



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Honorários De Sucumbência: Uma Visão Crítica Sobre A Sua Titularidade

Isabel Horowicz Kallmann

Rio de Janeiro
2009

ISABEL HOROWICZ KALLMANN

Honorários De Sucumbência: Uma Visão Crítica Sobre A Sua Titularidade

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA: UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE A SUA TITULARIDADE

Isabel Horowicz Kallmann

Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Estado do Rio de
Janeiro - PUC

Resumo: O presente artigo científico enfrenta a questão raramente debatida sobre a titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência, que, segundo a lei e a praxe, são devidos ao advogado da parte contrária. O artigo propõe uma nova abordagem sobre o assunto, não mais baseada na lei e na praxe consolidada, mas sim no sentimento de justiça e na necessidade de tutela e efetivação dos princípios e postulados constitucionais. Desta forma, propõe que os honorários advocatícios de sucumbência sejam entregues à própria parte, e não ao seu advogado.

Palavras-chaves: Direito Processual Civil, Honorários, Sucumbência, Constitucionalidade.

Sumário: Introdução; 1 – Natureza jurídica da verba sucumbencial; 2 – Os artigos 21, 22, 23 e 24 §3º do estatuto da ordem dos advogados do Brasil: análise crítica; 3 – Causas em que a lei ou a jurisprudência afastam a condenação em honorários de sucumbência; 4 – Sugestão de alteração da prática jurídica e consequências quanto ao mercado de trabalho do advogado; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca de forma crítica a temática da titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência, os quais, segundo os arts. 21, 22, 23 e 24, §3º, da Lei 8906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB), são devidos ao advogado da parte vencedora. Tais normas já foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1194-4), porém continuam vigendo, com exceção do §3º do art. 24, cuja eficácia restou suspensa em decisão liminar proferida em 14/02/1996 (DJ

29/03/1996). Quanto aos art. 22 e 23 do EOAB, lamentavelmente, o egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) não conheceu da ação, ao fundamento de que a autora, Confederação Nacional da Indústria, não possui legitimidade para questioná-las, porque inexistente relação entre as suas finalidades e o objeto das normas impugnadas (ausência de pertinência temática).

Portanto, no quadro jurídico atual, estas normas continuam vigendo (com exceção do §3º do art. 24) e não há qualquer Ação de Inconstitucionalidade atualmente tramitando em face delas. Por meio do presente estudo, ficará demonstrado que tais dispositivos são incompatíveis com as regras e princípios constitucionais.

Busca-se nesta pesquisa despertar a atenção da comunidade jurídica para uma regra de distribuição das despesas processuais – especificamente dos honorários advocatícios – que, embora consolidada na lei, na doutrina e na jurisprudência, merece ser extirpada do ordenamento. Trata-se de regra promotora de uma grave situação de injustiça e desigualdade, especialmente quando se tem em vista a estrutura da sociedade brasileira, que pouco ou nenhum valor dá à cultura jurídica, de forma que apenas uma pequena parcela do povo tem efetivo acesso à Justiça.

Essas reflexões justificam-se pela relevância dos interesses antagônicos: o interesse dos advogados em contraposição ao interesse da sociedade como um todo. Se é verdade que os honorários são devidos aos advogados em razão do trabalho que desempenham, também é verdade que os honorários de sucumbência têm caráter ressarcitório.

Objetiva-se comprovar a incompatibilidade dos arts. 21, 22, 23 e 24, §3º do EOAB com a CRFB/88 e sugerir uma via alternativa para tal incompatibilidade. Busca-se demonstrar que os honorários advocatícios de sucumbência têm natureza jurídica de verba ressarcitória e têm finalidade de recompor o patrimônio do vencedor da ação. Sendo assim, demonstrar-se-á que os artigos mencionados violam os princípios do acesso à Justiça e da igualdade,

desconsideram o direito fundamental de propriedade e promovem o enriquecimento sem causa, ferindo, desta forma, os arts. 1º, inciso III, e 5º, *caput* e incisos XXII e XXXV, da CR/88 e o art. 884 do Código Civil.

Para tanto, foi dividido o estudo em 4 capítulos: no primeiro, será discutida a natureza jurídica do instituto em discussão; no segundo, serão enfocadas as causas da inconstitucionalidade dos arts. 21, 22, 23 e 24 §3º do EOAB; no terceiro, será aprofundado o tema, analisando-se casos específicos em que a lei ou a jurisprudência afastam a condenação em honorários de sucumbência; por fim, no quarto capítulo, serão enfrentadas, conjuntamente, a teoria e a prática, analisando-se de que forma o mercado de trabalho dos advogados brasileiros poderia ser afetado com a mudança de entendimento proposta.

