porquanto não se verifica qualquer conduta ilícita imputável** a esta parte que se relacione de forma direta e lógica à contratação decorrente da vontade exclusiva de outrem. (grifo nosso)

Em relação a esses argumentos, podemos perceber que tal justificativa além de ser equivocada, não contempla todos os casos que o tema em análise abarca, haja vista que temos duas hipóteses em que poderão ser exigidas as indenizações advocatícias, quais sejam: 1) quando a parte figurar como autor; 2) quando ela figurar como réu.

A primeira hipótese é quando o lesado figura como autor de um processo judicial, nesse caso, teremos uma ação indenizatória que visa repreender um verdadeiro um ato ilícito, de forma que com o provimento final, ele fará jus ao reembolso dos honorários contratuais. É o caso já citado da justiça do trabalho, em que o empregador não adimpliu com as verbas rescisórias do empregado, de forma não lhe restar opção senão buscar a tutela jurisdicional. Nesse caso, por haver um ato ilícito do empregador, quando condenado terá de reembolsar, juntamente com as perdas e danos, os honorários contratuais advocatícios. É o que se extrai dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil:

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

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais, regularmente estabelecidos, e **honorários de advogado**.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, **custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional**.

Já a segunda hipótese ocorre quando o lesado figura como réu de um processo judicial, nesse caso, não teremos um ato ilícito, haja vista que o autor estava em exercício regular do direito, de forma que ainda que saia vencido, segundo o julgado acima, o réu não faria jus ao reembolso dos honorários advocatícios contratuais.

Entretanto, essa posição jurisprudencial deixa de sopesar os alicerces da responsabilidade civil, haja vista que esse instituto tem por substrato o princípio

do *neminem laedere*, proveniente do Direito Romano, que estabelece o dever de não causar prejuízo a ninguém.

Tal princípio possibilita, no direito pátrio, a existência de inúmeros casos de atos lícitos serem objeto de ressarcimento. Podemos exemplificar com a responsabilidade por dano a terceiro, previsto no artigo 929 do Código Civil, no qual uma pessoa que não tenha causado o perigo, se lesionada, fará jus a reparação civil, bem como a pessoa que, em virtude de um *aberratio ictus*, sofre danos provenientes de alguém que estava em legítima defesa.

Esses casos, dentre outros, em virtude desse princípio, possibilitará a indenização do ofendido ainda que o ato seja lícito, entretanto, a doutrina majoritária entende que só será possível quando houver permissivo legal, o que se coaduna com a tese ora defendida, ante a possibilidade criada pelo legislador nos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil.

Portanto, podemos concluir que, com base nos argumentos supracitados, a ausência de ilicitude não possui o condão inviabilizar o instituto em epígrafe, de forma que tanto como autor quanto como réu, será cabido o reembolso dos honorários advocatícios contratuais.

2.2.4 A *res inter alios acta*.

Um outro argumento utilizado pela jurisprudência para ilidir a aplicação dos artigos 389, 395 e 404 é o princípio da inoponibilidade da relação contratual a terceiros também conhecido como *res inter alios acta*. Tal máxima estabelece que uma relação contratual possui natureza *inter parts*, de modo que terceiros não se submetem aos efeitos decorrentes do contrato. Assim, o contrato só produz efeitos em relação às pessoas que dele participaram e que nele, manifestaram suas vontades.

Todavia, essa tese não deve prosperar por carecer conhecimentos propedêuticos acerca do tema, uma vez que o instituto da responsabilidade civil tem como pressupostos a conduta, o nexos causal, a culpa e o dano. Vejamos alguns conceitos:

Segundo Savatier²⁵ a responsabilidade civil é “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outro, por fato próprio, ou fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Já Bittar²⁶ estabelece outras peculiaridades. Vejamos:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.

