

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO VICTOR CUNHA BOTELHO

**A INCLUSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NAS
DESPESAS PROCESSUAIS COMO REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS**

FLORIANÓPOLIS

2014

JOÃO VICTOR CUNHA BOTELHO

**A INCLUSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NAS
DESPESAS PROCESSUAIS COMO REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito à obtenção do título
de Bacharel em Direito, sob a orientação do
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva.

FLORIANÓPOLIS

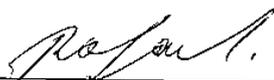
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A inclusão dos honorários advocatícios contratuais nas custas sucumbenciais do processo como reparação por perdas e danos**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **João Victor Cunha Botelho**, defendido em **10/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (nove), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

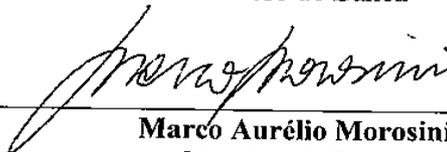
Florianópolis, 10 de Dezembro de 2014



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Clarissa Medeiros Cardoso
Membro de Banca



Marco Aurélio Morosini
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, à minha família, Marco Antonio Maia Botelho, Maria Angélica da Cunha Botelho, João Paulo Cunha Botelho, e à Fernanda Reis da Silva; sou fruto do amor de vocês.

RESUMO

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 ao tratar sobre os custos do processo não foi suficientemente claro, porque não fez juridicamente distinção entre os honorários advocatícios sucumbenciais e os honorários advocatícios contratuais. Em virtude disto, a prática atual de remuneração do causídico por sua atuação no processo obedece ao entendimento de que só são devidos pelo sucumbente na ação os honorários determinados em juízo. Apesar de amplamente praticado, esse método, no caso concreto, sujeita o vencedor da ação a um prejuízo maior do que aquele auferido judicialmente. O gasto decorrente da contratação de um representante para defesa de uma causa, por si já é um desestímulo à parte adjudicar uma ação, mesmo que tenha ela razão e explícita evidência de seu direito. Portanto, o presente trabalho pretende expor um raciocínio tendente a uma alternativa que proporcione viabilidade na remuneração do advogado da parte vencedora, amparado no princípio de acesso à justiça; no princípio da reparação civil do retorno ao *status quo ante*; na lição de Giuseppe Chiovenda de que a atuação da lei não pode representar prejuízo patrimonial à parte a cujo favor se efetiva e na prática feita nos tribunais de arbitragem, nos quais se tem convencionado a inclusão dos honorários contratuais nas indenizações por perdas e danos.

Palavras-chave: Honorários advocatícios. Perdas e danos. Arbitragem. Giuseppe Chiovenda. *Status quo ante*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS ILÍCITOS ADVINDOS DA LIDE.....	8
2.1	A JURISDIÇÃO NO CENTRO DA RESOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS.	8
2.2	HONORÁRIOS COMO EMPECILHO AO ACESSO À JUSTIÇA.....	11
2.3	O REGIME DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	13
2.3.1	Honorários no processo.....	13
2.3.2	Honorários na arbitragem.....	15
2.4	A NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS.....	20
2.4.1	Obrigações.....	20
2.4.2	Responsabilidade Civil.....	23
3	O ÔNUS DAS DESPESAS COM ADVOGADO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL.....	27
3.1	O DIREITO DE AÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DA VONTADE DA LEI.....	27
3.2	TEORIAS DE RESPONSABILIDADE NAS DESPESAS PROCESSUAIS.	29
3.2.1	Teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 1939.....	32
3.2.2	Teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 1973.....	34
3.3	A FUNÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	35
3.4	A JURISPRUDÊNCIA CONTRÁRIA.....	38
4	A REPARABILIDADE DOS GASTOS COM ADVOGADO.....	41
4.1	A PREMÊNIA DE EVITAR-SE O DANO.....	41
4.2	A OPOSIÇÃO AO DIREITO E A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO.....	43
4.3	A JURISPRUDÊNCIA A FAVOR.....	47
4.4	O CONTROLE DOS EXCESSOS.....	51
5	CONCLUSÃO.....	53
	REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

À compreensão do assunto, é imprescindível que se tenha em mente o impacto social que a atividade jurisdicional exerce, a qual consiste no poder concentrado nas mãos do Estado para garantir a vontade do direito.

A ordem jurídica visa a garantir a vida e a liberdade individual ao mesmo tempo em que promove a interação e a harmonia social, quer dizer, tem a função de permitir o desenvolvimento individual na medida em que se faz benéfico à sociedade como um todo, opondo-se veementemente a qualquer relação parasitária. “O direito é o conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar em acordo com o arbítrio de um outro, segundo um a lei universal da liberdade” (KANT, 2003, p. 407).

Nas palavras de Norberto Bobbio:

É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença de liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém transgrida os limites que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera da liberdade do outro, torno-me uma não-liberdade para o outro. Exatamente porque o outro é livre como eu, ainda que com liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade. Pelo fato de que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta se apresenta como ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro e, portanto – uma vez que duas negações se afirmam –, como um ato restaurador da liberdade. (BOBBIO, 1997, p. 125).

O mandamento de respeito à liberdade alheia está indissociavelmente conjugado a uma força compelente, cujo propósito está em subjugar quem não se contenha espontaneamente dentro dos limites da própria liberdade e, desta forma, prejudique alguém.

Para Immanuel Kant:

O direito estrito fundamenta-se sem dúvida na consciência da obrigação de cada um adequar-se à lei; [...] esse direito apoia-se unicamente sobre o princípio da possibilidade de uma coerção externa que possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo as leis gerais (KANT, 2003, p. 407).

Assim, a atividade jurisdicional caracteriza-se pelo poder de exigir a adequação das condutas em acordo com as normas do direito. E o processo é o instrumento por meio do qual essa atividade é desempenhada.

A possibilidade que se tem de requerer o pronunciamento do poder público sobre conflitos interpessoais é a garantia da liberdade individual e social por excelência.

Em virtude disso, muito se tem questionado sobre as possibilidades de se ampliar o mais amplamente possível acesso à justiça, de forma que a eficiência dessa atividade e a difusão da liberdade conseguissem se estender entre os cidadãos.

Ocorre que, mesmo com todo o progresso alcançado nesse sentido, ainda permanece um empecilho de extrema relevância, senão o mais relevante: os gastos das partes com advogado.

Não é compreensível que a parte que teve a sua liberdade obstada incorra em decréscimo patrimonial para poder se socorrer ao auxílio jurisdicional, na solução de que os fatos se amoldem à sua legítima pretensão, porquanto é obrigação de todos respeitar o limite das suas próprias liberdades e observar os comandos da lei, de modo que todo decréscimo patrimonial advindo da ilícita oposição ao direito e à liberdade alheia, e do suportamento, pelo lesado, dos patrocínio dos requisitos indispensáveis ao acionamento da tutela jurisdicional devem ser integralmente indenizados.

Preservada a esfera (liberdade) do outro, cumpre-se o ético do direito, e ainda que não se tenha cumprido o da moral (forçar-se a fazer o certo interiormente). O ético do direito está justamente nisso: preservar a esfera da liberdade do outro, realizando todo o ético na sua esfera. (SALGADO, 1995, p. 280).

Na estrutura do processo atual, a sentença condena o sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios. Contudo, esse valor em nada condiz, ou deve condizer, com aquele que a parte que venceu efetivamente gastou com seu representante, mas se trata de quantia que, ou é incidente sobre parcela do benefício econômico a que se visa na ação, ou é determinado por avaliação subjetiva do juiz. Inclusive, há vinte anos, com o advento da Lei 8.906/94, já se estabeleceu que os honorários advocatícios sucumbenciais são pertencentes ao próprio advogado, o qual tem legitimidade para exigir o seu pagamento. Quer dizer, o planejamento do processo como hoje é não indeniza o vencedor da ação, ou seja, a quem o direito deu razão, mas garante a seu advogado os honorários que foram dispendidos na contratação de seus serviços, além daqueles resultantes do processo em si.

Na arbitragem, por outro lado, a liberdade dada pelo princípio da autonomia da vontade e pela ausência de norma em sentido contrário têm permitido a inclusão dos honorários advocatícios contratuais nas despesas sucumbenciais

como forma de reparação por perdas e danos da parte que venceu.

Apesar de a arbitragem ser uma alternativa ao contencioso judicial, nesse caso apresentou uma solução mais condizente com os princípios do direito, e, também, sob o amparo na lição de Giuseppe Chiovenda de que a atuação da lei não pode representar prejuízo patrimonial à parte cujo favor se efetiva. Ou seja, aquele que tem legítima pretensão, amparada pelo direito, não pode ser prejudicado se necessitar se socorrer ao poder jurisdicional.

Desta forma, será feito o cotejo analítico dos fundamentos que permitem essa prática na arbitragem e dos que a proíbem no processo, observando-se também os princípios e normas da ordem jurídica vigente que regulam e orientam a responsabilidade civil sobre os danos patrimoniais ilícitos, e também será feita a análise da construção histórica que é o instituto dos honorários advocatícios.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS ILÍCITOS ADVINDOS DA LIDE

2.1 A jurisdição no centro da resolução das controvérsias

No transcorrer da história humana, diversas foram as formas encontradas para resolverem-se os conflitos interpessoais, como, por exemplo, a autotutela, na qual os próprios envolvidos na disputa, por meio de suas próprias forças, pelejavam entre si a fim de que um se sagrasse vencedor e, portanto, o detentor do direito.

Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Carlos Araújo Cintra, em um breve apanhado histórico, expõem que,

nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares [...]. Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 27).

Todavia, esta forma de resolução de conflitos mostrou-se ser muito onerosa, haja vista que nos conflitos colocavam-se em risco outros bens de extrema relevância, como a vida, além de que a rixa, que nascia do desentendimento entre

somente duas pessoas, várias vezes se prolongava pelo tempo e por gerações, avolumando-se em um conflito entre famílias.

Os autores comentam:

A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou para si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) [...] (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 27).

Em outro exemplo, suscitava-se a intervenção de uma terceira pessoa, alheia ao conflito, para que esta decidisse a solução de forma imparcial. Normalmente, essa atividade arbitral era exercida por alguém que representasse o conhecimento máximo das regras e dos costumes do agrupamento humano e que tivesse o poder de exigir o cumprimento da determinação, como um rei; um sacerdote; um líder tribal; um pajé; um *pater familias*.

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial (parcial = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 27).

Ainda que este poder de decidir tenha sido depositado num representante, o qual deveria ser equânime com os próprios envolvidos e com os casos precedentes, não era raro haver disparidade entre as decisões, afetadas por critérios arbitrários e subjetivos. Essa alternância sem um embasamento em que os subordinados pudessem ter uma expectativa do direito ou da punição e que orientasse o julgador ao decidir a disputa induziu à necessidade de codificação das normas, que teve como marco inicial o Código de Hamurábi, e mais adiante, o marco fundamental romano da Lei das XII Tábuas.

Na Roma Antiga, a atividade de decidir controvérsias tornou-se institucional e o poder público começou a se impor sobre a liberdade dos particulares. A arbitragem, que antes era facultativa, deu lugar à obrigatória. Os Pretores deixaram de ser apenas nomeadores de árbitros e passaram a ser os responsáveis por decidir os conflitos interpessoais. Atuavam como juízes, sem que precisassem da submissão das partes, e impunham autoritariamente a solução da

controvérsia sobre os litigantes.

Ainda que a história do poder de decidir não tenha ocorrido de forma linear, mas havido diversas progressões, regressões e estagnações, como, por exemplo, na criação dos Estados Modernos o poder de juiz retornou às mãos do rei, foi possível observar a tendência de que fosse depositada a confiança para julgar e resolver conflitos ao Estado, ou seja, em um ente imparcial, o qual deveria manter adstrição às normas que regiam a sociedade.

“À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 29).