Neste estudo, não há a pretensão de esgotar o tema, até mesmo porque a sua densidade social exige maior discussão, não só pela comunidade jurídica como também pela sociedade, usuária dos serviços da Justiça. Portanto, pretende-se tão somente chamar atenção para uma questão importante, porém ignorada.

1 – NATUREZA JURÍDICA DA VERBA SUCUMBENCIAL

O Código de Processo Civil, em seu art. 20, estabelece que “a sentença condenará o vencido a pagar *ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios*. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.

Trata-se da chamada verba sucumbencial, da qual fazem parte os honorários advocatícios de sucumbência. Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que a verba sucumbencial deve ser paga pela parte vencida à parte vencedora.

Então, pergunta-se: qual é a natureza jurídica dessa verba? Antes de responder à pergunta, é preciso verificar o escopo da norma. Trata-se de norma cogente que prevê o pagamento de verba devida em virtude do fato de que uma parte foi forçada a participar de processo judicial (seja na qualidade de autor – hipótese em que a participação no processo lhe foi imposta para fazer valer um direito seu –, seja na qualidade de réu – hipótese em que a participação no processo lhe foi imposta para defender-se de uma demanda injusta).

O objetivo do legislador foi proporcionar a restauração do equilíbrio entre as partes de um processo judicial, de forma que o vencedor, supostamente aquele que “tem razão”, não saia prejudicado financeiramente em razão de ter ingressado no processo judicial. Caso o legislador admitisse que a parte tivesse despesas sem que pudesse recuperar o respectivo valor futuramente, teríamos que admitir que *qualquer* pessoa necessitada de tutela jurisdicional sairia “perdendo” – ainda que apenas um pouco.

Dito isso, é de se concluir que a natureza da verba sucumbencial é de *verba ressarcitória*, isto é, indenização por dano material, dano este consistente, precisamente, no adiantamento das custas e honorários advocatícios (ou seja, adiantamento das despesas processuais). Assim entendem doutrinadores de renome como Humberto Theodoro Jr..

Se a tutela jurisdicional tornou-se necessária, isso ocorreu em virtude de um ato ilícito (abuso de direito) alheio, pois a outra parte da relação absteve-se de cumprir o seu dever voluntariamente, tornando mister a ação judicial.

Sendo a advocacia função essencial à justiça (art. 133 da Constituição da República), a representação da parte por advogado é obrigatória na maioria das causas judiciais (as exceções são previstas em leis especiais, como a Lei 9.099/90 e a Consolidação

das Leis do Trabalho, e serão examinadas em tópico próprio) e, sendo assim, qualquer pessoa que se veja diante da necessidade de tutela judicial deverá contratar um advogado.

Sobre o dispositivo em comento, THEODORO JR. (2008, p. 102) afirma que “a condenação do vencido ao pagamento de honorários é, em princípio, destinada a ressarcir os gastos que o vencedor despendeu com seu advogado”.

Ao fazer a ressalva de que isso ocorre “em princípio”, parece que o ilustre doutrinador se refere ao fato de que haverá hipóteses em que os honorários serão arcados não pelo vencido, mas sim por aquele que deu causa, desnecessariamente, à demanda. Trata-se do chamado “princípio da causalidade”, já consagrado em doutrina e jurisprudência.

O princípio da causalidade, embora não previsto expressamente na lei, é amplamente aceito, porque ele decorre diretamente da lógica jurídica processual. O direito de ação é abstrato, ou seja, independe da efetiva existência do direito material alegado em juízo. Porém, se alguém, no exercício deste direito abstrato, causar prejuízo a outrem, terá que ressarcir-lo, já que terá agido em abuso de direito (art. 187 do Código Civil). Este é o real sentido da verba sucumbencial. Caso contrário, haveria a perpetuação de um dano, sem o respectivo ressarcimento, em total afronta ao inciso V do art. 5º da Constituição da República.

Por fim, cumpre salientar que a natureza ressarcitória dos honorários advocatícios de sucumbência foram reconhecidos até mesmo pelo STF, que, no enunciado 616 da sua súmula de jurisprudência afirma que é permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado. Se os honorários não tivessem escopo de indenizar, não haveria razão para a existência desse enunciado.

2 – OS ARTIGOS 21, 22, 23 E 24 §3º DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA

Não obstante a previsão do art. 20 do Código de Processo Civil, os arts. 21, 22, 23 e 24 §3º do EOAB dispõem em sentido contrário. Tais dispositivos estão em manifesto confronto com o que dispõe o Código de Processo Civil, porque determinam que os honorários de sucumbência sejam pagos ao advogado da parte vencedora, e não à própria parte vencedora.

Sendo tais normas estatutárias posteriores à regra codificada, é de se reconhecer que, em tese, deveriam prevalecer, em virtude do critério cronológico de solução de conflito aparente de normas, critério esse estabelecido no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4657/42). Portanto, os dispositivos do EOAB teriam revogado implicitamente o art. 20 do Código de Processo Civil, por ser este incompatível com aqueles.