Assim, quando o vencedor de uma demanda judicial requer a indenização por perdas e danos dos honorários contratuais advocatícios e junta aos autos o valor que fora pactuado com seu patrono, o que ocorre, não é a imposição de cumprimento desse contrato ao sucumbente, mas sim a demonstração do montante que fora desembolsado pelo vencedor para que seja evidenciado o requisito “dano” e, conseqüentemente seja ressarcido de seu prejuízo financeiro.

Entretanto, apesar de nesse exemplo, o resultado ser idêntico, uma vez que em ambos os casos a consequência lógica seria o pagamento dos valores gastos pelo vencedor, temos institutos bastante distintos, porém de difícil visualização haja vista que tanto a reparação do dano, quanto o adimplemento contratual possuem natureza pecuniária.

Destarte, a fim de exemplificar a diferença utilizaremos uma obrigação de fazer de coisa fungível. Logo, segundo o artigo 249 do Código Civil, temos que:

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Esse artigo ressalta, que no caso de inadimplemento de uma das partes em uma obrigação de fazer, é lícito ao prejudicado contratar um outro profissional de ramo congênere e exigir, por meio de indenização, que o inadimplente reembolse-o.

Assim, podemos perceber esse reembolso não tem a natureza de ser uma oponibilidade do segundo contrato ao inadimplente, mas de reparação do dano

²⁵ SAVATIER, René. *Traité de Responsabilité Civile em Droit Français*, 2. ed. Paris Librairie Générale, 1951. p.557.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.561.

por ele causado. Entendimento contrário, só faria sentido caso fosse imposto ao inadimplente o cumprimento forçado da obrigação de fazer sob pena de multa diária.

Portanto, a questão em análise versa tão somente acerca da reparação dos danos causados por terceiro, não entrando em aspectos acerca da relatividade contratual, pois pensamento contrário, implicaria na extinção do instituto das perdas e danos haja vista que toda indenização pleiteada pelo lesado poderia ser considerada uma estipulação contratual de ônus à terceiro implicando violação do princípio da *res inter alios acta*.

2.2.5 A presunção má-fé do advogado.

Alguns julgadores argumentam que o instituto em epígrafe não deve ser deferido, pois o advogado, em conluio com seu cliente poderia majorar o valor do contrato a fim de locupletar do patrimônio do sucumbente.

Primeiramente é um contra-senso negar eficácia a um instituto, que tanto beneficia os jurisdicionados, em virtude de dano um hipotético que sequer exista fundado receio de sua ocorrência.

Ademais cumpre ressaltar que tal entendimento é absurdo uma vez que, no direito pátrio, não existe presunção de má-fé, de forma que aquele que argúi-la deverá prová-la. Além disso, por que motivos há a presunção de má-fé somente no que tange aos honorários advocatícios?

Quando alguém sofre uma lesão corporal e contrata um médico particular para prestar-lhe serviços cirúrgicos, nenhum magistrado deixa de condenar à parte contrária ao reembolso de suas despesas sob argumento de conluio entre médico-paciente a fim de majorar as reais despesas desse trabalho. Entretanto, sendo advogado, sempre há que levante o argumento acima.

Ressaltamos que o advogado é um prestador de serviços como qualquer outro, de forma que não se faz possível que tenha tratamento mais gravoso que os demais profissionais.

Destaca-se que, caso seja observado pelo julgador que o valor dos honorários contratuais sejam mais altos que os normalmente pactuados pelos profissionais do mercado, segundo o artigo 944 do Código Civil, o valor da indenização poderá ser diminuído. Vejamos:

Uma outra solução, bastante pertinente, que, inclusive, nos filiamos é a proposta no julgado acima, proferido pela Ministra relatora Nancy Andrighi, na qual utilizaríamos como parâmetros, para aferir a abusividade do valor dos honorários advocatícios, a Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil. Vejamos:

Por fim, para evitar interpretações equivocadas da presente decisão, cumpre esclarecer que, embora os honorários convencionais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valor cobrado pela atuação do advogado não pode ser abusivo. Dessarte, se o valor dos honorários contratuais for exorbitante, o juiz poderá, analisando as peculiaridades do caso concreto, arbitrar outro valor, podendo utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB.²⁷

As Tabelas da Ordem dos Advogados do Brasil são indexadores criados pelos Conselhos Seccionais, previstos no artigo 22 parágrafo segundo da Lei 8906/94, que visam fixar os valores mínimos que os advogados poderão pactuar com seus clientes. Nessas tabelas, podemos perceber que os valores não são fixos, uma vez que podem variar de acordo com inúmeros aspectos, tais como, a reputação do advogado, a dificuldade e a duração do processo, o valor econômico da causa, dentre outros.