É possível observar que a jurisdição, além de ser uma garantia social de apaziguamento de conflitos e de manutenção da ordem dos subordinados pelo líder, também é uma garantia individual, à medida que proporciona ao indivíduo socorrer-se ao poder-juiz a fim de reparar ou evitar os excessos de conduta cometidos por outros indivíduos. Quer dizer, ao mesmo tempo em que uma pessoa está submetida ao poder jurisdicional, ela também pode utilizá-lo a seu favor para resguardar seus bens e seus direitos das vontades alheias que ameacem causar-lhe perturbação.

Tão relevante é essa possibilidade de obter a prestação jurisdicional que se trata de uma das premissas mais elementares do direito, a qual converge juntamente a outras premissas no princípio do livre acesso à justiça. Expandir o acesso à justiça é democratizar, enquanto que restringir significa promover a desigualdade, é um abuso de poder.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

[...] a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismo para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos fundamentais humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Para Ricardo Soares Stersi dos Santos:

A ideia do acesso à justiça pode ser confundida, por vezes, com a possibilidade de utilização do Poder Judiciário, ou mesmo com o acesso ao Poder Judiciário. Ocorre que o acesso à justiça não se restringe apenas à ideia de acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça implica o estabelecimento de mecanismos que permitam a efetivação dos direitos através de instrumentos que, adequada, satisfatória e rapidamente, possibilitem a obtenção concreta dos objetivos buscados pela sociedade,

entre eles, a concretização da justiça social (SANTOS, 2004, p. 35).

Desta forma, as Constituições e legislações processuais têm assumido progressivamente feições mais democráticas a fim de dar efetividade à função social que o Estado desempenha. Criou-se a Lei 1.060/50, da Assistência Judiciária gratuita, a qual carrega em seu âmago os princípios de igualdade e isonomia, a fim de que as pessoas que não possuíssem recursos para arcar com as despesas do processo não fossem constrangidas e obstadas do acesso ao poder judiciário. Mais recentemente, consagrou-se na Constituição a assistência jurídica gratuita, incrementando-se o assistencialismo prestado pelo Estado àqueles que comprovassem a sua impossibilidade de custear os elementos primordiais à instauração do processo.

Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra expõem que:

A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordena-se com a ideia superior de que os objetivos são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 151).

Assim, o processo no Brasil, em sua estruturação, se revestiu de diversos procedimentos que proporcionassem, desde sua instauração até sua conclusão, a otimização dos princípios democráticos de igualdade, isonomia, do contraditório e da ampla defesa.

2.2 Honorários como empecilho ao acesso à justiça

No entanto, apesar de ter havido essa preocupação em estabelecer a imparcialidade entre as partes e um acolhimento adequado do direito de ação dos indivíduos por parte da legislação processual, da doutrina e da jurisprudência, ainda é possível notar a presença de algumas práticas que, mesmo sem serem diretamente relacionadas com o acesso à justiça, desestimulam a busca pelo auxílio da prestação jurisdicional.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth defendem:

A mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios. [...] Qualquer tentativa realística de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18).

A contratação de um advogado para a defesa da causa é um requisito quase que indispensável em todo o universo processual, seja o rito que for. Dois são os motivos: capacidade postulatória e conhecimento jurídico.

A lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados, em seu artigo 1º, *caput* e inciso I, diz “São atividades privativas da advocacia: a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. Quer dizer, a atividade da advocacia possui uma prerrogativa única, a qual é a capacidade postulatória, ou seja, é a habilidade de poder se manifestar nos autos do processo, sem a qual os atos praticados pela parte são inválidos.

Por sua vez, a lei 9.099/95, conhecida como a Lei dos Juizados Especiais, haja vista que regula a sua criação e âmbito de atuação assim como outras características que lhe são peculiares, assevera que “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistida por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”, de acordo com a redação do *caput* do seu artigo 9º. A norma que rege os Juizados Especiais, portanto, deu espaço para que em determinadas ações, houvesse a discricionariedade da parte entre contratar um representante ou não, conforme entendesse o mais adequado ou conveniente, podendo ela mesma comparecer em juízo para defender seu pleito.

Contudo, ainda que seja dada essa oportunidade de escolha, é evidente que a atividade de se manifestar em juízo e de praticar os atos processuais não é simples a ponto de qualquer pessoa que pretenda mover uma ação conseguir defender em causa própria. Mauro Cappelletti e Bryant Garth dizem que “as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda”; “falta-lhes o conhecimento jurídico básico [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 23). Há todo um conhecimento técnico e teórico adquirido por quem exerce a advocacia, adquirido ao longo de cinco anos de curso universitário. A experiência mínima que proporciona o prosseguimento da ação com certa fluidez e que, ao mesmo tempo, está dentro da possibilidade de compreensão da parte não está ao alcance de todas

as pessoas, mas advém de um contato quase que diário com a praxe jurídica.

Abel-Smith, Zander e Brooke, em um estudo empírico realizado sobre “Os problemas jurídicos e o cidadão”, concluíram, segundo menção feita por Cappelletti e Garth:

Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 23).

Deste modo, assimila-se que a primordialidade do ingresso em juízo provoca indissociavelmente a formação de uma relação contratual entre uma parte e um advogado que a represente, em virtude da habitualidade do profissional jurista com as práticas necessárias, de todo arcabouço intelectual que possui do direito, o qual enveredará toda fundamentação da pretensão, e da exigência feita pela lei.

Nasce, então, um custo que se origina do processo, mas que estruturalmente com ele não possui nenhum vínculo.

2.3 O regime dos honorários advocatícios

2.3.1 Honorários no processo

Hodiernamente, existem duas espécies de honorários advocatícios, os contratuais e os sucumbenciais.

Os honorários sucumbenciais são tratados explicitamente na legislação processual atual. Nelson Nery Júnior diz que “os honorários sucumbenciais são aqueles fixados pelo juiz na sentença, de conformidade com os critérios estabelecidos pelo CPC 20, que devem ser pagos pelo perdedor da demanda” (NEY JÚNIOR, 2010, p. 35). O *caput* do artigo 20 do Código de Processo Civil diz que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”. A determinação legal obriga a parte que sucumbiu na ação a remunerar o procurador da parte vitoriosa pelos seus serviços prestados.

No parágrafo 3º do mesmo artigo consta que:

§3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Com o intuito de evitarem-se discrepâncias, a norma instituiu uma margem de apreciação que deverá ser realizada pelo magistrado, o qual se baseará nos três elementos elencados no parágrafo e estipulará um valor devido ao representante vencedor a título de honorários sucumbenciais. Contudo, a margem percentual estabelecida no § 3º diz respeito somente às causas em que há condenação em pecúnia ou que nela possam ser medidas, ou seja, esse parâmetro será observado na sentença das ações cuja pretensão possui benefício econômico.

O parágrafo 4º, por sua vez, prescreve que:

§4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Neste caso, a lei faz a previsão justamente dos casos em que não há condenação em pecúnia, sem estipular margem percentual sobre o valor devido, nos quais a apreciação do magistrado deverá ser equitativa, isto é, será discricionária, porém sob um discernimento de ponderação e razoabilidade e ainda pautada nas três alíneas do parágrafo anterior. Há, contudo, uma ressalva, o § 4º equiparou as ações em que o valor econômico pretendido fosse de pequena monta; em que fosse vencida a Fazenda Pública e as execuções com as ações em que não há condenação, devendo, portanto, o juiz proceder à mesma apreciação equitativa ao estipular os honorários sucumbenciais.

Os honorários contratuais não possuem expressa menção na lei processualista atual, porém a sua prática está consolidada na relação entre cliente e advogado. A prestação de serviços de representação feita por um advogado é uma atividade profissional como qualquer outra, como uma consulta realizada por um médico ou um show realizado por um artista. A remuneração é decorrente de um contrato de prestação de serviços realizado entre o profissional autônomo e sua clientela, diferentemente do que ocorre numa relação trabalhista em que o vínculo entre as partes advém de um contrato de trabalho entre empregado e empregador.

Nelson Nery Júnior explica:

Os honorários convencionais são aqueles a respeito dos quais houve acordo das partes, normalmente por contrato escrito contendo cláusulas que regulam a relação negocial entre o constituinte e o advogado constituído no que tange ao pagamento da contrapartida pela prestação dos serviços de advocacia (NERY JÚNIOR, 2010, p. 35)

Cassio Scarpinella Bueno, em artigo intitulado “A natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais”, ao comentar, diz:

Por “honorários contratuais” deve se entender a remuneração advinda do contrato de prestação de serviços relacionados à atuação extrajudicial, englobando assessoria, consultoria ou planejamento jurídico, ou judicial, tendo como escopo a representação em juízo.

A lei 8.906/94 em seu artigo 22, caput, estabelece: “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”. Quer dizer, a lei garante ao causídico tanto os honorários contratados ou convencionados, quanto aqueles resultantes da sentença judicial, mencionados no artigo 20 do CPC. Além disso, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário 470407/DF, reconheceu a natureza alimentar dos honorários advocatícios, em virtude da qual o próprio advogado tem o direito de executar o derrotado, em caso de inadimplemento da sentença, e nos autos do processo em trâmite, para que proceda ao pagamento de seus honorários sucumbenciais.

2.3.2 Honorários na arbitragem

Alternativamente ao processo civil, existe o procedimento arbitral. Essa alternativa se torna progressivamente mais presente no âmbito jurídico nacional à medida que o poder judiciário demonstra estar saturado e incapaz de se operar diante do crescimento do número das demandas judiciais. O trâmite de uma ação frequentemente possui uma duração prolongada, o que a torna, além de desgastante psicologicamente, muito custosa. Diversas empresas, principalmente as que possuem muitas demandas, seja atuando no polo ativo ou polo passivo, têm empreendido a resolução dos conflitos extrajudicialmente com o objetivo de contornar a necessidade de ingresso em juízo.

Sílvio de Salvo Venosa comenta:

Inegável é sua vantagem sob determinadas circunstâncias. Com frequência, as partes, mormente pessoas jurídicas de porte, levam aos tribunais assuntos excessivamente técnicos com amplas dificuldades ao juiz, que somente pode decidi-los louvando-se em custosas e problemáticas perícias. Valendo-se de árbitros de sua confiança, especialistas na matéria discutida, podem as partes lograr decisões rápidas e quiçá mais justas e técnicas. De outro lado, o sentido é aliviar o Poder Judiciário da pleora que assola invariavelmente os tribunais (VENOSA, 2003, p. 567)

A arbitragem, regulada pela lei 9.307/94, consiste basicamente em um instrumento de pacificação social por meio do qual as partes conflitantes, em comum acordo, elegem alguém alheio à controvérsia, a fim de que decida, com base nos critérios também acordados, a solução pertinente ao caso. A arbitragem difere da tutela prestada pelo poder judiciário por ser resultante de uma convenção privada, ao contrário da jurisdição, a qual é uma prerrogativa estatal originária efetivada com a instauração da ordem jurídica vigente, e que, portanto, está intrinsecamente atrelada ao direito.

Carlos Alberto Carmona define:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial (CARMONA, 1998, p. 27).

Segundo Ricardo Soares Stersi dos Santos:

A convenção de arbitragem pode ser definida como um acordo de vontade estabelecido por partes capazes, via de regra por escrito, assumindo o compromisso de que os litígios presentes ou futuros, oriundos das relações contratuais ou extracontratuais venham a ser dirimidos através da arbitragem (SANTOS, 2004, p. 12).

Conforme se vê no *caput* e parágrafo 1º do artigo 2º da lei:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

O rigor jurídico do procedimento judicial dá lugar à flexibilidade no procedimento arbitral, calcado no princípio da autonomia da vontade.

Ricardo Soares Stersi dos Santos diz:

A autonomia da vontade tem um papel de destaque na arbitragem, visto que o instituto está alicerçado, basicamente, na manifestação livre da vontade das partes. O aludido princípio exprime a ideia de que a vontade das partes cria, livremente, o negócio jurídico e determina o seu conteúdo (SANTOS, 2004, p. 44).