Ocorre que, como se demonstrará nos tópicos seguintes, os dispositivos mencionados do EOAB são incompatíveis com a Constituição da República e, como tais, são nulos. Segundo a teoria da nulidade da norma inconstitucional, a norma que viola a Constituição não pode produzir qualquer efeito válido.

Cumprido advertir que o art. 21 do EOAB foi questionado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos por intermédio da ADI 1114-6. Em sua inicial, alegou a parte autora a inconstitucionalidade do dispositivo por violação ao direito de propriedade. Porém, essa ação não foi conhecida pelo STF, sob o fundamento de que “a circunstância de a entidade eventualmente contar com advogados em seus quadros não

satisfaz o critério da pertinência” (ADI 1114-6, Ministro Relator Ilmar Galvão, DJU de 30/09/94).

Posteriormente, a Confederação Nacional da Indústria propôs outra ADI, instaurada sob o número 1194-4, impugnando não só o art. 21 como também os arts. 22, 23 e 24, §3º, do EOAB.

Diferentemente da decisão que tomara anteriormente, o STF entendeu, nesta ADI, que haveria pertinência temática da entidade autora para a impugnação do art. 21. Entenderam os Ministros que a autora possuía os pressupostos de pertinência para a discussão acerca da constitucionalidade dos arts. 21 e 24, §3º do EOAB. Todavia, por outro lado, entenderam que não havia pertinência temática quanto aos arts. 22 e 23, tendo restado não conhecida a ação quanto a estes dois dispositivos.

Quanto ao art. 21, o STF deferiu parcialmente a liminar para limitar a aplicação do parágrafo único desse dispositivo às hipóteses em que não haja estipulação em sentido contrário. Portanto, a partir dessa decisão, os honorários de sucumbência seriam percebidos pelo advogado, salvo disposição em contrário. Declarou o Ministro Relator, em seu voto na ADI 1194-4, que “os honorários, no caso de sucumbência, são um direito do advogado, mas que pode haver estipulação em contrário pelos contratantes”. Fundamentou sua decisão no fato de ser o direito aos honorários um direito disponível.

No que diz respeito ao §3º do art. 24, o STF suspendeu a sua eficácia em decisão liminar, porém sob fundamento diverso do defendido no presente estudo. O STF não se manifestou sobre a titularidade dos honorários de sucumbência. Apenas declarou a inconstitucionalidade do dispositivo por violar a autonomia contratual, ao entendimento de que os honorários advocatícios são direito disponível.

2.1- INCONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

O primeiro – e talvez mais marcante – fundamento da inconstitucionalidade dos dispositivos em tela encontra-se no postulado do acesso à Justiça, expresso no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República.

Foi pelos ensinamentos de Mauro Cappelletti em seu livro “Acesso à Justiça” que o postulado do acesso à Justiça propagou-se no mundo, por intermédio da teoria das ondas renovatórias do Direito, segundo a qual a ciência jurídica deveria passar por três grandes transformações – acessibilidade por parte dos hipossuficientes (1ª onda renovatória), defesa dos direitos coletivos (2ª onda renovatória) e novos e alternativos mecanismos de prestação jurisdicional (3ª onda). Os arts. 21, 22, 23 e 24 §3º do EOAB, todavia, estão na contramão dessa teoria, pois dificultam – se não impedem – o acesso à Justiça de grande parte da população, especialmente a brasileira.

O advogado, ao ser contratado por um cliente, estabelece o preço dos seus serviços. Esse preço, portanto, é fruto da autonomia da vontade e firmado em contrato de prestação de serviços advocatícios.

Para ajuizar uma demanda, qualquer pessoa necessita contratar um advogado. Salvo exceções expressas, em que o legislador, exercendo a ponderação de princípios, afastou a necessidade da atuação do advogado, esse profissional é contratado para representar a parte em juízo.

A advocacia é função essencial à Justiça. O art. 133 da Constituição da República não é uma mera norma programática, típica de uma Constituição Dirigente. Trata-se, ao contrário, de norma que concretiza uma realidade social pré-existente: a necessidade de profissionais do Direito no auxílio da atividade jurisdicional, uma vez que o cidadão, em

geral, não tem capacidade de atuar sem tal suporte. Portanto, não se trata de “reserva de mercado” aos advogados. Muito pelo contrário, pois o art. 133 da Constituição da República, antes de uma prerrogativa da advocacia, constitui uma forma de proteção do cidadão. Apesar de haver hipóteses em que a atuação do advogado é dispensada, essas situações são excepcionais e decorrem de uma ponderação de princípios efetuada pelo legislador.

Diante dessa situação, se qualquer um que se envolva em processo judicial necessita contratar um advogado, certo é que as partes envolvidas no processo judicial necessitam despende recursos próprios para financiar esse serviço.

