

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E EXIGIBILIDADE DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS

Juíza Joana Cardia Jardim Côrtes

Membro do GEDICON

“Mas não basta o assegurar o ingresso em juízo, isto é, a mera possibilidade de utilização do processo. Requer-se a efetividade da proteção judicial e da ordem constitucional. Trata-se do acesso à ordem jurídica justa, a que se refere prestigiosa doutrina nacional.

A ampliação do acesso aos órgãos jurisdicionais, por outro lado, pode trazer problemas de eficiência ao sistema, motivo pelo qual não basta assegurar os direitos e sua proteção, mas é necessário garantir também o bom funcionamento do mecanismo judicial.

(Direito e Processo; José Roberto dos Santos Bedaque, Malheiros Editores, 2ª edição).

A Constituição da República, em seu artigo 5º, LXXIV, prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, ou seja, àquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.

A assistência jurídica, por sua vez, engloba a assistência judiciária, que é o patrocínio gratuito da causa por advogado a ser oferecido pelo Estado ou indicado pelo litigante, e a Justiça Gratuita, pela qual o Estado isenta o litigante do pagamento das despesas processuais, tanto as que são devidas ao próprio Estado quanto as que constituem créditos de terceiros, como por exemplo, honorários de perito.

Não há dúvidas de que o benefício da assistência judiciária gratuita tem como principal objetivo assegurar, de forma plena e efetiva, a garantia constitucional de acesso à Justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da

Constituição, mediante a superação de um dos principais obstáculos ao ajuizamento de uma ação, qual seja o custo financeiro do processo, que inclui as despesas processuais e os honorários advocatícios.

Nesse panorama, é importante ressaltar que a assistência judiciária pode ser prestada pela Defensoria Pública, do Estado ou da União, conforme o caso, ou mesmo por advogado de confiança do litigante por este constituído nos autos.

Na hipótese de assistência pela Defensoria Pública, o litigante não incorre em qualquer despesa a título de honorários, pois o profissional é remunerado pelo Estado, e isso vai ao encontro do direito fundamental garantido pela Constituição da República, de assistência jurídica integral e gratuita, pois o escopo da norma é, de fato, garantir ao jurisdicionado o acesso à justiça sem lhe gerar qualquer despesa.

Quando, porém, o beneficiário de justiça gratuita, mesmo estando à sua disposição a Defensoria Pública, dotada de boa estrutura e profissionais preparados, como é o caso de nosso Estado, decide constituir advogado particular para o patrocínio de sua demanda, surge a questão relativa à exigibilidade de honorários advocatícios contratados entre o necessitado e o profissional por ele escolhido.

O artigo 3º, V da Lei 1.060/50 deixa claro que a assistência judiciária compreende isenção dos honorários de advogado e de perito.

O artigo 22 da Lei 8.906/94, na mesma esteira, dispõe que:

“A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho

Seccional da OAB, e pagos pelo Estado”.

O referido artigo de lei deixa claro que o advogado particular indicado para patrocinar demanda de beneficiário da gratuidade de justiça somente teria direito aos honorários no caso de impossibilidade de assistência pela Defensoria Pública no local da ação e que, nesse caso, esses honorários seriam fixados pelo juiz e pagos pelo Estado.

Ambos os dispositivos consagram o ideal constitucional de que o beneficiário da assistência judiciária não pode arcar com as despesas do processo, garantindo-lhe a isenção dos honorários advocatícios contratuais, que somente seriam devidos em caso de modificação da condição financeira da parte, na forma do estabelecido pelo artigo 12 da Lei 1.060/50.

No âmbito da jurisprudência, contudo, a questão é muito controvertida.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendeu, por maioria, serem exigíveis honorários devidos pelo beneficiário de assistência judiciária.

A Ministra sustentou que essa solução harmoniza os direitos das duas partes, do advogado (de ser pago pelos serviços prestados) e do cliente (de poder escolher, por meio do contrato de risco, o profissional que considera ideal para a defesa de seus interesses).