Carlos Alberto Carmona comenta:

[...] as partes têm liberdade de escolher o direito material (material e processual) aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio (CARMONA, 2003, p. 27).

O parágrafo 2º acrescenta, “Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

Sílvio de Salvo Venosa pondera:

A autorização para os árbitros decidirem por equidade segue a tradição histórica no campo da arbitragem. Como vimos, nem sempre a decisão com estrita observância da técnica jurídica será conveniente para o caso concreto, geralmente ilustrado por questões tecnológicas de alta complexidade. Por isso, podem as partes autorizar a decisão por equidade. A função da equidade é atenuar a rudeza da regra jurídica. Na realidade, o conceito de equidade não se afasta do próprio Direito, pois, enquanto este regula a sociedade com normas gerais, a equidade procura adaptar essas normas a um caso concreto (VENOSA, 2003, p. 579).

A convenção que dá origem ao compromisso arbitral, isto é, à manifestação de vontade de submeter o litígio à apreciação de um árbitro, pode dispor sobre os termos em que será realizado todo o procedimento. O artigo 11 da lei explicita a facultatividade das partes quanto à definição desses termos.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

- I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
- II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
- III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;
- IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
- VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Excluídos os requisitos elementares para a realização da arbitragem, elencados no artigo 10, quais sejam, a qualificação das partes e do árbitro; a matéria controvertida; e o lugar onde será proferida a decisão, fica ao critério dos acordantes estabelecer outros parâmetros pertinentes ao procedimento. Entre esses parâmetros está a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios.

A legislação que trata sobre a arbitragem não é tão expressiva quanto a que regula o processo civil. As menções que o CPC faz sobre os honorários advocatícios e de como serão fixados não são repetidas na lei da arbitragem. Ao contrário, apenas determina, no inciso V do artigo anterior, que na convenção de arbitragem pode ser definida a responsabilidade pelo pagamento dos honorários,

quer dizer, a convenção arbitral tem a autonomia para deliberar acerca da remuneração honorária pela prestação dos serviços dos representantes. Da mesma forma, a responsabilidade sobre as despesas, que consistem os gastos que os litigantes tiveram de incorrer para custear o trâmite do procedimento, também fica submetida à vontade das partes.

José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, em artigo intitulado “A distribuição do custo do processo na sentença arbitral”, comentam:

Em razão da grande influência da autonomia da vontade na arbitragem, entendemos, em primeiro lugar, que todos esses itens [despesas com arbitragem], podem ser objeto de deliberação pelas partes na convenção de arbitragem ou no regulamento de arbitragem eleito, seja para incluí-los, seja para modificá-los, seja para excluí-los (FICHTNER; MANHEIMMER; MONTEIRO, 2012. In BALBINO; LEMES, 2012, p. 269).

A maleabilidade do procedimento arbitral, conferida pelo princípio da autonomia da vontade, proporciona que as partes entrem em comum acordo ao definir os critérios que orientarão a resolução do conflito e que determinarão as obrigações decorrentes da submissão à convenção e à sentença arbitral, de modo que a conclusão do procedimento alcance a efetividade dos direitos eleitos, ressalvada a proibição feita no parágrafo 1º do artigo 2º de que as normas selecionadas não podem contrariar os bons costumes e a ordem pública.

Carlos Alberto Carmona diz:

Faz-se mister frisar que as ‘regras de direito’ a que se refere o art. 2º, §1º, são tanto de direito material quanto processual: nada impede que as partes criem regras processuais específicas para solucionar o litígio, reportem-se às regras de um órgão arbitral institucional ou ainda adotem regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro. (CARMONA, 1988, p. 28).

Fichtner, Mannheimer e Monteiro mencionam:

Gustavo Tepedino e José Emilio Nunes Pinto defendem que “as verbas de sucumbência, por se tratar de condenação autorizada pelo legislador processual civil e não prevista na Lei 9.307/96, não integram necessariamente o espectro de julgamento do Tribunal Arbitral e, por isso, só poderiam ser fixadas por força do princípio da autonomia privada, caso o compromisso arbitral assim dispusesse” (FICHTNER; MANHEIMMER; MONTEIRO, 2012. In BALBINO; LEMES, 2012, p. 277).

Em virtude disso, na arbitragem têm sido permitidas práticas que não estão regulamentadas no Código de Processo Civil, e que, portanto, não são aplicadas no processo. Além do pagamento dos honorários sucumbenciais, nas convenções de arbitragem tem-se incluído também o pagamento dos honorários

contratuais. O objetivo é restituir à parte vencedora os gastos que teve de se sujeitar para que tivesse a causa decidida a seu favor, assim como previsto no inciso V do artigo 11. Isto é, pautado pelo princípio da sucumbência, a parte que perdeu fica obrigada a arcar com os gastos decorrentes.

Segundo os autores:

Na arbitragem, porém, a doutrina tem entendido que é possível a inclusão dos gastos relacionados aos honorários contratuais pagos pelo vencedor ao seu advogado na obrigação de ressarcimento do vencido, até porque, na ausência de disposição legal ou convencional em sentido contrário, os honorários contratuais fazem parte do custo do processo arbitral, ou, na terminologia da lei, das despesas com a arbitragem (FICHTNER; MANHEIMMER; MONTEIRO, 2012. In BALBINO; LEMES, 2012, p. 274).

A restituição dos valores gastos com a contratação do advogado do litigante vitorioso tem natureza indenizatória. A fundamentação consiste no instituto do direito civil do restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, restabelecer a condição econômica do vencedor àquela que possuía antes de seu direito ter sido violado e sem os prejuízos consequentes. Trata-se de indenização por perdas e danos. Todo prejuízo advindo da conduta ilícita do perdedor pode ser objeto da pretensão do vencedor de ser ressarcido.

No mesmo artigo:

Defendendo essa interpretação a respeito do art. 27 da Lei de Arbitragem brasileira, Gustavo Tepedino e José Emilio Nunes Pinto, utilizando a expressão honorários advocatícios como sinônimo de honorários contratuais, lecionam que “ao dispor quanto à responsabilidade das partes por toda espécie de custas em que incorreram, o artigo alcança as despesas efetuadas com honorários advocatícios”. O primeiro autor, em texto individual, justifica a posição esclarecendo que “no que tange às despesas em geral oriundas da disputa, a regra no direito civil, como se sabe, é o amplo ressarcimento dos danos injustos, assim entendidos os prejuízos causados pela parte vencida ao vencedor”. Em outra passagem Gustavo Tepedino e José Emilio Nunes Pinto reafirmam que “estando as partes assistidas por advogados, compete ao Tribunal Arbitral, por força de sua jurisdição, decidir sobre a responsabilidade da parte vencida quanto à reparação dos gastos sofridos pela parte vencedora em sua defesa, sob pena de não ressarcimento de um dano injusto” (FICHTNER; MANHEIMMER; MONTEIRO, 2012. In BALBINO; LEMES, 2012, p. 275).

Nitidamente, o valor dispendido pela parte na contratação de seu advogado é um gasto extraordinário, não é uma despesa previsível ou corriqueira e tampouco irrelevante. Além disso, seria desnecessária caso não houvesse violação ou oposição ao direito. O nexu de causalidade entre o dano e a despesa é inquestionável.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro concluem, “Inegavelmente, os

honorários contratuais dos advogados são despesas com a arbitragem com que a parte vencedora teve que arcar, o que, na opinião da doutrina, é suficiente a permitir o ressarcimento (FICHTNER; MANHEIMMER; MONTEIRO, 2012. In BALBINO; LEMES, 2012, p. 274)”

2.4 A natureza jurídica da reparação por perdas e danos

2.4.1 Obrigações

A vida em sociedade exige o contato e a interação entre os sujeitos de direito, para que possam se desenvolver economicamente, e assim possam construir para si uma vida agradável. Dessa interação resultam situações relevantes para o direito, dentre as quais estão as obrigações. De acordo com Fernando Noronha:

Como de todos sabido, é obrigação em sentido técnico (objeto de estudo no âmbito do Direito das Obrigações) aquele vínculo jurídico que confere a uma pessoa a faculdade de exigir de outra uma prestação, do interesse da primeira. Credor e devedor são os seus sujeitos, crédito e débito são o seu conteúdo, a prestação devedora é o seu objeto e a realização do interesse do credor é a sua finalidade.

E, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação” (GONÇALVES, 2003, p. 15).

Esse vínculo jurídico é suscetível de diferentes classificações, que podem levar em conta tanto as suas fontes quanto as suas finalidades. Ainda que a classificação de acordo com as fontes seja a mais corriqueira e adotada por vários autores, como Carlos Roberto Gonçalves e Fábio Ulhoa Coelho, ela não permite contemplar o regime jurídico condizente a cada espécie de obrigação, uma vez que uma mesma fonte pode dar origem a diferentes tipos de obrigações, por exemplo, fatos jurídicos podem ser tanto fonte de responsabilidade civil, no direito consumerista, por vício do produto, quanto de obrigação alimentar, devido ao nascimento de alguém, no direito de família, a qual deve ser estudada de acordo com as concepções próprias deste ramo do direito.

O professor Fernando Noronha faz, contudo, uma classificação tripartite

das obrigações, nas quais são consideradas apenas aquelas obrigações pertinentes ao direito das obrigações, ou seja, as obrigações propriamente ditas, autônomas, cuja origem não está adstrita a direito e relação jurídica predecessores.

Fernando Noronha ensina, em artigo intitulado “A tripartição fundamental das obrigações”:

O interesse do credor que é tutelado em cada obrigação é suscetível de variações infinitas. Todavia, ele poderá ser sempre classificado em uma das seguintes três categorias: a) interesse na realização das expectativas nascidas de compromissos assumidos por outra pessoa (devedor) em negócio jurídico; b) interesse na reparação de danos causados por conduta antijurídica de outrem (devedor); c) interesse na reversão para o patrimônio do credor de acréscimos acontecidos no patrimônio de outrem (devedor) e que, de direito, deveriam pertencer àquele.

As obrigações nascidas de negócios jurídicos são as de maior destaque e evidência no cotidiano, porquanto são aquelas imediatamente resultantes da vontade dos indivíduos e da convivência em sociedade. As manifestações de vontade dão origem às pretensões, que devem ser adimplidas, e que, se não forem, vinculam o patrimônio do devedor, de forma que proporcionem a satisfação do credor na medida em que seria caso a prestação houvesse sido adimplida espontaneamente.

O autor explica:

Na primeira categoria, o Direito das Obrigações vai tutelar a expectativa do credor no adimplemento integral da prestação devida e, por isso, procurará coagir o devedor a realizá-la e, quando tal não for possível, procurará colocar o credor, à custa do patrimônio do devedor, na situação econômica em que estaria, se a obrigação houvesse sido cumprida.

[...]

São obrigações negociais, porque nascem daqueles compromissos voluntariamente assumidos pelas pessoas, no exercício da chamada “autonomia privada”, aos quais é dado o nome de negócios jurídicos.

Estes são, como se sabe, as manifestações de vontade privada que visam produzir efeitos jurídicos específicos (a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas) e que a ordem jurídica reconhece e tutela, precisamente na medida em que hajam sido queridos pelas partes.

Há também aquelas obrigações que são fruto de condutas mal desejadas pelo direito, as quais causam prejuízos a outrem, e que ensejam a reparabilidade desse prejuízo, uma vez que a danificação do direito ou patrimônio alheio fere os princípios de liberdade e igualdade entre os indivíduos e contrariam a ordem social.

O artigo continua:

Na segunda categoria, o Direito das Obrigações vai tutelar a pretensão do credor à reparação dos danos sofridos, de forma a ele ficar, tanto quanto

possível, na situação em que estava antes de haver sido praticado o fato lesivo.

Constitui a segunda grande categoria de obrigações. Também extremamente freqüentes na vida real, resultam estas obrigações da necessidade de reparar danos causados a outras pessoas, em consequência da prática de atos ilícitos (art. 159) [Código Civil de 1916] e de outros atos cometidos sem culpa, mas equiparados aos ilícitos, para efeitos de indenização. [...]