Se a Justiça custa – e não é barato, diante dos altos valores dos honorários advocatícios contratuais – deve-se admitir que alguns direitos estarão desprotegidos, pois o acesso à Justiça para a defesa de direitos de baixo conteúdo patrimonial não valerá a pena para o titular deste direito. Um exemplo esclarecerá o que se quer dizer: se uma pessoa sente-se lesada em R\$ 1.000,00 (valor este não tão baixo, considerando a média de remuneração dos brasileiros) não quererá ajuizar a demanda, na medida em que, só de advogado, terá que pagar mais do que esse valor.

Nem se diga que, para esses casos, haveria a possibilidade de assistência judiciária gratuita pela Defensoria Pública pois tal assistência só é devida aos hipossuficientes (art. 134 da Constituição da República), sendo certo que nem sempre a pessoa interessada em fazer valer seu direito, equivalente a R\$ 500,00, será hipossuficiente.

A conclusão parece ser óbvia: se a parte não puder, ao final, reembolsar-se daquilo que despendeu com a contratação de advogado, ela simplesmente não ajuizará a demanda, deixando de fazer valer o seu direito material.

Não há motivo razoável para diferenciar as custas processuais – que, ao final do processo, são devidas àquele que as adiantou – dos honorários advocatícios. Tanto as

situações são idênticas que o art. 20 do Código de Processo Civil não fez qualquer distinção. A distinção foi imposta pelo EOAB, de forma arbitrária e contrária à lógica do razoável.

2.2 – INCONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À PROPRIEDADE

Uma das características essenciais da atividade jurisdicional é a substitutividade, por ser a jurisdição função estatal que tem por escopo substituir a livre manifestação de vontade das partes de uma determinada relação jurídica, quando não for possível o acordo entre elas.

A Poder Judiciário deve providenciar à parte tudo aquilo que poderia ser obtido caso não tivesse surgido a lide, isto é, caso não tivesse ocorrido uma resistência à pretensão do autor.

Sendo assim, salvo em situações excepcionalíssimas – situações de impossibilidade fática de atendimento ao direito, como, por exemplo, quando morre o réu, em ação de obrigação de fazer personalíssima –, o autor de uma demanda judicial não pode ser obrigado a renunciar a parte do seu direito, pois, na via judicial, será obtido o direito por inteiro, salvo quando a entrega integral do direito for impossível. A perda de parte do próprio patrimônio só pode ocorrer se derivar de um ato voluntário.

Ocorre que, quando se ajuíza uma demanda judicial, faz-se necessária a contratação de um advogado, e, para que se mantenha a integridade do patrimônio do autor, o custo da contratação desse profissional deveria ser ressarcido pela parte contrária, que deu causa à ação judicial, sendo essa uma conclusão lógica do princípio da substitutividade já descrito. Caso a

parte não fosse ressarcida do custo, ela sairia sempre perdendo, isto é, a propriedade do autor seria parcialmente corroída, já que ele teve que despende dinheiro para pagar ao advogado.

O mesmo ocorre quando o réu é vencedor da demanda, pois, nesse caso, foi ele obrigado a litigar, sem ter dado causa a tanto, razão pela qual deverá ser ressarcido do dinheiro que despendeu para pagar o seu procurador. Caso contrário, também terá o seu patrimônio indevidamente corroído.

Nesse sentido manifesta-se CHIOVENDA, *apud* BARBI (1999, p. 134): "...a justificção desse 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...".

Embora as conclusões acima descritas emanem da lógica mais comezinha, não é essa a regra estabelecida nos arts. 21 a 24 do Estatuto da OAB. Esses dispositivos, como anteriormente dito, preveem que a parte sucumbente pagará honorários advocatícios ao advogado da parte contrária. Em outras palavras, o advogado da parte vencedora ganha duas vezes, enquanto que a própria parte vencedora sai, sempre, perdendo.

É por isso que os dispositivos referidos violam o direito à propriedade. O art. 5º, inciso XXII, da CRFB/88, estabelece que a propriedade é um direito do indivíduo, logo não pode ser preterido dessa forma injustificável.

Se o indivíduo necessita contratar um advogado que vá representá-lo em juízo para fazer valer o seu direito, o custo desse advogado deve ser ressarcido por aquele que violou o direito alegado em juízo. Qualquer regra diferente disso estará violando o princípio do *restitutio in integrum*, explícito nos arts 402 e 403 do CC e decorrente do art. 5º, XXII, da CRFB/88.

Os arts. 389, 395 e 404 do CC estabelecem expressamente que as perdas e danos incluem os honorários advocatícios. Essa é a correta regra que confere efetividade ao direito fundamental à propriedade.