Confira-se a ementa do acórdão prolatado no REsp 1.153.163:

“PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADOGADO PARTICULAR. CONTRATAÇÃO PELA PARTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AD EXITO. VERBA DEVIDA.

1. Nada impede a parte de obter os benefícios da assistência judiciária e ser representada por advogado particular que indique, hipótese em que, havendo a celebração de contrato com previsão de pagamento de honorários ad exito, estes serão devidos, indepen-

dentemente da sua situação econômica ser modificada pelo resultado final da ação, não se aplicando a isenção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50, presumindo-se que a esta renunciou.

2. Recurso especial provido.

Em seu voto, a ilustre Ministra destacou que o STJ ainda não consolidou seu entendimento sobre o tema, abordando a questão nos seguintes termos:

“Há precedentes defendendo que a natureza do instituto, de mecanismo facilitador do acesso à justiça, aliada à própria literalidade do art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50 – que não distingue os honorários sucumbenciais dos convencionais – impõe seja a isenção aplicada também aos honorários advocatícios contratados. Confira-se, à guisa de exemplo, o precedente mencionado no próprio acórdão recorrido, REsp 309.754/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 11.02.2008.

Outros julgados, mantendo-se na linha de raciocínio da tese anterior, mas avançando na interpretação sistemática da norma, sustentam que, à semelhança do que ocorre com os honorários sucumbenciais, os honorários convencionais somente serão exigíveis nas hipóteses em que o êxito na ação venha a modificar a condição financeira da parte, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Nesse sentido: RMS 6.988/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 21.06.1999; e REsp 238.925/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 21.08.2001).

Filio-me, porém, a uma terceira corrente, entendendo que a escolha de um determinado advogado, mediante a promessa de futura remuneração em caso de êxito na ação, impede que os benefícios da Lei nº 1.060/50 alcancem esses honorários, dada a sua

natureza contratual e personalíssima. Dessa forma, independentemente da situação econômica da parte ser modificada pelo resultado final da ação, havendo êxito, os honorários convencionais serão devidos.

Inclusive, foi esta a tese acolhida à unanimidade no julgamento do REsp 965.350/RS, de minha relatoria, DJ de 03.02.2009, alçado a paradigma pelo recorrente”.

No referido Recurso Especial, porém, foi proferido voto-vista pelo eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em sentido contrário, nos seguintes termos:

“O art. 3º da Lei n.º 1.060/50 prevê os honorários advocatícios dentre as isenções abrangidas pela assistência judiciária gratuita.

Por um lado, o enunciado normativo não faz qualquer distinção entre honorários sucumbenciais e honorários contratuais, para fins de incidência do benefício, sendo que a interpretação literal do dispositivo autoriza concluir que ambas as espécies de verba honorária estão abrangidas pela isenção.

Por outro lado, considerando que o diploma legal em questão tem como escopo garantir o amplo acesso à Justiça daqueles que não têm condições financeiras de arcar com o custo do processo judicial, atentaria à finalidade da própria lei presumir que o beneficiário, embora não tenha condições de arcar com os valores dos honorários sucumbenciais, possa pagar honorários contratuais.

Assim, entendo que os honorários contratuais também estão abrangidos pela isenção concedida ao beneficiário da Justiça Gratuita.

Nesse sentido, há precedente deste Superior Tribunal, de relatoria do saudoso Ministro Hélio Quaglia Barbosa, cuja a ementa é a seguinte:

‘RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. CONVENCIONAIS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. INEXIGIBILIDADE. ART. 3º, V, DA LEI Nº 1.060/50. RECURSO NÃO CONHECIDO.(...)

6. O artigo 3º, inciso V, da Lei nº 1.060/50 concede o benefício da isenção de pagamento de honorários, sem diferenciar entre os que são devidos à parte contrária, daqueles convencionados com o próprio patrono; é de se entender que a forma utilizada na redação do dispositivo está a conceder o benefício em seu sentido mais amplo.