Observamos alguns valores estabelecidos na tabela OAB/MG²⁸:

<p>2- PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA</p> <p>Consignação em pagamento, depósito, anulação e substituição de título ao portador, prestação de contas.</p> <p>A) Se contestada, aplica-se o preceituado no item I desta tabela: Mínimo – R\$ 1.500,00.</p> <p>B) Não contestada, até ¾ do estabelecido no item I desta tabela. Mínimo – R\$ 1.000,00.</p> <p>3- POSSESSÓRIAS</p> <p>A) Manutenção e reintegração de posse - 20% sobre o valor da coisa litigiosa: Mínimo – R\$ 1.500,00.</p> <p>B) Interdito proibitório - 10% sobre o valor da coisa litigiosa. Mínimo – R\$ 1.500,00.</p> <p>4- DIVISÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS PARTICULARES:</p> <p>A) Não contestada, 5% sobre o valor do quinhão que couber ao cliente: Mínimo – R\$ 1.500,00.</p> <p>B) Contestada - 10% sobre o mesmo valor: Mínimo – R\$ 2.000,00.</p>
--

²⁷ RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.725 - MG (DJe 24.06.2011 - p. 1904).

²⁸ Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Minas Gerais. Ano 2008. p.8. Disponível em: < http://www.oabmg.org.br/tesouraria/honorarios_net.pdf > Acesso em 15/08/2013.

Assim, observando a tabela acima, podemos perceber que a Ordem dos Advogados estabelece um piso bastante justo em relação aos honorários de advogado de modo que, com aplicabilidade do objeto deste trabalho, os magistrados não teriam problemas em verificar os excessos dos advogados.

Logo, o posicionamento que ora defendemos é no sentido de que o vencedor fará jus ao reembolso dos honorários contratuais advocatícios e, caso seja levado ao juízo valores excessivos, o magistrado, utilizando como paradigma a tabela da OAB e, valendo-se do permissivo estabelecido pelo artigo 944 do Código Civil, poderá reduzir o valor da indenização a ser paga ao sucumbente em montante nunca inferior ao mínimo da tabela da ordem. Posto isto, passaremos para o último, dos principais questionamentos acerca do instituto em epígrafe.

2.2.6 A questão da indenização infinita.

Uma questão bastante pertinente suscitada pelos magistrados acerca do reembolso dos honorários advocatícios tangencia o fato de que se o vencedor tem o direito de exigir da parte contrária o reembolso dos gastos com advogado, teremos o seguinte problema:

“A” contrata um advogado para ingressar com um procedimento contencioso contra “B” ajustando com seu patrono uma remuneração de R\$ 5000,00. Partindo da premissa que “A” logrou êxito em sua ação, e não tenha exigido incidentalmente o reembolso dos honorários advocatícios, “A” contrata seu advogado para ingressar com uma ação a fim de recuperar o valor desembolsado na no primeiro procedimento, ajustando com seu patrono, para essa nova ação judicial, uma remuneração de R\$ 2000,00.

Seguindo a lógica acima, caso a parte não exija incidentalmente o reembolso dos honorários da segunda ação, poderá, sucessivamente, ingressar novas ações, gerando *looping infinito* na qual ela irá se locupletar sem causa do patrimônio alheio. Assim, como resolver esse imbróglio?

Para resolver esse empecilho jurídico utilizaremos raciocínio análogo ao que a doutrina majoritária usa em relação aos honorários sucumbenciais na execução bem como o princípio da causalidade.