Por fim, vale repetir os ensinamentos do Ministro Cesar Rocha, em seu voto-vencido no ERESP 880-2 – RS, ao tratar especificamente do cabimento dos honorários de sucumbência no mandado de segurança. Segundo o eminente Ministro, “não é lógico nem é justo que o vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais constrangimentos, senão vexames, sempre presentes, ínsitos mesmos, em todas as pelejas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono”.

2.3 – INCONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DA IGUALDADE

A igualdade também sofre violação direta pelas normas em exame, pois duas pessoas na mesma situação jurídica são tratadas de forma injustificadamente distinta.

O princípio da igualdade, segundo a doutrina de José Afonso da Silva (2001), consiste em signo fundamental da democracia, de forma que todos os cidadãos de um regime democrático devem ser tratados da mesma forma e devem ter a mesma proteção jurídica aos seus direitos.

Imagine-se que duas pessoas tenham comprado um carro defeituoso em determinada concessionária e uma delas reclama à concessionária, obtendo a troca do veículo defeituoso por um novo, enquanto a outra, por sua vez, não obtém êxito em sua reclamação, restando-lhe

unicamente a opção de ajuizar uma ação em face da empresa que lhe vendeu o veículo. Para tanto, deverá contratar um advogado.

Se essa pessoa que precisou contratar o advogado para obter a troca do veículo defeituoso não for, ao final do processo, ressarcida da despesa com o seu advogado, impossível negar que haverá, aqui, grave violação à isonomia. Duas pessoas, com o mesmo direito, em face da mesma pessoa, terão destinos distintos: uma receberá a integralidade do seu direito, e a outra terá seu patrimônio corroído pelo pagamento dos honorários advocatícios contratualmente fixados.

O ordenamento jurídico não pode corroborar com tal desigualdade, tendo em vista que, se duas pessoas vivem a mesma situação jurídica, os seus respectivos direitos devem ser tutelados de forma idêntica. Seria mais justo e razoável que a verba honorária sucumbencial fosse paga à parte vencedora, e não ao seu advogado, pois, dessa forma, a parte obteria a mesma vantagem que poderia ser alcançada se não houvesse um processo judicial.

Isso sem contar as hipóteses em que o direito alegado em juízo fosse de tão baixo valor que simplesmente não valesse a pena contratar um advogado para ajuizar a demanda. Em casos assim, o sujeito prejudicado não poderá fazer absolutamente nada em prol da defesa do seu direito que foi violado. É patente a violação ao princípio da igualdade, pois uma pessoa terá seus direitos respeitados e a outra, não.

No intuito de evitar essas desigualdades, é preciso extirpar do ordenamento os dispositivos que concedem ao advogado da parte vencedora os honorários advocatícios de sucumbência.

2.4 – INCONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Por fim, os dispositivos em análise (arts. 21, 22, 23 E 24 §3º EOAB) violam a CRFB/88, porque dão ensejo ao enriquecimento sem causa do advogado da parte vencedora da demanda.

Quando é contratado, o advogado, seja da parte ré ou da parte autora, fixa contratualmente os honorários que lhe serão devidos. Sendo assim, o advogado, independentemente do resultado da demanda, tem o seu trabalho remunerado por aquele que o contratou, destacando-se, aqui, que o contrato de honorários de êxito e a advocacia gratuita são situações peculiares, razão por que serão tratados mais adiante, no capítulo 4 deste artigo.

Dessa forma, o pagamento dos honorários de sucumbência ao advogado da parte contrária não se justifica juridicamente. Pelo contrário, ele afronta o princípio que veda o enriquecimento sem causa, princípio que decorre implicitamente do postulado da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, CRFB/88, e que está explicitado no art. 884 do CC.

Se é verdade que o trabalho humano deve ser valorizado, conforme determina o art. 170, *caput*, da CRFB/88, é igualmente certo que o trabalho deve ser remunerado de forma justa, ou seja, nem mais nem menos do que ele vale. E, para identificar quanto vale um certo trabalho humano, deve-se recorrer ao mercado. Não cabe à lei ou ao juiz estabelecer quanto vale o trabalho do advogado em determinada causa. O pagamento do advogado deve decorrer do contrato, como ocorre com a contratação de qualquer profissional liberal. Não cabe ao legislador definir a remuneração do trabalho do advogado, sob pena de privilegiar injustificadamente essa classe de profissionais.

Não se nega que existem hipóteses em que, por força do contrato de prestação de serviço, os honorários de sucumbência serão revertidos em favor do advogado. Porém, isso jamais deveria decorrer de lei. Não cabe à lei se imiscuir na autonomia da vontade quando não há razão para tanto.

É corolário do conteúdo da justiça o princípio segundo o qual “ninguém deve arcar com os ônus decorrentes da ilegalidade alheia” (BASTOS, 1982). Não há como obrigar alguém a, além de sofrer as penúrias de um processo judicial, ter que arcar com as despesas de seu patrono.