7. Quanto à alegada violação de normas contidas no Código Civil de 1916, ainda que sobre elas tenha o Tribunal estadual, igualmente, fundado suas razões de decidir, mostra-se suficiente, para a solução da presente demanda, a invocação da Lei de Assistência Judiciária.

8. Recurso especial não conhecido’.

(REsp 309754/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 11/02/2008, p. 1)

Não há dúvida de que, nos termos dos arts. 22 e 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, os honorários são direito do advogado.

Contudo, também não se pode negar a natureza disponível desse direito, sendo perfeitamente possível a renúncia do advogado ao recebimento da verba honorária.

Partindo desse pressuposto, entendo que, ao firmar contrato com cliente que sabidamente não tem condições de arcar com o custo do processo sem prejuízo de seu sustento, o advogado tacitamente renuncia à exigibilidade da verba honorária contratual enquan-

to perdurar a condição de incapacidade financeira.

O beneficiário da gratuidade judiciária está obrigado a pagar honorários em razão do contrato firmado, porém, em razão do disposto no art. 12 da Lei n.º 1.060/50, esta obrigação deve ser compreendida como uma obrigação natural, não podendo ser exigida judicialmente enquanto perdurar a condição de hipossuficiência econômica.

O advogado que, após aceitar o encargo de representar beneficiário da gratuidade judiciária, lhe exige o pagamento dos honorários, incide em comportamento contraditório, que, como é cediço, é vedado pelo ordenamento jurídico, por afrontar o princípio da boa-fé nas relações contratuais.

Acerca da proibição do venire contra factum proprium, cito lição dos ilustres Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.537-539):

‘A cláusula geral de boa-fé objetiva obriga as partes a não agirem em contradição com atos e comportamentos anteriores, praticados antes da conclusão do contrato, durante a execução ou depois de exaurido o objeto do contrato. Em outras palavras, a parte não pode “venire contra factum proprium”. A proibição incide objetiva e unilateralmente, independentemente do comportamento ou da atitude da contraparte, porque é dever de conduta de cada um dos contratantes isoladamente considerado. A proibição do “venire” também se caracteriza quando a parte, por seu comportamento pré-contratual ou manifestado durante a execução do contrato, gerou expectativa de legítima confiança na contraparte, que pratica atos e espera resultados de acordo com o que vinha

demonstrando o outro contratante.

(...)

Em sentido aproximado, a doutrina dos atos próprios seria comparável à “Verwirkung” (caducidade, “deseficácia”) do direito alemão (BGB § 242) e à proibição de “venire contra factum proprium”. Isto significa dizer que, aquele que praticou determinado ato ou permitiu à contraparte a prática de determinada conduta, não pode, posteriormente, alegar circunstância que se contraponha àquelas posturas iniciais a que ele mesmo dera causa.

Razoável concluir que, tendo o advogado, ao momento da conclusão do contrato, plena ciência da situação de miserabilidade de seu cliente – tendo servido, inclusive, de veículo para a postulação do benefício da Justiça Gratuita - houve renúncia tácita à exigibilidade de seus honorários.

Note-se que, no caso em comento, o contrato firmado entre as partes foi verbal, não tendo nem mesmo sido negociado o valor devido a título de honorários, tanto que foi movida ação de arbitramento de honorários.

Sendo assim, a tese de que o recorrido teria renunciado à isenção que lhe foi concedida pela Lei n.º 1.060/50 encontra-se, a meu ver, enfraquecida.

Ora, quem em sã consciência, encontrando-se em situação de pobreza, renunciaria à isenção quanto aos honorários convencionais sem ao menos saber o valor a cujo pagamento estaria se comprometendo?

Não se nega que o recorrido - por ser carente de recursos financeiros - poderia ter-se valido da Defensoria Pública para se fazer representar em juízo.

No entanto, se procurou advogado particular e este aceitou o encargo, conquanto soubesse de sua situação de pobreza, parece mais razoável concluir que a renúncia ocorreu por parte do procurador - e não do constituinte – tendo aquele renunciado à exigibilidade dos valores que lhe seriam devidos enquanto permanecesse a condição de incapacidade econômica do recorrido.