Por final, mencionam-se também as obrigações por enriquecimento ilícito, as quais consistem na reversão de todo proveito econômico advindo da exploração indevida do patrimônio alheio, ou seja, não se trata de prejuízo ao patrimônio de outrem, mas a usurpação dos benefícios que à sua custa são decorrentes e que, portanto, deveriam ser-lhe incorporados.

Noronha diz:

A terceira categoria de obrigações, bem diversa das duas anteriores, é aquela a que chamaremos obrigações de restituição por enriquecimento sem causa ou, simplesmente, enriquecimento sem causa.

Elas contrapõem-se à responsabilidade civil, na medida em que esta tem por função reparar danos, isto é, reduções ou diminuições registradas no patrimônio, ao passo que o enriquecimento sem causa tem por finalidade remover de um patrimônio os acréscimos patrimoniais indevidos — indevidos porque, segundo a ordenação jurídica de bens, deveriam ter acontecido noutro patrimônio (ao qual estavam juridicamente reservados).

[...]

Assim, estas obrigações de enriquecimento sem causa tutelam um interesse do credor à apropriação de tudo aquilo que represente aproveitamento de bens ou outros valores da sua esfera jurídica e desempenham uma função que se pode chamar de restitutória — de restituição ao patrimônio do credor de acréscimos que indevidamente estão noutro patrimônio.

A tripartição das obrigações, fundamentada nas suas finalidades, corresponde, mais do que isso, aos princípios que regem o direito. E, de acordo com eles, a orientação da norma tem um respaldo jurídico mais ético e moral, de forma que é perfeitamente compreensível a sua indispensabilidade nas relações interpessoais, cujo propósito é alcançar um desenvolvimento individual e social, sustentado numa convivência harmoniosa.

Fernando Noronha conclui:

As obrigações negociais têm na sua base o princípio de que quem assume livremente uma obrigação, deve cumpri-la: *pacta sunt servanda*, os pactos têm de ser acatados. É princípio que tem por pressupostos essenciais os princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual, não deixando, aliás, de estar contido na expressão de Ulpiano *honeste vivere*, viver honestamente. As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém.- quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem

causa assentam no princípio *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício

2.4.2 Responsabilidade Civil

A aplicabilidade da reparação civil por perdas e danos é dependente da demonstração de responsabilidade civil do agente. Por sua vez, a responsabilidade civil se caracteriza mediante a conjunção de três elementos, quais sejam, a culpabilidade, ou ilicitude da conduta; o dano; e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

O artigo 186 do Código Civil diz:

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.

A conduta do agente pode ser por ação ou omissão. A conduta por ação é uma atitude ativa, isto é, é o empreendimento de uma prática que exige um resultado diretamente subsequente, como, por exemplo, quando um indivíduo causa um acidente automobilístico porque estava dirigindo em alta velocidade, acima do limite permitido na via. A conduta por omissão é uma atitude inativa, é uma abstenção de cumprir um dever legal, por exemplo, quando alguém que testemunha um acidente automobilístico deixa de prestar socorros à vítima. É necessário, no entanto, que fique demonstrado que o dano teria sido evitado caso a conduta do agente fosse a oposta.

O artigo 187 acrescenta:

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.

A ilicitude da conduta não necessariamente precisa ser contrária à lei, ou seja, que haja uma previsão legal a qual expressamente proíba ou exija uma conduta distinta, como é no caso do artigo 186 do CC. O artigo 187 prevê também o abuso de direito, o qual consiste em um excesso de conduta, isto é, a sua prática é lícita, mas sua motivação ou seu limite e proporções são exageradas e trazem prejuízo alheio, como acontece na circunstância em que um vizinho perturba a vizinhança ao frequentemente deixar o som ligado em volume alto; ou então quando um credor, para cobrar antecipadamente o pagamento de uma obrigação pelo

devedor, realiza o protesto de um título executivo ainda não vencido.

Carlos Roberto Gonçalves evidencia:

[...] observa-se que a jurisprudência, em regra, considera como abuso de direito o ato que constitui o exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovado pela consciência pública (GONÇALVES, 2012, p. 61).

É possível definir a conduta ilícita quanto à culpa do agente, podendo ser resultante de *culpa stricto sensu* ou de dolo. A culpa *stricto sensu* qualifica a conduta culposa, a qual ocorre quando o sujeito do ato não tem propriamente a intenção de provocar o dano. Verifica-se culpa, por exemplo, quando um caminhoneiro não se certifica de que a carga está devidamente presa ao caminhão, dando causa à queda de objetos na pista e, conseqüentemente, origem a acidentes. Já o dolo qualifica a conduta dolosa, a qual é resultante da voluntariedade do sujeito em realizar o ato danoso, ou seja, ele tem a vontade de que o dano ocorra, por exemplo, quando um indivíduo atira uma pedra para quebrar a vidraça de um imóvel.

O artigo 186 do CC menciona, além da voluntariedade da conduta, as situações em que o dano pode ser produto de conduta negligente ou imprudente. Da interpretação do artigo 18 do Código Penal, adiciona-se a esse rol a imperícia. A voluntariedade é o próprio dolo; a negligência, imprudência e imperícia são destrinchamentos da culpa *stricto sensu*.

É importante evidenciar-se a culpa, uma vez que, segundo as palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo (GONÇALVES, 2012, p. 271).

Ou seja, agir com culpa é um desvio de conduta daquilo que é desejado pelo direito e pelos bons costumes, uma subversão da moralidade e dos princípios que regem a ordem jurídica.

Por final é necessário que haja o nexos causal entre o dano e a conduta, isto é, o prejuízo ocorrido deve ser diretamente derivado do comportamento do agente, por exemplo, como ocorre quando um indivíduo constrói precariamente um muro de concreto, divisor de fronteira do seu imóvel, mas esse muro vem a desabar

sobre o automóvel de seu vizinho; há nexos de causalidade entre a conduta negligente do agente e o dano ocorrido da derrocada do muro. Como destaca Sérgio Cavalieri Filho: "(...) o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano" (CAVALIERI FILHO, 2008. p. 46), ou seja, são os elementos objetivos que conferem a correspondência entre a conduta e o dano. Sem essa correspondência não há ato ilícito.

Está expresso no artigo 403, do Código Civil:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

Agostinho Alvim instrui, "[...] é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota desde que ela seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução" (ALVIM, 1955, p. 380).

Há, todavia, circunstâncias em que condutas que ordinariamente seriam consideradas ilícitas excepcionalmente são aceitas pelo ordenamento jurídico. São os casos de excludente de causalidade: legítima defesa; exercício regular do direito; estrito cumprimento do dever legal; estado de necessidade; caso fortuito ou força maior; culpa exclusiva da vítima; e fato de terceiro.

Observa-se no artigo 188 do CC:

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 a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A legítima defesa é a resistência que um indivíduo impõe sobre a pretensão alheia de causar prejuízo à sua integridade física ou patrimonial. Carlos Roberto Gonçalves diz, "Se o ato foi praticado contra o próprio agressor, e em legítima defesa, não pode o agente ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados (GONÇALVES, 2012, p. 399)", isto é, o dano advindo do exercício da legítima defesa ao agressor não é passível de reparação, desde que a força empregada seja limitada à medida necessária para se evitar a agressão, ou seja, sem que seja excessivamente desproporcional. Quanto ao exercício regular do

direito, é exatamente o oposto ao abuso de direito, expresso no art. 187, ou seja, é o uso normal, dentro da finalidade socioeconômica para o qual o direito foi instituído.

No inciso I do artigo, apesar de não conter expressamente a menção ao estrito cumprimento do dever legal, considera-se nele incluso. Ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Conforme acentua Frederico Marques, reportando-se ao art. 160, I, do Código Civil de 1916, de idêntica redação, “o próprio ‘cumprimento de dever legal’, não explícito no artigo 160, nele está contido, porquanto atua no exercício regular de um direito reconhecido aquele que pratica um ato “no estrito cumprimento do dever legal” (GONÇALVES, 2012, p. 398).

O estado de necessidade, segundo as palavras de Maria Helena Diniz,

consiste na ofensa do direito alheio (deterioração ou destruição de coisa pertencente a outrem ou lesão a uma pessoa) para remover perigo eminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo (DINIZ, 2010, p. 562).

O parágrafo único do artigo 393 do CC faz breve definição quando diz, “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Maria Helena Diniz diz:

[...] se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento. No caso fortuito e na força maior há sempre um acidente que produz prejuízo. Na força maior conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza [...]. No caso fortuito o acidente que gera o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico que se rompe e cai sobre fios telefônicos [...] (DINIZ, 2010, p. 396).

Uma vez constatado o ilícito civil, o agente fica responsabilizado pela reparação do dano causado, conforme ordenança do artigo 927 do CC.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Em princípio, todo dano deve ser indenizado. A reparação dos danos tornou-se uma questão prioritária de justiça, paz, ordem e segurança, e, portanto, para o direito. O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos (GONÇALVES, 2012, p. 28).

Além do comando inserido no *caput* do artigo, o parágrafo único adotou uma exceção à teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Civil, segundo a qual para que haja a obrigação de reparar o dano é necessário provar a culpa do agente. Há casos em que a própria determinação legal assegura a responsabilização do agente mesmo sem que tenha agido com dolo ou culpa *stricto sensu*.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou 'objetiva', porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (GONÇALVES, 2012, p. 44).

São os casos da lei de acidentes de trabalho; da lei 6.938/81, que trata sobre os danos ambientais; do Código de Defesa do Consumidor; etc.

3 O ÔNUS DAS DESPESAS COM ADVOGADO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

3.1 O DIREITO DE AÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DA VONTADE DA LEI

Ovídio Baptista da Silva diz que

O *direito de agir*, provocando a atividade jurisdicional por meio da propositura da "ação", é uma atividade reconhecida sem dúvida a todos quantos tenham efetivamente, no plano do direito material, necessidade de amparo jurídico, "para tutela de um direito ou de algum interesse legítimo" [...] (SILVA, 2008, p. 69).

Qualquer encargo que se anteponha a esse direito de ação causa consequentemente um desestímulo a quem porventura pretenda exercê-lo, haja vista que o ônus a ser suportado pode subtrair todo o benefício a que se tem interesse.

Não obstante o objeto imediato do processo ser um interesse pessoal, o objeto mediato é o interesse estatal, ou seja, a lei. Segundo as palavras de Chiovenda, "o processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária" (CHIOVENDA, 1969, p. 56), pode-se dizer que o escopo do processo é a realização da lei.

Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, por sua vez, dizem que,

Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu *poder* (poder estatal). E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos) – assim também toda atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente), visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 47).

Portanto, dificultar o direito de ação, o direito de submeter uma pretensão à apreciação do poder judiciário, é contrariar a própria vontade do Estado, entendida como a paz social. O insucesso da tutela jurisdicional é a derrocada da ordem jurídica, porquanto o descrédito que a instituição haveria com aqueles a quem sua função se dirige provocaria o exato oposto de seu objetivo, que é eliminar a autotutela. O direito, as leis, sem um instrumento que lhes deem efetividade, são apenas enunciados de conduta, de bom comportamento, assim como a ética, cujo descumprimento não é passível de qualquer coibição ou correção.

Giuseppe Chiovenda ensina que “a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor ela se efetiva” (CHIOVENDA, 1969, p. 207), isto é, aquele que tem sua pretensão legalmente amparada não pode sofrer decréscimo de seu patrimônio para obter socorro na prestação jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco, ao comentar sobre o tema, diz que,

Quem tem direito a um bem material, a determinada quantidade pecuniária, a uma situação jurídica nova, etc., tem o direito de receber integralmente o que lhe é devido; mas se tiver de gastar com o processo e não vier a ser reembolsado, ele receberá aquilo a que tinha direito menos o que houver gasto (DINAMARCO, 2009, p. 666).