O princípio da causalidade estabelece que aquele cuja conduta ensejou dano à terceiro tem a obrigação de repará-la. Logo, extrai-se da dicção de Abdo²⁹ acerca dos pensamentos de Chiovenda, que o sucumbente será condenado aos honorários advocatícios somente em relação aos processos que tenha dado causa. Vejamos:

Com base nessas constatações, Chiovenda lançou mão da idéia de sucumbência, segundo a qual a responsabilidade pelo custo do processo deveria ser atribuída, em todos os casos, àquele que sucumbiu, ou seja, àquele que acabou vencido no processo. A condenação ao pagamento das despesas havidas com o processo teria por base o fato objetivo da derrota, e sua finalidade seria tão-somente a de repor a situação ao status em que ela estaria caso o processo não tivesse sido necessário. Contudo, a mera sucumbência não é suficiente para explicar todos os casos em que se deve atribuir a responsabilidade pelo custo do processo. Na verdade, a sucumbência é, como dito, um indicador do verdadeiro princípio que deve prevalecer em matéria de atribuição da responsabilidade pelo custo do processo: o da causalidade. Ao que parece, Chiovenda já antevira esse princípio ao verificar que a mera noção de sucumbência não era suficiente para explicar todos os casos de atribuição da responsabilidade pelo custo do processo a uma das partes. A partir dessa constatação, o processualista italiano buscou solução para esses casos na idéia de evitabilidade do processo, a qual nada mais significava do que aquilo que hoje se conhece por princípio da causalidade. Segundo o princípio da causalidade, existe sempre uma relação de causalidade natural entre a conduta (ação ou omissão) e o resultado, que serve de suporte fático para a imposição de uma sanção. A responsabilidade pelo custo do processo deve recair, assim, objetivamente sobre aquele que deu causa ao processo ou à despesa em si, mediante uma pretensão infundada ou resistência sem razão.

Assim, no caso em análise, realizando um juízo de causalidade, podemos perceber que em relação à primeira ação, a parte fará jus ao reembolso aos honorários contratuais. Já em relação à segunda ação entendemos, em pensamento idêntico ao utilizado pela doutrina majoritária no eu tange aos honorários sucumbenciais na execução, que a parte vencedora somente fará jus ao segundo reembolso no caso de quando não haja o pagamento voluntário dessas verbas pelo vencido, uma vez que, nesse caso ele não daria causa à segunda demanda.

Em relação aos honorários em cascata, a partir do terceiro, defendemos que a parte, independente de qualquer situação, não fará jus ao reembolso, uma vez que não há o que se falar em conduta do vencido que originou essa ação, pois

²⁹ ABDO. Helena Najjar, in O (Equivocadamente) Denominado “Ônus Da Sucumbência” no Processo Civil. Artigo publicado na Revista de Processo, v. 140, p. 8-9, outubro/2006. Disponível em: <<http://www.marcatoa.dvogados.com.br/sdi/paginas/imagens/arquivo42.pdf/>> acesso em 13 de julho de 2013.

segundo os critérios de Chiovenda, essa ação seria perfeitamente evitável, haja vista que o vencedor, tinha a faculdade, de exigir, incidentalmente, o reembolso da segunda verba honorária e, se não o fez, é porque busca enriquecer-se sem causa através do patrimônio alheio.

Assim, o presente trabalho entende pela admissibilidade do reembolso das verbas concernentes à primeira ação bem como a inadmissibilidade no que tange às sucessivas a partir da terceira, de modo que a único juízo de valoração em que o magistrado deverá realizar, é em relação à segunda demanda reparatória, no qual utilizará os critérios de evitabilidade da lide.

Portanto exaurimos as principais controvérsias acerca do tema objeto dessa monografia de forma que passaremos para o último capítulo que trata dos principais benefícios provenientes da implementação do sistema reembolso dos honorários contratuais advocatícios.