Portanto, não se mostra viável a pretensão do recorrente de arbitramento e recebimento dos honorários advocatícios, mormente considerando que, conforme concluiu o Tribunal de origem, o montante obtido com o sucesso da ação previdenciária não teve o condão de alterar significativamente a situação financeira do recorrido.

De fato, consignou-se no acórdão recorrido (fl. 283 e-STJ):

Não há nos autos, contudo, qualquer elemento que autorize a conclusão de que a situação econômica da parte-requerida tenha restado alterada, a ponto de permitir que o demandado pague os honorários convencionais sem prejudicar a própria subsistência.

Aduza-se que, tal como referido na inicial, a renda mensal do réu é de apenas um salário mínimo. Outrossim, bem observou o magistrado a quo que o proveito econômico auferido pelo demandado na ação patrocinada pelo autor não foi significativa. À evidência, permanece sua condição de hipossuficiência, quiçá de miserabilidade.

Permanecendo, pois, mesmo após a vitória na demanda previdenciária, a situação de incapacidade econômica do recorrido, subsiste a inexigibilidade ampla dos honorários advocatícios assegurada pela Lei n.º 1.060/50.

Ante o exposto, rogando novamente a vênia da eminente Relatora, nego provimento ao recurso especial.

É o voto”.

Não fossem suficientes os judiciosos argumentos expostos no voto-vista acima transcrito, no pano de fundo dessa celeuma apresentase o seguinte paradoxo: um jurisdicionado que não pode pagar sequer as custas do processo e honorários periciais, pode ser obrigado ao pagamento de honorários ao advogado, se demandado judicialmente por este, mesmo continuando imune as despesas do processo?

Atualmente, é isso que se vê nos milhares de processos que tramitam no Poder Judiciário sob o pálio da gratuidade de justiça: o litigante não depende um centavo sequer para ajuizar sua demanda e, sagrando-se vencedor, ainda que em parte, dedica percentual considerável de “seu direito” ao advogado constituído, sem nada pagar ao Estado ou aos peritos que dedicaram horas de trabalho à solução do litígio, mesmo quando ocorre a sucumbência recíproca.

Ocorre que a assistência judiciária gratuita é benefício excepcional, que deve se destinar exclusivamente àqueles que não podem arcar com as despesas do processo, sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Isso engloba as custas e demais despesas processuais, inclusive honorários de advogado.

Dessa forma, como pode o juiz permitir que o beneficiário de justiça gratuita deixe de arcar com o pagamento de custas, que são devidas ao Estado ou à União, em valores módicos, e permitir que um advogado cobre dessa mesma pessoa 20 ou 30% do seu crédito?

Por um lado, reconhece-se a liberdade profissional que é assegurada aos advogados e a liberdade do jurisdicionado em contratar. Por outro lado, porém, não pode o juiz deixar que tamanha iniquidade se perpetue sob sua jurisdição.

Dessa forma, sopesando as vertentes apresentadas, tenho que existe verdadeira incompatibilidade entre o gozo do benefício excepcional da assistência judiciária gratuita e a exigibilidade da obrigação de pagamento de honorários contratuais, mesmo de êxito.

O beneficiário da assistência judiciária gratuita e seu advogado podem contratar honorários, porém a exigibilidade destes permanece suspensa enquanto se configurar o estado de miserabilidade do patrocinado, assim como ocorre com as despesas do processo. Esse é o espírito da Constituição da República, nada havendo a justificar a exceção pretendida à isenção consagrada por lei.

A adoção de tal posicionamento iria contribuir, ainda, com a diminuição da prática de captação de clientela e da postulação descabida e irresponsável de gratuidade de justiça para aqueles que não são de fato necessitados, refletindo positivamente na contenção do demandismo, um dos maiores problemas hoje enfrentados pelo Poder Judiciário Brasileiro. ♦