Caso o desfecho do acionamento do poder estatal para exercer sua jurisdição e aplicar a lei culmine em uma situação economicamente desfavorável àquele que tem o direito a seu favor, evidentemente o interesse no auxílio estatal será mínimo. Estar-se-ia, na verdade, punindo quem tivesse legítima pretensão a um direito. Desta forma, seria economicamente melhor ter o direito violado ou não exercido, do que buscar por vias lícitas a sua realização.

Dinamarco assevera:

o processo deve propiciar a quem tem razão a mesma situação econômica que ele obteria se as obrigações alheias houvessem sido cumpridas voluntariamente ou se seus direitos houvessem sido respeitados sem a

instauração de processo algum (DINAMARCO, 2009, p. 666).

3.2 TEORIAS DE RESPONSABILIDADE NAS DESPESAS PROCESSUAIS

A questão da responsabilidade das partes pelas despesas do processo (incluindo honorários de advogado) pode ser resolvida segundo três critérios fundamentais nos dois extremos, isto é, no sentido de que cada qual dos litigantes tenha as suas próprias despesas, ou no sentido de que o vencido as suporte por inteiro; ou conforme um sistema intermédio, híbrido, segundo o qual o vencido poderá, ou não, atenta as circunstâncias, ser compelido ao reembolso (CAHALI, 2011, p. 28).

A sucessão das teorias sobre a responsabilidade relacionada às despesas do processo demonstra um desenvolvimento do pensamento jurídico e conseqüentemente um interesse da doutrina em definir um sistema mais justo, condizente com os princípios do direito, de repartição das despesas do processo, a fim de proteger quem tem a lei a seu favor e coibir quem litiga sem legítima pretensão.

Inicialmente, a obrigação de arcar com as despesas processuais tinha natureza de pena e era aplicada pelo juiz ao litigante temerário, aquele que houvesse alterado intencionalmente a verdade ou provocado incidentes manifestamente infundados, ou seja, o litigante de má-fé.

No entanto, Adolfo Weber contestou essa teoria dominante. Para ele, a condenação ao pagamento das despesas do processo era um ressarcimento do prejuízo do vencedor. Os danos decorrentes de atos injustos e de lide injusta deveriam ser ressarcidos ao vencedor, sob o amparo do princípio da culpa aquiliana do direito romano, culpa extracontratual, e da equidade.

Como ensina Yussef Said Cahali:

Weber, partindo da incerteza que se constatava na prática a respeito do ônus processual, do arbítrio dos tribunais e seus inconvenientes, ante a falta de exato conceito doutrinário sobre a matéria, propôs-se a enfrentar o problema da natureza da condenação. Daí, repelindo a opinião corrente, que divisava no caso uma pena imposta ao litigante temerário, afirma o princípio de que, ao contrário, essa forma de responsabilização não seria senão o ressarcimento do vencedor. Para tanto, firmava a base desse princípio e, bem assim, de seus limites, em dupla ordem de argumentos: no direito romano, servindo-se da culpa aquiliana, esforçando-se para coligir aquele princípio na referência dos textos a despesas, e na equidade (p. 28).

A teoria de Weber foi amplamente aceita pelos práticos do direito, mas houve também quem a criticasse. Hennemann negava a caracterização das

despesas processuais como dano injusto. Os gastos sofridos pela parte adversária não são reparáveis porquanto são decorrentes do uso da via lícita de resolução de conflitos, isto é, resultado de um exercício do direito. Para Hennemann, segundo Yussef Said Cahali:

[...] com a declaração do direito pelo juiz, o ataque ou a negação do direito aparece como injusto, mas não como injustificado, pois, enquanto o direito de ação é discutível, a declaração judicial em favor do vencedor – que coincide com a opinião do juiz – cria um direito formal que, sendo coisa diversa do direito efetivo, não poderia ser conhecido pelo sucumbente antes da instauração da lide (CAHALI, 2011, p. 29).

Entretanto, naquela situação que o direito do vencedor era tão evidente que não se poderia de boa-fé contestá-lo, a condenação nas despesas seria aplicada como pena ao perdedor.

Para Giuseppe Chiovenda a condenação ao pagamento das despesas é um ressarcimento necessário sempre que haja a instauração de uma demanda judicial.

Yussef Said Cahali ensina:

O direito, acrescenta Chiovenda, deve ser reconhecido como se o fosse no momento da ação ou da lesão: tudo o que foi necessário ao seu reconhecimento e concorreu para diminuí-lo deve ser recomposto ao titular do direito, de modo que *“questo no soffra detrimento dal giudizio”* (CAHALI, 2011, p. 30).

A urgência de buscar socorro judicialmente não pode prejudicar o titular do direito. Com o reconhecimento do bem jurídico tutelado, o perdedor fica obrigado arcar com as despesas processuais, de forma que o valor patrimonial do direito do vencedor não seja prejudicado. É um resultado exclusivamente do processo. Mesmo que haja reconhecimento do direito do vencedor pelo sucumbente, ele fica encarregado dos ônus da sucumbência, haja vista que esse reconhecimento não se deu em tempo hábil, ou seja, antes que houvesse uma lide.

De acordo com Yussef Said Cahali:

A justificação para o princípio da sucumbência é uniforme entre os autores: aquele que se pretende necessitado da tutela jurisdicional, se não é atendido senão recorrendo às vias judiciais, não deve suportar sacrifício econômico (que segundo a clássica proposição, diminuiria o valor do direito reconhecido); “à sentença cabe prover para que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão” (CAHALI, 2011, p. 31/32).

Entretanto, o critério objetivo desenvolvido por Chiovenda não foi suficientemente pragmático, porquanto em diversas situações foi necessário

estabelecer exceções à lógica da teoria, nas quais a natureza da demanda não justificaria a condenação do vencido nas despesas. “Daí ter a sua colocação primeira se degenerado em uma série de fragmentações casuísticas, na solução das quais o princípio da sucumbência mostra-se absolutamente inidôneo e de todo insuficiente” (CAHALI, 2011, p. 32)

A partir de então, buscou-se novo critério que pudesse servir de parâmetro para indicar a quem incumbiria os encargos processuais. Assim, a inevitabilidade da lide se prestou como nutrição para o encorpamento do entendimento de ser obrigação daquele que tenha dado causa à controvérsia o pagamento dos valores então decorrentes. A inevitabilidade da lide é compreendida mediante os elementos de fato que compõe o vínculo de causalidade entre as partes e a premência da tutela jurisdicional. Contudo, é prescindível que a parte tenha incorrido em culpa, para tanto basta que pudesse ter tornado a lide evitável. Se a parte que tinha o direito ao seu favor instaurasse a demanda judicial, embora pudesse obter extrajudicialmente a sua satisfação, deveria arcar com as despesas.

Yussef Said Cahali explica:

Deve-se ter presente, contudo, que a ideia de causalidade não se dissocia necessariamente da ideia de sucumbência. Quando se responde à indagação a respeito de qual das partes terá dado causa ao processo, o bom senso sugere, imediatamente, a resposta: a parte que estava errada [...] (CAHALI, 2011, p. 35)

Segundo Carnelutti (um dos corifeus da doutrina), o princípio da causalidade responde justamente a um princípio de justiça distributiva e a um princípio de higiene social. De um lado, é justo que aquele que tenha feito necessário o serviço público da administração da Justiça lhe suporte a carga; e de outro lado, é oportuno, pois a previsão deste encargo reage a uma contenção no sentido de se fazer o cidadão mais cauteloso [...] (CAHALI, 2011, p. 35).

Enquanto que o princípio da sucumbência era pautado pelo critério objetivo da derrota processual, o princípio da causalidade observa um viés mais subjetivo, de acordo com o qual a origem das controvérsias seria contemplada pelo julgador com o intuito de averiguar qual das partes fez ser necessária a interferência do poder jurisdicional na relação interpessoal.

Também Pajardi ressalta que entre a sucumbência e a causalidade não existe contraste, mas harmonia; trata-se de dois conceitos, do qual o primeiro é o conteúdo, o segundo continente. [...] A sucumbência será, sob um plano conceitual e estatístico, ao mesmo tempo, o elemento normalmente revelador mais expressivo da causalidade, pois, normalmente, aquele que sucumbe é exatamente o sujeito que havia provocado o processo, para que o titular do direito obtivesse coativamente aquilo que espontaneamente não havia obtido (CAHALI, 2011, p. 36)

E completa:

Mas, bem adverte Vecchione, o provimento judicial a respeito das despesas feito com base no princípio da causalidade, exige à diferença do que acontece com a mecânica aplicação do princípio da sucumbência, uma indagação mais criteriosa e penetrante das razões dos litigantes (CAHALI, 2011, p. 36).

Posto que fosse apontado o princípio da causalidade como livre de limitações, há uma circunstância em que sua idiosincrasia obriga um tratamento diferenciado: trata-se do processo necessário. Neste caso, não se está diante do processo como instrumento de reparação de um direito violado, ou seja, de um direito que era exigível, mas foi obstado. Está-se, no entanto, diante do processo como única via possível para efetivação do direito; o fim ao qual pretende o sujeito não pode ser alcançado senão mediante ação judicial.

Essa excepcionalidade do princípio da causalidade é regida pelo princípio do interesse:

A parte, cujo interesse é exclusivo, não contrastado e não de outro modo reconhecível, deve suportar as despesas. A norma não se encontra enunciada com caráter geral, mas temos dela várias aplicações isoladas. Assim, uma ação cujo objeto principal é o reconhecimento da autenticidade de uma escritura particular, ou o cancelamento de uma hipoteca são ações com despesas a cargo do autor (CHIOVENDA *apud* CAHALI, 2011 p. 36).

Cahali complementa:

Exemplos clássicos de processos necessários, dominados pelo princípio do interesse: processos de jurisdição voluntária; ação de contestação de paternidade; ações de dissolução da sociedade conjugal; processo de interdição por incapacidade ou declaração de ausência (CAHALI, 2011, p. 37).

3.2.1 Teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 1939

Inicialmente, o Código de Processo Civil de 1939 adotou cumulativamente a teoria da culpabilidade, a teoria da pena e a teoria da sucumbência para reger a responsabilidade concernente aos ônus sucumbenciais do processo.

O artigo 59 do código dizia: “A parte vencedora terá direito ao reembolso das despesas do processo”. Nesse caso, a previsão legal era orientada pelo princípio da sucumbência, ao compelir o derrotado a reaver as despesas que o vencedor teve de desembolsar para que tivesse o direito proclamado ao seu favor.

Contudo, o código não incluiu os honorários advocatícios nas despesas

processuais, haja vista que fez menção específica dos casos em que ocorreria a condenação em honorários.

O artigo 64 dizia: “Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária”.

Leonardo Greco instrui:

Na sua origem, os honorários da sucumbência visavam a ressarcir o vencedor, pelo menos parcialmente, das despesas que ele tinha feito com a contratação do seu advogado. Contudo, esse ressarcimento não corresponde necessariamente ao valor contratualmente ajustado pelo vencedor com o seu patrono, mas é arbitrado pelo juiz, por equidade, em base que considere razoável. Se os dois litigantes têm de pagar o respectivo advogado, o vencedor deve, pelo menos em parte, recuperar aquilo que desembolsou com o pagamento do seu advogado. Essa é a ideia original dos honorários de sucumbência (GRECO, 2009, p. 446).

A condenação em honorários prevista nesse artigo envolve-se no princípio da culpabilidade. Quer dizer, caso a parte derrotada não tivesse legítima pretensão, ou que ao menos fosse de verossímil credibilidade, para justificar sua litigância, ficaria condicionada ao pagamento da verba honorária devida ao advogado do vencedor.

Já no artigo 63 de código processual derogado, a obrigação pelo pagamento dos honorários e despesas era resultado de penalidade imposta em razão do comportamento do derrotado que houvesse litigado de má-fé, em adoção à teoria da pena.