3. PRINCIPAIS BENEFÍCIOS DECORRENTES DA APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 389, 395 E 404.

Nesse último capítulo, discutiremos quais serão as principais consequências positivas decorrentes da implementação dessa nova sistemática no direito brasileiro.

3.1 Maior garantia do acesso à justiça

Antes de iniciarmos a discussão faremos a seguinte indagação: o que é melhor um processo que seja gratuito, porém, que não garanta condições isonômicas, ou um sistema que, apesar de mais custoso, em que as partes poderão contratar bons advogados a fim de litigarem em paridade de armas?

Como é sabido por todos, o acesso à justiça está esculpido no artigo 5º, XXXV e estabelece que a Lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito, todavia esse princípio só é formalmente garantido.

Ressaltamos isso, uma vez que formalmente, qualquer cidadão possui o Direito de ingressar com demandas judiciais, contestar ações e, conseqüentemente impulsionar a marcha processual. Entretanto, materialmente esse princípio carece de eficácia, uma vez que a garantia desse instituto vai muito além “abrir as portas do judiciário” haja vista que sem a igualdade entre as partes, da ampla defesa, do devido processo legal, bem como a razoável duração do processo em nada servirá esse princípio constitucional.

Nesse sentido, Silva³⁰:

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, pois está bem claro hoje, que tratar ‘como igual’ a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça. Os pobres têm acesso muito precário à Justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados.

Assim, com a implementação do instituto objeto dessa monografia, esses problemas serão sanados, pois as partes poderão contratar bons advogados

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. revista. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 222/223.

e litigar em condições de paridade, garantido-lhes a eficácia dos princípios processuais tais como da ampla defesa, haja vista que não há o que se falar nesse e em outros princípios, se os litigantes dispõem de advogados desprovidos de técnica processual.

Ademais, conforme já ressaltado, esse instituto garantirá a inclusão dos jurisdicionados com renda intermediária, que não possuem condições de custear bons advogados particulares bem como são excluídos do manto da Defensoria Pública.

Para alguns, o reembolso dos honorários contratuais prejudicará o acesso de alguns litigantes ao judiciário, uma vez que temerosos em sucumbir, deixarão de litigar. Entendemos que essa posição está correta, entretanto tal consequência, ao nosso ver é bastante positiva como veremos no tópico a seguir.

3.2 A inibição à litigiosidade.

A doutrina contrária à eficácia dos artigos 389, 395 e 404 argumenta que, esses dispositivos têm o condão de limitar o acesso à justiça, uma vez que, com a majoração das despesas do sucumbente, as partes deixariam de litigar.

Não obstante, os jurisdicionados devem ter consciência acerca da seriedade de um processo judicial, pois esse instrumento não deve ser tido como uma “aventura” na qual objetiva-se a revelia da parte contrária a fim de locupletar-se de seu patrimônio, fato esse, muito comum na Justiça do Trabalho, em que diversos empregados sob manto da gratuidade da lide congestionam os tribunais com ações ineptas. Um exemplo dessa irresponsabilidade são as ações visando dano moral, na qual por situações de inadimplemento mínimo ou de mero aborrecimento obstruem o poder judiciário, é o caso já citado que ocorrera no *english rule*, em que um magistrado ingressa com uma ação exigindo indenização de 54 milhões de dólares contra uma lavanderia, em virtude a perda de um par de calças.

Além disso, quem nunca ouviu falar frases similares à: “achou ruim, processe-me!”. Tal praxe ocorre em virtude do fato de que os jurisdicionados perceberam que, ainda que errados, é mais barato protelar do que ressarcir do a outra parte do dano que cometeram. Podemos citar inúmeros exemplos, tais como o dos bancos, em que a manutenção de uma demanda é bastante vantajosa, uma vez que o montante que deveria desprender para adimplir com determinada obrigação,

se corrigido, é muito inferior ao lucro que obterá, caso esse valor seja aplicado. Igualmente ocorre com as grandes empresas, tais como as de telefonia celular, que se apropriam de pequenos valores dos usuários, haja vista que sabem que eles permanecerão silentes, uma vez que um processo judicial seria bem mais oneroso a eles.