3 – CAUSAS EM QUE A LEI OU A JURISPRUDÊNCIA AFASTAM A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Existem hipóteses excepcionais em que a própria lei ou a jurisprudência afastam a condenação da parte vencida ou da parte que deu causa à demanda em honorários de advocatícios de sucumbência.

São exemplos dessas hipóteses: procedimento de jurisdição voluntária, *habeas corpus*, mandado de segurança, execução contra Fazenda Pública não embargada, lides relacionadas ao FGTS, primeira instância nos Juizados Especiais Cíveis, ação civil pública e outros.

Primeiramente, quanto ao procedimento de jurisdição voluntária, a razão da falta de condenação em honorários de sucumbência é a ausência de lide entre as partes. Nenhuma das partes dá causa à instauração do processo. No procedimento de jurisdição voluntária, é a lei

que determina a manifestação do Poder Judiciário. Por isso, não seria justo condenar uma parte, qualquer que seja, a pagar os honorários do advogado da outra parte.

No *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CRFB/88), não há condenação em honorários de sucumbência porque esse remédio constitucional tutela um dos mais elementares direitos individuais, qual seja, a liberdade de ir e vir. O inciso LXXVII do art. 5º da CRFB/88 expressamente determina que o *habeas corpus* seja gratuito e, segundo doutrina e jurisprudência, a gratuidade estende-se aos honorários advocatícios. Entende-se que, em prol da liberdade de ir e vir, é de ser afastada qualquer exigência que dificulte a impetração do *habeas corpus*.

Nos mandados de segurança também não há condenação em honorários advocatícios de sucumbência (art. 25 da Lei 12.016/09). Antes de a Lei 12.016/09 positivizar esse entendimento, já existiam os enunciados 512 e 105 das súmulas de jurisprudência do STF e do STJ, respectivamente, os quais afastavam os honorários advocatícios no mandado de segurança. Esse entendimento, apesar de sumulado, nunca foi pacífico, pois sempre existiram vozes em contrário defendendo que a falta de condenação em honorários advocatícios geraria enriquecimento sem causa por parte do vencido em detrimento do vencedor. Essa, aliás, é a tese sustentada neste artigo, no item 2.4 (sobre a divergência, consultar os precedentes dos enunciados mencionados).

Nas execuções contra a Fazenda Pública não embargadas, não há condenação em honorários advocatícios por força do disposto no art. 1º-D da Lei 9.494/97. A razão do dispositivo encontra-se no fato de que a Fazenda Pública, após condenada em sentença judicial, não poderá pagar espontaneamente o débito, porque terá que respeitar a regra do precatório (art. 100, CRFB/88). Sendo assim, se a Fazenda Pública não embargar, significa que ela não está resistindo à pretensão executória, motivo pelo qual não deu causa à ação de execução ou ao cumprimento de sentença. Cumpre salientar que, segundo a jurisprudência, o

art. 1º-D da Lei 9.494/97 não é aplicável no caso de Requisições de Pequeno Valor (RPV), uma vez que, nessa hipótese, a Fazenda Pública poderia fazer o pagamento sem ter o credor que ajuizar execução.

No que diz respeito às lides relacionadas ao FGTS, é o artigo 29-C da Lei 8.036/90 que afasta a condenação em verbas sucumbenciais. Essa regra tem por escopo a proteção do titular da conta de FGTS.

Quanto aos processos dos Juizados Especiais, o art. 55 da Lei 9.099/95 estabelece que “a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé...”. Trata-se de norma cujo escopo é, justamente, ampliar o acesso à Justiça. Regra no mesmo sentido é a prevista no art. 18 da Lei 7.347/85 (ação civil pública).

Feita uma análise a respeito de alguns casos em que o legislador afastou a incidência dos honorários de sucumbência, realizando verdadeira ponderação de princípios, conclui-se que, se o legislador pôde afastar a condenação em honorários de sucumbência, significa que o direito aos honorários de sucumbência não é indisponível, tampouco faz falta ao advogado. Ninguém discute a validade das normas acima elencadas e, portanto, não há como defender que os honorários de sucumbência não podem ser retirados dos advogados.

Ademais, não há como afastar outra conclusão: nas causas em que a lei ou a jurisprudência veda a condenação em honorários de sucumbência, deve-se entender que a vedação aplica-se tão somente ao advogado da parte vencedora, mas não à própria parte, que deverá ser ressarcida de todos os gastos que teve com a contratação de um advogado. Caso contrário, haveria grave violação aos princípios já enfrentados neste artigo, quais sejam, o acesso à justiça, a propriedade, a isonomia e a vedação ao enriquecimento sem causa.