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

O mencionado artigo 3º dispunha: “Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro”. Além de todo o reembolso devido elencado no artigo 63, o litigante temerário também ficava obrigado a indenizar à parte vitoriosa os prejuízos que lhe adviessem em consequência de sua oposição infundada.

Ovídio Baptista da Silva, ao comentar sobre a condenação em honorários, afirma:

O código de 1939, em sua redação primitiva, atribuía à parte vencedora o direito ao reembolso das despesas do processo (art. 59), exceto o direito de

reaver os honorários de seu advogado, que somente tinha lugar quando “a ação resultasse de dolo ou culpa contratual ou extracontratual” (art. 64) e nos casos de lide temerária, definida como aquela em que a parte tivesse “alterado intencionalmente a verdade”, ou “se houvesse conduzido de modo temerário, provocando incidentes manifestamente infundados” (art. 63) (BAPTISTA, 2000, p. 118).

Após o advento da lei 4.632 de 1965, o artigo 64 do Código processual foi alterado para: “A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55”. Desta forma, a teoria da culpabilidade, antes abrigada, deu lugar à teoria da sucumbência também no que se refere aos honorários advocatícios. “Suprimindo a exigência de dolo ou culpa, como pressuposto dessa condenação, apenas se recomendava que a fixação se fizesse com moderação e motivadamente” (Cahali, 2011, p. 40).

3.2.2 Teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 1973

O código de processo civil de 1973, então vigente, em sua formação seguiu o princípio da sucumbência, quando diz em seu artigo 20: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”.

A previsão do código abandonou a ideia de culpa do anterior e se filiou à ideia do risco, ou seja, “[...] quem litiga, o faz a seu risco, expondo-se, pelo fato de sucumbir, ao pagamento das despesas (CAHALI, 2011, p. 41)”.

No entanto, segundo Yussef Said Cahali, “[...] é lícito afirmar que o princípio legislativo da causalidade é latente”. E continua:

Em matéria na qual a própria fragmentariedade das disposições legais traduz a perplexidade do legislador diante do tema, o intérprete não pode proceder segundo esquemas rígidos de uma definição superada, e pela qual se deva entender como sucumbente apenas aquele a quem a demanda é imposta, e, como vencedor, aquele cuja demanda tenha sido acolhida (CAHALI, 2011, p. 44).

Alex Vasconcellos Prisco comenta:

É interessante notar que não há até hoje em nossa doutrina e jurisprudência uma teoria prevalente. Ora se adota a tese da causalidade, ora a da sucumbência, havendo ainda aqueles que professam uma harmonização entre os dois postulados (PRISCO, 2010, p. 93)

Como já foi reconhecido por Chiovenda, o princípio da sucumbência por si

só não é capaz de abranger todas as questões às quais é submetido, deixando de contemplar uma vasta gama de situações em que a responsabilidade pelas despesas processuais ficaria relegada a análises substancialmente empíricas.

Por exemplo, nos casos de extinção do processo devido a causa superveniente; nos casos em que a parte demanda de má-fé ou provoca atos manifestamente protelatórios e infundados; nos casos em que o réu não argui, em sua resposta, os fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor, mas, ainda assim, sagra-se vencedor na causa; nos processos de jurisdição voluntária.

3.3 A FUNÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A verba honorária, hoje destinada ao advogado, nem sempre possuiu essa função de remunerar o causídico da parte vencedora. Ao longo da história, diversas foram as suas aplicações, transmutando-se à medida que o processo em si também foi adquirindo novas características e desempenhando um papel importante no quadro geral de poderes e competências depositadas no seio do Estado.

Em Roma, nos primórdios da jurisdição do poder público, as partes compareciam pessoalmente perante o juiz e praticavam os atos necessários para o julgamento da controvérsia. A ideologia eminentemente individualista que dominava à época implicava na responsabilidade de cada parte em arcar com as próprias despesas e a promover a defesa de sua causa.

A figura do advogado apareceu inicialmente como um assistente, que não representava a parte, mas que a auxiliava na ação gratuitamente, sem receber em troca gratificação de cunho patrimonial, mas colimava outras vantagens, como favores políticos.

De acordo com Yussef Said Cahali:

[...] durante os três primeiros séculos, desde a fundação de Roma, a profissão de advogado não existiu nem podia existir, pois a defesa perante tribunais era *munus* público, imposto pelas instituições a certa classe de pessoas – durante esse período não se podia falar em honorários. A profissão de advogado resultou da dissolução do patronato, da vulgarização das fórmulas e do desenvolvimento da ciência do direito: dentre os homens frequentando o tribunal, a partir dessa época, uns fizeram da atividade forense meio de exercício oratório e meio de obter posição, degrau para subir às magistraturas; outros a abraçaram como profissão; os primeiros patrocinaram, às vezes, gratuitamente, por ambição; os segundos

receberam a remuneração do próprio trabalho, sacrificando muitas vezes a honestidade ao desejo de fazer fortuna rápida. Por isso, encarando a situação de modo parcial isolado, pode-se dizer, ao mesmo tempo, que a profissão de advogado existiu e não existiu na antiga Roma, que a advocacia foi e não foi gratuita – cada uma dessas afirmações, verdadeira relativamente, é falsa em sentido absoluto (CAHALI, 2011, p. 20).

No Brasil, a primeira norma a abordar sobre os honorários advocatícios foi o Código de Processo Civil de 1939. Contudo, Alex Vasconcellos Prisco diz:

o ato jurídico-processual da condenação judicial em honorários advocatícios vem sendo praticado há tempos no País. Antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 1939, a jurisprudência do STF já costumava condenar a parte derrotada em uma demanda a pagar à outra o valor que esta eventualmente tivesse despendido com a remuneração do seu advogado que atuou no processo. Com a edição daquele diploma legal, o assunto foi pela primeira vez positivado na legislação brasileira, situação que se prolonga até hoje, com modificações bastante substanciais, agora sob a disciplina geral da lei processual de 1973 (PRSCO, 2010, p. 92).

A fonte de remuneração do advogado pelos seus serviços de assistencialismo e representação judiciária sempre foi o contrato realizado com seu cliente. A condenação resultante da sentença que determinava que o sucumbente arcasse com o pagamento dos honorários advocatícios da parte vitoriosa destinava os valores correspondentes à própria parte vencedora, como forma de compensação pelos gastos que teve de incorrer para vencer a lide. Quer dizer, os honorários de sucumbência pertenciam à parte, e não ao advogado; a este pertenciam os honorários convencionados entre cliente e procurador.

Cássio Scarpinella Bueno relembra:

Na vigência do anterior Código de Processo Civil, o Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, silente a respeito do tema, prevalecia o entendimento de os honorários pertencerem à *parte*, em consideração à função de indenizá-la pelo dinheiro gasto com a contratação do advogado.

Todavia, a previsão legal do Código de 39 não concedia a compensação integral dos honorários dispendidos pelo vencedor; os parâmetros observados pelo juiz no arbítrio dos valores na condenação do sucumbente limitavam-se à sua subjetividade em avaliar a indenização possível sem que, contudo, correspondesse à quantia efetivamente gasta pelo vencedor na contratação dos serviços de seu advogado. O juiz nessa tarefa, entretanto, ficava adstrito à necessidade de motivação da sua decisão e devida fundamentação da quantia arbitrada.

Conforme pondera Alex Vasconcellos Prisco:

[...] seja como for, o certo é que, apesar das restrições impostas pelo sistema processual ao ressarcimento da parte com relação aos honorários advocatícios contratuais, podemos notar que até então a verba

sucumbencial pertencia à pessoa do litigante, para fins de recomposição do patrimônio desfalcado com a contratação de procurador judicial (PRISCO, 2010, p. 98).

Houve a lei 4.215/63, que regulou o exercício da profissão de advocacia. Essa lei, em seu artigo 96, assegurava aos inscritos na Ordem dos Advogados somente os honorários contratados, conforme a redação do *caput*: “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na Ordem o direito aos honorários contratados ou, na falta de contrato, dos que forem fixados na forma desta lei”. Em seguida, o artigo 97 determinava: “Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários serão fixados por arbitramento judicial em porcentagem sobre o valor da causa”. Esse arbitramento não se confunde com os honorários ordenados pelo juiz ao sucumbente; o primeiro é a verba devida pela própria parte ao seu procurador; o segundo é a verba devida pelo perdedor da ação à parte vencedora.

O tratamento diferenciado dado aos dois tipos de honorários fica mais evidente diante da leitura do *caput* do artigo 99 da mesma lei, o qual diz:

Se o advogado fizer juntar aos autos, até antes de cumprir-se o mandato de lavramento ou precatório, o seu contrato de honorários, o juiz determinará lhe sejam estes pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

Caso o advogado da parte que venceu ainda não tenha recebido os seus honorários convencionados com o seu cliente, ele pode pedir a compensação desses valores com aqueles que o vencedor há de receber a título de honorários sucumbenciais. “Se o quanto fixado na sentença é superior ao que a parte pagou, ou tem de pagar ao advogado, ou se lhe é inferior, isso de modo algum aproveita ou desaproveita o advogado [...]” (MIRANDA, 1973, p. 421), ou seja, o advogado receberá sempre o valor convencionado, e eventual diferença entre os valores compensados, se para mais ou para menos, fica sob compromisso da própria parte.

Com a promulgação do Código de 1973, a lei deu um caráter mais objetivo a essa atividade de determinação da verba honorária devida. O artigo 20 do código traz em si os critérios as serem observados pelo julgador na condenação do sucumbente. Nas ações em que houver condenação, isto é, em que o bem jurídico pretendido algum valor em dinheiro, ou algo que em dinheiro possa ser avaliado, o julgador determinará os honorários entre o intervalo de 10% e 20% do valor da condenação. E, para mensurar a posição nesse intervalo, será avaliado o trabalho do advogado, condizente à qualidade de sua prestação diante da natureza, tempo e

local da prestação dos serviços. Após, o sucumbente fica obrigado a restituir essa quantia ao vitorioso.

A prática, todavia, com o tempo, foi tomando novos rumos, a ponto de culminar com a elaboração da lei 8.906/94, que afirmou pertencerem aos advogados os honorários sucumbenciais, além daqueles convencionados com seu cliente. Aquela divisão que havia doutrinariamente entre os tipos de honorários adquiriu explícitas feições legais, ou seja, evidenciou-se a nítida distinção entre os honorários provenientes da decisão judicial e aqueles resultantes de contrato. Conforme diz Alex Vasconcellos Prisco:

Ao contrário do que se poderia pensar, o fenômeno da mudança de propriedade da verba advocatícia sucumbencial não foi uma imposição legal repentina, fruto de uma política legislativa corporativista. Ele foi lento e gradual, tendo a lei não mais que positivado um praxis contratual legítima e razoável [...] (PRISCO, 2010, p. 91).

A partir de então, foi garantida aos advogados uma segunda fonte de remuneração, em detrimento da própria parte constituínte. Aqueles honorários que em sua origem tinham o propósito de recompor, ainda que parcialmente, o patrimônio da parte que teve de se fazer valer do poder jurisdicional para ter a realidade amoldada ao seu direito legitimamente consagrado pela ordem jurídica, passaram a ser diretamente direcionados ao advogado. Alex Vasconcellos Prisco diz:

[...] esse estado de coisas, não há dúvida, esvaziou completamente a função reparatória original da verba sucumbencial. Em outras palavras, os honorários concedidos em âmbito judicial deixaram de ser uma indenização pertencente à parte vencedora do processo para se constituírem em remuneração diretamente atrelada ao trabalho do advogado contratado, que ainda pode lhe cobrar um preço adicional (PRISCO, 2010, p. 99).

3.4 A JURISPRUDÊNCIA CONTRÁRIA

As disposições legais constantes no diploma civil são instituições de direito material, que regem a vida privada e cuja aplicabilidade pode ser tanto exigida por meio judicial quanto arbitral. Desta forma, a parte também pode solicitar em juízo o ressarcimento pelos valores gastos a título de perdas e danos. Todavia, a doutrina e parte majoritária da jurisprudência entende ser indevida a indenização.