Para esses casos, é sabido que existem órgãos de tutela coletiva que buscam através de inúmeros instrumentos, tais como os *punitive damages*, desestimular essas práticas. Entretanto, com a aplicabilidade desse instituto, certamente, inibirá a conduta dessas empresas inescrupulosas uma vez que deverão indenizar, além dos danos que incorreram, os honorários contratuais advocatícios das partes.

Nesse sentido Rollo³¹:

Em tempos em que o pagamento espontâneo e pontual das obrigações tornou-se exceção, tendo em vista que a demora na tramitação dos processos judiciais acaba dilatando o termo do pagamento, excluir o ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais acaba sendo mais uma medida que beneficia exclusivamente o devedor. De outra parte, é natural que aquele que deu causa à contratação do advogado, e com isso gerou prejuízo maior, arque com essas despesas acrescidas à dívida original, até como fator de desestímulo.

Assim, a redução desses litígios infundados implicará na desobstrução do Poder Judiciário como conforme veremos no próximo tópico.

3.3 A Desobstrução do Poder Judiciário e a melhoria da qualidade dos processos.

É sabido que, havendo a condenação em honorários advocatícios contratuais, a maioria dos processos abusivos mencionados no tópico acima deixaria existir, evitando a movimentação da máquina judiciária de forma desnecessária, resguardando-a para os casos realmente importantes.

Conforme visto anteriormente, com a diminuição desses processos, o perfil das lides brasileiras mudaria seguindo o exemplo que ocorrera na Florida,

³¹ Rollo, Arthur. Ressarcimento de honorários contratuais dentro da própria ação: possibilidade. Junho de 2012. p.1. Carta Forense. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/ressarcimento-de-honorarios-contratuais-dentro-da-propria-acao-possibilidade/8705> > Acesso em 15/08/2013.

conforme visto no primeiro capítulo, e implicando em melhorias na qualidade dos processos, uma vez que as partes só buscariam a tutela jurisdicional quando houvessem fundadas chances de vitória. Ademais, ocorreria melhora na qualidade dos julgados decorrentes da diminuição do número de ações judiciais.

Cumpra salientar que, tomando por paradigma as pesquisas realizadas por GRYPHON³², podemos inferir que o custo da justiça brasileira diminuirá, pois nos países que aplicam o *english rule*, conforme já vimos, o contencioso civil onera aproximadamente um terço a menos o Produto Interno Bruto do em relação aos países que utilizam do *american rule*.

Posto isto, passaremos para análise do último tópico desse capítulo que versa sobre os benefícios dessa nova sistemática para a classe de advogados.

3.4 O efetivo cumprimento da Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil.

Hodiernamente é possível perceber um descrédito na profissão dos advogados, seja em virtude do mercado estar repleto de profissionais irresponsáveis que visam, exclusivamente esbulhar seus clientes, seja pelo grande volume de profissionais despreparados que sequer sabem utilizar o vernáculo.

Além disso, o sistema vigente contribui para essa dinâmica uma vez que, em virtude dos sucumbentes não indenizarem os honorários contratuais de seus causídicos, os vencedores, a fim de aproximar-se da restituição integral, buscam no mercado os advogados que cobram preços módicos. Esses por sua vez, desprovidos de boa técnica processual, na maioria dos casos, descumprem os valores mínimos fixados pela tabela da ordem, vinculando-se a inúmeros processos a fim de custearem as despesas de seus escritórios, implicando em concorrência desleal com seus pares e, impossibilitando o acesso do jovem advogado ao mercado de trabalho.

Logo, em virtude da multiplicidade de processos que litigam, observamos que, na prática, não há uma boa prestação de serviço aos clientes de forma que, na maioria dos casos, as demandas em que patrocinam são julgadas improcedentes, inclusive, por fenômenos como preclusão, revelia, abandono de causa, perpetuando o estigma de desonestidade na advocacia.