4 – SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO DA PRÁTICA JURÍDICA E CONSEQUÊNCIAS QUANTO AO MERCADO DE TRABALHO DO ADVOGADO

Alguns críticos poderiam dizer que a alteração da regra atualmente vigente e prevista no Estatuto da OAB acarretaria um baque no mercado de trabalho da advocacia privada. Se os honorários de sucumbência não fossem mais pagos aos advogados, mas sim às partes, os profissionais liberais poderiam sofrer consequências graves. O argumento parte do princípio de que os profissionais que ainda não se estabilizaram na carreira costumam advogar sem cobrar honorários, obtendo ganho apenas ao final do processo, por intermédio dos honorários de sucumbência. Quanto aos profissionais já estabilizados e com larga experiência, o preço dos seus honorários aumentaria em demasia, afastando ainda mais os potenciais clientes.

Tais argumentos, todavia, são facilmente rebatidos, pois partem de premissas equivocadas. Aqueles que defendem a regra atual partem do pressuposto de que os advogados merecem a proteção da lei. Ocorre que nenhuma outra carreira profissional tem a mesma proteção, sem que isso signifique falência do mercado. Os médicos, os arquitetos, os dentistas, os veterinários não contam com a garantia legal de honorários. Não há razão, portanto, para os advogados contarem com tal proteção. Poder-se-ia dizer que os honorários sucumbenciais servem para que os advogados trabalhem com mais afinco, desejando a vitória de seu cliente. Porém, isso também é equivocado. O profissional deve trabalhar com afinco porque quer ser reconhecido no mercado pelo seu bom trabalho, tendo um ganho apenas indireto. O médico não ganha mais dinheiro por curar seu paciente, o arquiteto não recebe mais por elaborar um planta mais funcional, o engenheiro civil não cobra taxa extra se a

construção não ruir. Assim, não há razão alguma para o advogado ser privilegiado com os honorários advocatícios de sucumbência.

Não se defende aqui que as partes não possam pactuar esse tratamento diferenciado da remuneração do advogado. As partes (advogado e seu cliente) podem estabelecer que os honorários de sucumbência sejam pagos ao advogado, entretanto essa não pode ser a regra, imposta por lei. A lei que impõe o pagamento dos honorários de sucumbência obrigatoriamente ao advogado fere o princípio da autonomia contratual para privilegiar a parte mais forte da relação. Como se sabe, o princípio da autonomia contratual só pode ser afastado pela lei se for para privilegiar a parte mais fraca da relação, em nome de uma ponderação de interesses. No caso dos honorários de sucumbência, o Estatuto da OAB faz justamente o contrário.

Por outro lado, quanto ao argumento de que os advogados já estabilizados no mercado aumentarão o preço dos seus honorários, dificultando ainda mais o acesso à Justiça, pois os seus serviços ficarão inacessíveis para muitas pessoas, também é errônea a premissa adotada. Ainda que os advogados aumentem o valor dos seus honorários, o seu cliente será ressarcido daquilo que teve que despende para contratar um advogado.

Não se nega que, apesar de os honorários advocatícios de sucumbência terem natureza de verba indenizatória, a lei processual fixa um limite (art. 20, §§3º e 4º, CPC) indenizatório. O limite, fixado em lei, é bem vindo, a fim de evitar que a parte contrária seja obrigada a financiar um advogado extremamente caro em defesa do seu adversário. Se o sucumbente fosse obrigado a suportar um valor ilimitado de honorários de sucumbência haveria grave injustiça em seu desfavor, pois teria que pagar altíssimo valor de honorários de sucumbência quando ele mesmo escolher um patrono cujos honorários sejam consideravelmente mais baixos.

Para evitar essa situação, a lei processual estabelece uma margem em que deve se manter o juiz, seja uma margem objetiva (§3º do art. 20 do CPC), seja uma margem subjetiva, fundada na razoabilidade (§4º do art. 20 do CPC).

Se a parte vencedora decidiu ultrapassar esta margem, contratando advogado muito caro, deverá arcar com tal despesa, estando fora da obrigação de ressarcir aqueles valores que superem a margem legal.

Dessa forma, é verdade que, se a parte decidiu contratar um advogado muito caro, não será inteiramente ressarcida, pois não poderá a outra parte ser obrigada a indenizar a contratação de um advogado muito caro. Todavia, mesmo que o ressarcimento não seja integral, ainda assim é mais equânime a regra que garante um ressarcimento mínimo, pois tal regra estará protegendo o direito de quem contratou um advogado cujos honorários custam o valor da média do mercado. Pela regra atual, aquele que contrata um advogado deverá arcar integralmente com os seus honorários contratuais, sem ser ressarcido em nada. É evidente que essa regra é menos justa do que a que se propõe no presente artigo.