Em primeiro momento, a recusa da doutrina e da jurisprudência quanto à submissão da parte vencida ao pagamento dos honorários advocatícios está firmada no comando dado pelo artigo 20 do CPC. Isto é, o Código prevê apenas uma

condenação do sucumbente ao pagamento de honorários de advogado, a qual obedece a critérios objetivos que somente dizem respeito à própria peculiaridade da causa, seja em relação ao seu valor, complexidade, local de tramitação, além do zelo do advogado, sem que haja qualquer menção ao vínculo da parte e seu representante.

José Manoel de Arruda Alvim afirma que, “não há absolutamente que se vincular o contrato de locação de serviços do advogado que envolve o mandato judicial para representar este cliente em juízo e aquela condenação constante da sentença” (ALVIM, 1975, p. 186), quer dizer, posto que ambas as remunerações são dirigidas ao advogado, são completamente imiscíveis, haja vista que uma é decorrente de estipulação legal à qual fica submetido o sucumbente, e a outra é resultado de um acordo entre a parte vitoriosa e seu representante.

Alex Vasconcellos Prisco menciona decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na decisão da apelação n. 2003.01.1.065831-0, sob relatoria da Des^a. Ana Maria Duarte Amarante, que diz:

Os honorários pagos pelo autor, ao advogado que contratou, para efetuar notificação extrajudicial do demandado e ingressar com a respectiva ação judicial, não ensejam reparação a título de danos materiais, uma vez que o art. 20 do Código de Processo Civil estabelece que ao final do processo o vencido deverá pagar ao vencedor todas as despesas processuais que este antecipou, bem assim os honorários de advogado. Isso significa que o ressarcimento de todas as despesas processuais, inclusive honorários do advogado, constitui para o vencedor consequência do êxito na ação, e, para o vencido, o ônus da sucumbência (TJDF *apud* PRISCO, 2010, p. 90).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgados recentes, decidiu:

Apelações cíveis. Ação indenizatória por danos morais. Contrato de leasing entre as partes. Inscrição do nome da autora no serviço de proteção ao crédito por falta de pagamento. Sentença de parcial procedência. Alegação da ré de que agiu no exercício regular do direito. Quitação da prestação realizada a tempo e modo. Ato ilícito, dano moral e nexo causal incontestes. Majoração do *quantum* indenizatório. Necessidade de observação aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade e adequação aos parâmetros da câmara. Honorários contratuais. Impossibilidade de ressarcimento pela parte vencida, sob pena de dupla condenação. Dano indireto. Prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais. Decisum suficientemente motivado. Recurso da ré desprovido. Apelo da autora provido em parte. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.056146-7, de Lages, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 25-09-2014) (grifou-se).

E Também:

Acidente de trânsito. Danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Sinistro envolvendo veículo coletivo pertencente à empresa concessionária e veículo particular. Culpa exclusiva do motorista falecido

que, dirigindo em “zigue-zague”, invadiu a pista contrária. Afronta ao art. 26, inciso I, e 28 do Código de Trânsito Brasileiro. Nexo Causal evidenciado. Obrigação de ressarcir patente. Lucros cessantes. Prejuízo presumido diante da atividade (transporte de passageiros) exercida pela proprietária do bem abalroado. Inviabilidade de constatação segura acerca da sua extensão. Possibilidade de apuração desse montante em liquidação de sentença. Ausência de prova quanto à depreciação do veículo. Ônus que incumbia à autora. Inteligência do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Danos Morais. Mácula à honra objetiva não demonstrada. Necessidade de comprovação do abalo anímico aventado. Pleito de ressarcimento dos honorários contratuais. Despesa abrangida pelos ônus sucumbenciais. Impossibilidade de dupla condenação. Majoração da verba honorária para abarcar a atuação profissional na ação e na reconvenção. Recursos conhecidos, sendo parcialmente provido o da autora e desprovido o das rés. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.013829-9, de Brusque, rel. Des. Ronei Danielli, j. 25-03-2014) (grifou-se).

Ao comentar sobre, Luiz Fux entende que,

a verba honorária adiantada pela parte ao seu advogado é algo indiferente para o processo, porquanto é pagamento decorrente de vínculo material e ao direito processual incumbe regular os honorários decorrentes do êxito de um litigante sobre o outro (FUX, 2008, p. 471).

Humberto Theodoro Júnior enfaticamente assevera, “pouco importa o contrato firmado entre a parte e seu advogado, ou quantia que efetivamente lhe foi paga. O ressarcimento dos gastos advocatícios será sempre feito conforme o valor fixado pelo juiz na sentença” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 108).

Em segundo momento, a objeção à restituição dos honorários contratuais se dá em razão do princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual, os efeitos do contrato apenas vinculam as partes que participaram da avença, sem beneficiar ou prejudicar terceiros.

Fábio Ulhoa Coelho ensina:

Outra decorrência do princípio da autonomia privada é a impossibilidade de um contrato criar obrigações para quem não é parte dele. Denomina-se princípio da relatividade a regra que obstaculiza a extrapolação dos efeitos atinentes à criação de obrigação para além dos próprios contratantes (COELHO, 2012, p. 38).

Vê-se também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO VEICULAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RECUSA NA COBERTURA. CONDUÇÃO PELO FILHO DO SEGURADO. SUPOSTO AGRAVAMENTO DO RISCO. INIMPUTABILIDADE AO SEGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO. LIBERALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações que envolvem seguradora e segurado e seus beneficiários.

"Para a recusa de pagamento de indenização securitária, o agravamento do

risco deve ser imputado à conduta direta do próprio segurado. A presunção de que o segurado tem por obrigação não permitir que o veículo seja conduzido por pessoa em estado de embriaguez é válida até a efetiva entrega do veículo a terceiro" (STJ, AgRg nos EDcl no REsp. n. 1341392/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 20-6-2013, DJe 1º-7-2013).

A pretensão voltada ao ressarcimento dos danos materiais advindos de acidente de trânsito compreendem a recomposição de todos os prejuízos suportados desde que devidamente comprovados.

Não é cabível o ressarcimento dos danos decorrentes da contratação do advogado para ajuizamento da demanda por se tratar de um negócio jurídico particular que decorre de liberalidade das partes e não vincula a parte adversa. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.051584-8, de Criciúma, rel. Des. Fernando Carioni, j. 03-09-2013).

E do Tribunal de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO FASE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E HONORÁRIOS CONTRATUAIS PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE 1 Impossibilidade de cumulação, na execução, de honorários contratuais e sucumbenciais, suportada no princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Funda-se no conceito de que os efeitos do contrato não podem afetar terceiros sem vínculo ao conteúdo (cf. artigo 928 do Código Civil de 1916). Não é possível impor a terceiros honorários excedentes àqueles impostos por força do artigo 20 do Código de Processo Civil. Ou seja, descabido considerar a eficácia do contrato de honorários entre parte e advogado para a parte contrária, sucumbente; 2 A parte, ao ajuizar demanda ou contestar o feito, assume o risco de arcar com os ônus naturalmente decorrentes de eventual procedência ou improcedência, contando com a possibilidade de pagamento, portanto, das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, na forma e nos limites previstos no art. 20 do CPC. Havendo contrato particular para pagamento de advogado, este não deve ser incluído na execução, sob pena de surpreender o executado com quantia que pode até mesmo ser superior ao próprio valor do débito decorrente de sua sucumbência no processo. O valor dos honorários contratuais é de responsabilidade de quem contratou. RECURSO PROVIDO (TJ-SP – AI: 00160193320138260000 SP 0016019-33.2013.8.26.0000, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 22/04/2013, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/04/2013).

Portanto, é de se entender que as mesmas fundamentações que impedem submeter ao sucumbente o ônus de arcar com os honorários contratuais do advogado vencedor no processo civil são as que a permitem na arbitragem. A sustentação que o princípio da autonomia da vontade dá à arbitragem permite que sejam flexibilizadas as práticas judiciais de forma que se torna possível essa submissão.

4 A REPARABILIDADE DOS GASTOS COM ADVOGADO

4.1 A PREMÊNIA DE EVITAR-SE O DANO

Uma percepção abrangente da ordem jurídica e da sua construção visando a determinado fim permite compreender a vontade do direito além das molduras do tempo presente. A lei não deve ser um fim em si mesmo, mas um instrumento de promoção e defesa dos direitos, que, em maior ou menor proporção, são fundamentais à vida e à liberdade. E o Estado, por sua vez, no exercício da atividade jurisdicional, é o agente implementador das garantias individuais e sociais, atuando em socorro de quem houver seu direito violado ou obstado. A interferência alheia que traz prejuízo a outrem foi e será sempre o objeto principal de preocupação do direito, haja vista a sua relevância social e por representar grande parcela das causas das demandas judiciais.

A magnitude do mérito já foi objeto de estudo de notórios filósofos políticos, ao abordar a necessidade de se proteger o bem individual diante do ímpeto desenfreado dos outros indivíduos. Thomas Hobbes e John Locke, em seus discursos, respectivamente em “O Leviatã” e “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, remontaram os primórdios da sociedade civilmente organizada, a qual foi a solução encontrada pelos indivíduos para se resguardarem da guerra de todos contra todos, que havia no Estado de Natureza, isto é, na circunstância em que não havia um poder com força e autoridade suficiente para subjugar as pessoas a obedecerem os limites de uma sociedade que respeita a liberdade. Evitar o dano é de tão extrema essencialidade que em troca de proteção, abdicava-se de uma parcela de liberdade para se submeter a um poder cujo escopo é o bem comum.

O fracasso na defesa dos direitos é o veredito de esgotamento do poder público. Quando a instituição cuja prerrogativa crucial é garantir a paz e a ordem jurídica deixa de ter uma atuação que transmite credibilidade aos seus subordinados, esvazia-se de razão que justifique a sua manutenção.

Num contexto em que a atividade jurisdicional não consegue obter um desempenho satisfatório, abre-se a brecha para que outros métodos de resolução de conflito surjam como alternativa para contornar a deficiência nesse segmento. A necessidade da obtenção da justiça induz os indivíduos a acharem por si uma alternativa que oportunize uma solução que lhes satisfaçam. Ocorre que, nessa busca por justiça a autotutela ganha espaço entre os métodos despendidos, uma vez que a falta de meios seguros e eficazes que conduzam o litígio a um desfecho

adequado relega ao desamparo o indivíduo que teve seu direito violado.

O remédio para evitar o uso arbitrário das próprias razões é a disponibilização de meios que permitam a realização do direito de forma eficaz, porquanto a satisfação com a operacionalidade da justiça é decorrente da pretensão de que o direito seja efetivado em sua plenitude, e não de forma retalhada; assim também é a concepção aristotélica, corroborada por São Tomás de Aquino, de que “a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido” (AQUINO, 2002, p. 60).

Ao se considerar essa simples definição, fica compreensível que um resultado parcial, ainda que seja melhor do que nenhum resultado, não é capaz de trazer a satisfação que uma solução que apreciase a integralidade do direito traria. Ilustrativamente, caso um credor devesse receber do devedor 5 moedas, mas apenas recebe 3, seu direito seria cumprido apenas parcialmente e lograria dessa forma prejuízo patrimonial. Em outro exemplo, um credor deveria receber também 5 moedas, mas o devedor não lhe paga nenhuma; para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, o credor aciona o poder jurisdicional, e, para tanto, faz-se necessária a contratação de um advogado, o qual lhe custaria 2 moedas; ao final, a sentença determina a restituição das 5 moedas; mesmo assim, o patrimônio do credor novamente não foi restituído integralmente, haja vista que gastou 2 moedas com seu procurador, ou seja, restaram-lhe apenas 3. É possível perceber que, o pronunciamento judicial em favor do segundo credor não lhe propiciou melhor situação patrimonial do que aquela percebida pelo primeiro credor, quer dizer, mesmo após todo o trâmite processual, o segundo credor alcançou a mesma condição que se encontrava o primeiro credor: lesado. Ao contrário do que se ilustrou, era devido ao credor a restituição das 5 moedas sem que para isso fosse necessária a intervenção do poder jurisdicional; a obrigação deveria ter sido adimplida naturalmente e espontaneamente.