³² GRYPHON, Marie. Greater Justice, Lower Cost: How a “Loser Pays” Rule Would Improve the American Legal System. Manhattan Institute, December 2008. p.9.

O mais interessante é que os clientes desses advogados sabem que eles são desprovidos de boa técnica processual, entretanto optam por esses serviços, haja vista se lograrem êxito na demanda, aproximam-se da reparação integral, ao contrário dos demais advogados que, apesar das chances de vitória serem bem maiores, caso ocorra, grande parte da indenização, ou até mesmo sua totalidade, seria destinada a custear seus serviços.

Assim, com essa sistemática, o processo tornou-se um jogo em que quanto maiores os riscos, maiores os ganhos!

Logo, com a implementação dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil, haverá benefícios tanto para os clientes quanto para seus patronos, uma vez que os advogados poderão cumprir o mínimo estabelecido na Tabela da OAB, implicando na garantia de sua eficácia, bem como na dignidade da profissão e os clientes terão melhor autonomia na escolha de seus defensores, possibilitando a paridade de armas entre os litigantes uma vez que poderiam contratar advogados melhores.

Essa dinâmica incentiva os advogados a se qualificarem haja vista que, quanto mais técnicos forem, certamente maior será a procura, diferentemente da dinâmica atual, em que a demanda de clientes é inversamente proporcional ao valor dos honorários.

Posto isto encerramos esse capítulo e passaremos às considerações finais acerca desse trabalho.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no decorrer do trabalho, percebemos que a sistemática do indeferimento dos honorários advocatícios contratuais afigura-se como uma das maiores injustiças frente aos jurisdicionados.

Constatamos, por meio de análise histórica, que originariamente - cerca de dois anos atrás - a sistemática da época era mais vanguardista do que a atual, uma vez que se buscava a aplicação da justiça ao caso concreto e o retorno daquele que sofrera danos ao *status quo ante* e, com o tempo, seja por pressão das empresas com grande poderio econômico, seja pela influência da Ordem dos Advogados do Brasil, esse instituto foi desvirtuado ocasionando em uma ordem jurídica na qual os causídicos são duplamente remunerados e as partes nada recebem a título de indenização. O que ocorrera, portanto, foi um retrocesso social.

Assim, com metodologia utilizada nesse trabalho, qual seja a coleta de dados empíricos existentes no Direito Comparado, foi possível a realização de prognósticos que nos possibilitaram expor, através da análise dos aspectos positivos e negativos de cada sistema, se é melhor migrarmos ou permanecermos no atual arranjo. E a resposta para esse questionamento é pela mudança do regime jurídico dos honorários advocatícios com a efetiva aplicação dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil.

Tal modificação, conforme visto nos capítulos anteriores, implicará em diversos benefícios, quais sejam: a garantia do acesso à justiça; a inibição à litigiosidade; a desobstrução do Poder Judiciário; a melhoria na qualidade dos processos; a diminuição em até dois terços das despesas com a justiça; o efetivo cumprimento da tabela da Ordem dos Advogados bem como evitar o aviltamento da profissão.

Assim, o que buscamos com essa monografia é que o sucumbente arque a título de perdas e danos com os honorários contratuais advocatícios do vencedor e caso o magistrado perceba que o valor da condenação seja desproporcional ao dano em que o vencido incorrera, com base no artigo 944 do Código Civil, reduzirá o valor da indenização, contudo, nunca em montante inferior ao mínimo fixado na tabela da OAB. Esses dispositivos são muito importantes uma vez que possibilitarão

a reparação total do dano sofrido pela parte, evitando que esta tenha que retirar uma parte do montante que lhe for devido para o pagamento de seu advogado, de forma que o vencedor não terá qualquer diminuição patrimonial por valer-se de uma tutela jurisdicional.