Pode até mesmo acontecer que, ao final, a regra proposta neste artigo não gere qualquer consequência para o vencedor da ação. Se a elevação dos preços dos honorários anteriormente mencionada for equivalente àquilo que o advogado ganharia a título de honorário de sucumbência, em verdade, não haverá diferença alguma para aquele que precisou contratar um advogado. De fato, se o preço dos honorários contratuais aumentarem no exato valor dos honorários sucumbenciais, a alteração da regra proposta neste artigo não ensejará muitas consequências, continuando a haver a injustiça aqui denunciada.

Contudo, ainda assim, é melhor a regra proposta, pois ela viabiliza que ao menos algumas pessoas - aquelas que decidam contratar advogados ao valor médio de mercado - sejam ressarcidas.

Há, ainda, a hipótese em que o advogado cobra tão somente os chamados “honorários de êxito”. Esses honorários são fixados contratualmente apenas para a hipótese de o cliente sair vitorioso da demanda. Tal forma de fixação de honorários continuará existindo e sendo legítima, pois a autonomia da vontade pode fixar qualquer regra que não viole normas de ordem pública. A contratação mediante honorários de êxito em nada modificará a situação da parte que deverá ser ressarcida por seu adversário que sair sucumbente.

Por fim, é importante ressaltar que o caso da assistência judiciária gratuita é peculiar. Se a parte é patrocinada pela Defensoria Pública ou pela advocacia dativa, ela não teve que despender verba alguma. Portanto, seguindo a mesma linha de raciocínio até aqui defendida, segundo a qual os honorários de sucumbência têm natureza ressarcitória, não haverá o que ressarcir àquele que não teve qualquer gasto para atuar em juízo. Neste caso, por ser especial, os honorários advocatícios de sucumbência serão devidos ao procurador da parte (Defensoria Pública ou advogado dativo). Essa regra particular decorre de uma interpretação teleológica do art. 20 do CPC, pois, no caso da assistência jurídica gratuita, os honorários advocatícios de sucumbência não deixam de ter natureza ressarcitória, mas passam a ressarcir não mais o dispêndio de dinheiro por parte do cliente, mas sim o próprio trabalho do advogado. Os honorários de sucumbência, no caso da assistência judiciária gratuita, servem para remunerar o trabalho do profissional ou, em outras palavras, indenizá-lo pelo dispêndio de tempo.

CONCLUSÃO

A entrega dos honorários de sucumbência ao advogado da parte contrária acarreta uma situação de injustiça, em que a parte credora das verbas sucumbenciais vê o seu patrimônio desfalcado em nome de uma desnecessária complementação da remuneração de seu advogado.

Esse assunto não costuma ser enfrentado com seriedade porque à comunidade jurídica interessa manter a titularidade dos honorários de sucumbência nas mãos dos advogados. O lobby da classe dos advogados é tão forte que ninguém ousa contestar os dispositivos legais do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil que legitimam verdadeira situação de enriquecimento sem causa às custas do cliente.

Portanto, apenas um espírito livre de preconceitos e aberto às inovações pode ultrapassar a barreira dos interesses envolvidos, sugerindo a solução que melhor atenda à sociedade como um todo.

Os cidadãos brasileiros, nos últimos anos, vêm se inserindo cada vez mais no cenário jurídico, passando a conhecer melhor os seus direitos e buscando cada vez mais a tutela jurisdicional. Na contramão dessa corrente, o Estatuto da OAB concede um privilégio odioso à classe de advogados ao lhes garantir a titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência. Aos olhos do leigo, é injustificável ele ter que pagar um advogado e não ser ressarcido do gasto pela parte contrária. O leigo não entende a norma justamente porque ela não é justa, no sentido lato de justiça. Enquanto o ordenamento jurídico preocupar-se mais em grandes interesses e menos nos cidadãos, haverá incongruências como a se vê nos arts. 21 a 24 do EOAB.

É por este motivo que se defende, neste artigo, a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos. Urge que tal inconstitucionalidade seja declarada, fazendo repristinar a norma contida no *caput* do art. 20 do CPC, segundo a qual os ônus da sucumbência são pagos à parte vencedora.

REFERÊNCIAS

BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 out 1988.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

BRASIL. Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências.

BRASIL. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL. Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

BRASIL. Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1194-4/MC. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DOU de 29.03.96. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=602352&idDocumento=&codigoClasse=504&numero=1194&siglaRecurso=&classe=ADI>>. Acesso em 01/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ERESP 27879. Relator: Min. Nilson Naves. Publicado no DOU de 08.11.1993. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199300079336&dt_publicacao=08/11/1993>. Acesso em 06/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ERESP 880-2. Relator: Min. José Dantas. Publicado no DOU de 21/03/1994. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300158368&dt_publicacao=21-03-1994&cod_tipo_documento=3> Acesso em 18/02/2010.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

MOLINA, André Araújo. *Honorários Advocatícios na Justiça do Trabalho*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7000>>. Acesso em: 14 out. 2009.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.