Por tudo isso, concluímos que, hodiernamente, diversos são os fatores que proporcionam a revisão do entendimento cristalizado na jurisprudência dominante, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, em que, inclusive, já existem precedentes que ratificam a tese defendida neste trabalho, conforme demonstrado nos capítulos anteriores. Entendimento contrário só agravaria a situação de desequilíbrio entre os litigantes incitando a formação de lides abusivas, alastrando, por sua vez, o sentimento de ineficiência da ordem jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO. Helena Najjar. **O (Equivocadamente) Denominado “Ônus Da Sucumbência” no Processo Civil.** Artigo publicado na Revista de Processo, v. 140. São Paulo:2006. Revista dos Tribunais.

BEZERRA, Andrea Soares. **Honorários Contratados e Honorários Sucumbenciais.**
In:<<http://www.bezerraegiachetta.adv.br/index.php?t=artigo&codigo=6/>>acesso em 20 de julho de 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil.** 1 ed. Rio de Janeiro: 1994. Forense.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei 5.869: Código de Processo Civil.** 1973. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei 10.406: Código Civil Brasileiro.** 2002. Brasília, DF: Senado Federal.

BUZAID Alfredo. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil.** Agosto de 1972.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios.** 4ª Edição. São Paulo: 2012
Revista dos Tribunais.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil,** tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: 1969. Saraiva.

ENUNCIADOS. **1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho,** 2007.

ENUNCIADOS. **V Jornada de Direito Civil.** Conselho da Justiça Federal. 2012.

GRYPHON, Marie. **Greater Justice, Lower Cost: How a “Loser Pays” Rule Would Improve the American Legal System.** Manhattan Institute, December 2008.
In:<http://www.acslaw.org/Gryphon_How_A_Loser_Pays_Rule_Would_Improve_the_American_Legal_System.pdf> acesso em 11 de julho de 2013.

GIMENES, José Jácomo, FERREIRA, Roni. MORAES, Marcos César Romeira. **Advogado Não Tem De Receber Verba Indenizatória**. Março de 2012. In: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-26/advogado-recebe-honorario-nao-receber-verba-indenizatoria>> acesso em 15/05/2013

HUGHES, James, SNYDER, Edward. **Litigation under the English and American Rules: Theory and Evidence**. The University of Chicago Press, 1992. In:<<http://research.chicagobooth.edu/economy/research/articles/80.pdf>>. Acesso em: 10 julho. 2013

MADEIRA, Hécio Maciel Franca. **História da advocacia: origens da profissão de advogado no direito romano**. São Paulo: 2002. Revista dos Tribunais.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. **Honorários contratuais não devem ser confundidos com os de sucumbência**. Setembro de 2011.

In: <<http://professormedina.com/2011/09/29/honorarios-contratuais-nao-devem-ser-confundidos-com-os-de-sucumbencia>> acesso em 13 de maio de 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: 2003. Renovar.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: 2006. Livraria do Advogado.

NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 4ª ed. São Paulo: 1999. Revista dos Tribunais.

OAB/MG **Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Minas Gerais**. Ano 2008. Disponível em:< http://www.oabmg.org.br/tesouraria/honorarios_net.pdf> Acesso em 15/08/2013

ROLLO, Arthur. **Ressarcimento de honorários contratuais dentro da própria ação: possibilidade**. São Paulo: Junho de 2012. Carta Forense.

SAVATIER, René. **Traité de Responsabilité Civile em Droit Français**, 2. ed. Paris 1951. Librairie Générale.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: 2006 Atlas.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. revista. São Paulo: 2004. Malheiros.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial Nº 1.134.725 - MG. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> . Acesso em: 02 maio. 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36ªed. Rio de Janeiro: 2001. Forense.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível Nº 1.0024.08.245651-8/001 - Comarca De Belo Horizonte. Relator: Desembargador Fabio Maia Viani. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>> . Acesso em: 02 maio. 2013.

ULPIANO, Domício. **Corpus Júris Civilis**. D. 50,13,1,10. In:< <http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/Corpus/d-50.htm>> Acesso em 13 de agosto de 2013.

VILLELA, João Baptista. **A quem deve caber os honorários de sucumbência**. Segundo semestre de 2010. Editora Del Rey.