4.2 A OPOSIÇÃO AO DIREITO E A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO

O processo como instrumento de realização da justiça e efetivação do direito deve produzir no mundo dos fatos a mesma condição que haveria se

idealmente não houvesse qualquer conflito. Conforme Dinamarco assevera:

o processo deve propiciar a quem tem razão a mesma situação econômica que ele obteria se as obrigações alheias houvessem sido cumpridas voluntariamente ou se seus direitos houvessem sido respeitados sem a instauração de processo algum (DINAMARCO, 2009, p. 666).

Desta forma, é imprescindível que o processo e todos seus reflexos decorrentes da urgência da instauração da ação sejam minuciosamente considerados ao se estudar os ônus que implicam e condicionam a possibilidade de obter o auxílio jurisdicional, uma vez que, caso não sejam levados em conta, estar-se-ia, ainda que indiretamente, punindo a parte cuja conduta foi irrepreensível, mas que precisou se socorrer ao poder público para transpor obstáculo alheio.

No entanto, dentre todas as despesas compreendidas na relação processual, os gastos com advogado são as mais grandiosas. Como disse Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

a mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios. [...] Qualquer tentativa realística de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18).

Quer dizer, ainda que sejam implementadas novas políticas de acesso à justiça, como a justiça gratuita, assistência jurídica gratuita, e também a responsabilização do sucumbente pelo pagamento das custas do processo, o principal empecilho, e do qual é praticamente impossível de se evitar, permaneceria.

Todavia, como forma de superar esse prejuízo patrimonial, na arbitragem tem-se incluído os honorários convencionais como indenização por perdas e danos nas despesas sucumbenciais. Tendo em vista que o princípio da autonomia da vontade representa o coração do procedimento arbitral, o acordo entre as partes concordando que o sucumbente arque com os honorários contratuais do vencedor, além das custas do próprio procedimento, é plenamente válido, porquanto não existe disposição contrária em lei.

Embora tal prática seja apenas um engenho sem previsão na lei de arbitragem, mas proveniente da vontade de ambas as partes de serem reintegrados seus patrimônios caso sejam vencedores da lide, corresponde à vontade do direito, encarado diante de uma visão mais principiológica e abrangente. E essa correspondência está presente quando o direito prevê a responsabilidade civil de reparar os danos decorrentes de conduta ilícita, nos artigos 186; 187; 389 e 927 do

Código Civil. É importante considerar também que a reparabilidade do dano se dá em sua totalidade, como se entende do *caput* do artigo 944 do mesmo código:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Conforme comenta Carlos Roberto Gonçalves:

Ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no art. 186 do Código Civil, que prescreve: 'aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. Também o comete quem abusa de seu direito (art. 187). Em consequência, o autor do dano fica obrigado a repará-lo (art. 927).

Ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado (CC, art. 927). É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem (GONÇALVES, 2003, p. 213).

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

[...] o ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo. Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei.

E ainda adverte: “É de ordem pública o princípio que obriga o autor do ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o” (DINIZ, 2009, p. 45).

Há o entendimento predominante de que os gastos com advogado não são indenizáveis, porque são resultantes de uma discricionariedade do contratante. E, por terem origem em um contrato, são obrigações imputáveis somente às partes que participaram da confecção do acordo e que manifestaram suas vontades. As cláusulas do contrato criam lei entre as partes, e somente entre elas, impossíveis de serem opostas a terceiros, em razão do princípio da relatividade dos contratos. Quer dizer, a contratação de advogado para ajuizamento de ação e defesa de interesse obstado não é um dano direto e imediato originado da conduta ilícita de outrem. A conduta ilícita não é causa necessária aos gastos com advogado, os quais são frutos da liberalidade do próprio danado.

No entanto, não é possível se coadunar com esse entendimento à luz dos princípios que regem o direito. O indivíduo que não pode realizar seu direito ou que teve seu direito violado tem duas opções: ou permanece prejudicado, ou requer o auxílio jurisdicional. Há realmente mais opções, dentre as quais podem ser a tentativa de autocomposição, que é composta pela mediação e conciliação, ou até

mesmo socorrer-se por meios ilícitos como a autotutela. Contudo, como o uso da força é o mal que deve ser evitado a todo custo, e a autocomposição é um meio que depende da voluntária sujeição da parte contrária, a qual é extremamente rara, não podem ser efetivamente considerados.

Acontece que a autocomposição, apesar de sua desconsideração, pode ser abalizada como requisito primordial para a aplicação da reparação civil dos honorários contratuais. Segundo a teoria da causalidade das despesas processuais, a parte que fica obrigada a arcar com os ônus processuais é aquela que deu causa ao processo, ou seja, aquela que poderia ter tornado a lide evitável. Quando primeiramente uma das partes intenta dirimir a controvérsia por meio de uma composição amigável, mas ainda assim não consegue obter a cooperação da outra parte para concordar em produzir os efeitos previstos e permitidos pelo direito, fica notável a relação de causalidade que cada envolvido teve na inevitabilidade do processo.

É inconcebível pressupor a conformidade de alguém com a circunstância de ter seu direito impedido ou violado. Ao contrário, a vontade do direito é de que todos assumam as suas obrigações e adimplam-nas espontaneamente, e que seja evitada qualquer conduta que exceda os limites da liberdade individual, em respeito aos princípios de igualdade e isonomia. Isto é, a boa-fé é o preceito fundamental na relação jurídica.

Portanto, é coerente afirmar que a busca pelo auxílio jurisdicional é a escolha querida pela ordem jurídica. E, intrinsecamente subsequente à premência de acionar o poder juiz é a exigência de contratar um representante judicial. Não há como esquivar-se da utilidade dos serviços de um advogado, em virtude da exigência de qualificação profissional para a prática dos atos processuais, além de que, mesmo nas raras oportunidades em que se é permitido estar em juízo sem advogado, o conhecimento mínimo para poder-se atuar em defesa própria não está ao simples acesso de qualquer pessoa, mas se dá mediante profundo estudo e familiaridade com o hábito forense.

Reflete Alex Vasconcellos Prisco:

[...] para que a parte possa exercer seus direitos perante o Poder Judiciário, na grande maioria das vezes, é indispensável que ela o faça por meio de um advogado regularmente inscrito nos quadros da entidade de classes (OAB). O *jus postulandi*, isto é, a possibilidade de a parte postular em juízo

sem estar representada por advogado, constitui exceção em nosso sistema. A obrigatoriedade (ou indispensabilidade) da constituição de advogado para atuar na esfera jurisdicional é a regra no Brasil, sendo uma consequência lógica do disposto no art. 133 da Constituição da República, que afirma textualmente que 'o advogado é indispensável à administração da justiça'. Não se trata aí, como é óbvio, de uma 'reserva de mercado' animada por anseios corporativistas, mas da norma constitucional de aparelhamento da garantia fundamental de acesso à justiça, que para sua real e efetiva implementação exige a atuação de profissionais devidamente habilitados.

Portanto, em nosso sistema, sendo em regra obrigatória a contratação onerosa de advogado para busca da tutela jurisdicional, pode-se afirmar que a discricionariedade da parte, no que toca ao ato de constituir ou não um advogado, fica bastante prejudicada (PRISCO, 2010, p. 81).

4.3 A JURISPRUDÊNCIA A FAVOR

O Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido pela Exma. Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial n. 1.027.797 – MG, em 17 de Fevereiro de 2011, decidiu:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL.

1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.
2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.
3. A quitação em instrumentos de transação tem de ser interpretada restritivamente.
4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.
5. O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.
6. Recurso especial ao qual se nega provido (grifou-se).

O venerado julgado traz em seu corpo relevantes argumentações, as quais exigem destaque apropriado. Veja-se:

O art. 791 da CLT, ao estabelecer que "empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho", deixou evidente a facultatividade da presença do advogado nos processos trabalhistas.

Por ser uma faculdade, a concessão do *jus postulandi* não pode ser utilizada como fundamento para penalizar o trabalhador que resolve contratar um advogado particular.

[...]

Nessa dimensão, assume especial relevância a função do advogado no processo como fator de concretização do acesso à justiça, na medida em que, utilizando os seus conhecimentos jurídicos, otimiza a participação do seu cliente no processo de convencimento do magistrado.

A liberdade dada pela legislação trabalhista para que a parte compareça pessoalmente em juízo na reclamação trabalhista, assim também como nos casos permitidos na lei dos juizados especiais, não pode usurpar o direito de que a parte seja qualificadamente representada, porquanto infungíveis são os serviços prestados por advogado de confiança, que tenha conhecimento da matéria controvertida, ou de notória reputação.

Tendo em vista, então, que a representação judicial, quando facultativa, pode ser considerada indispensável ao acesso à justiça, quanto mais nos casos em que há a exigência de constituir-se representante. A busca pela realização da lei é um direito, e não uma faculdade da parte. Portanto, a discricionariedade do indivíduo em escolher entre comparecer em juízo ou não, e ser representado ou não, não pode ofuscar a ilustre motivação do direito, que é a justiça.

O processo como instrumento de efetivação do direito e da justiça não pode prejudicar quem tem legítima pretensão. Continua o julgado:

Por fim, cumpre pontuar que o processo não pode importar prejuízos à parte a quem, ao final, se reconheça ter razão. Assim, aquele que deixou de pagar verbas trabalhistas tem de restituir ao empregado o que esse despendeu com os honorários contratuais. Nesse contexto, como bem destaca Chiovenda:

A necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão, pois, a administração da justiça faltaria ao seu objeto e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar como prejuízo de quem tem razão (Chiovenda apud Scavone Júnior, Luiz Antonio. Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral: interpretação sistemática e teleológica. São Paulo: J. de Oliveira, 2007, p. 173).

Em sequência, a eminente relatora faz menção de dois autores ao abordar sobre a imprescindibilidade da reparação integral dos danos:

Nesse tocante, é elucidativa a doutrina de Luiz Antonio Scavone Júnior (Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral. São Paulo: J. de Oliveira, 2007, p. 172-173):

[...]

Assim os honorários atribuídos a título de sucumbência não se confundem

com os honorários ressarcitórios, convencionais ou arbitrados.

Os honorários ressarcitórios, convencionais ou arbitrados representam dispêndio do credor e, por essa razão, perdas e danos decorrentes do inadimplemento das obrigações, notadamente em razão da necessidade de contratação de advogado para efetivar o direito de receber o objeto da prestação da relação jurídica obrigacional.

Rompe-se, em razão, do ordenamento jurídico, o entendimento corrente, porém equivocado, que decorria do direito anterior, segundo o qual apenas haveria lugar para a condenação do devedor nos honorários de sucumbência.

Não é crível, ante o princípio da restituição integral, que os honorários pagos pelo credor sejam por ele suportados sem qualquer ressarcimento pelo devedor, que a eles deu causa”.

Antonio de Pádua Soubhie Nogueira preleciona (Honorários advocatícios extrajudiciais: breve análise (e harmonização) dos artigos 389, 395 e 404 do novo Código Civil e do artigo 20 do Código de Processo Civil. In: Revista forense, v.105, n.402, p. 597-607, mar./abr., 2009., p.602):

“Pela sistemática do direito material que garante a ampla indenização, amparada no conhecido princípio da *restitutio in integrum*, mostra-se bastante razoável a interpretação no sentido de que os dispositivos do Código Civil visam, realmente, disciplinar a indenização dos honorários advocatícios extrajudiciais. O direito material, portanto, vai além das regras de direito processual, permitindo a recomposição de tudo aquilo que a parte dependeu para fazer valer seus interesses (em juízo ou fora dele), inclusive as verbas contratuais comprometidas aos advogados que atuam em sua representação.

(...)

Com efeito, na realidade forense os honorários sucumbenciais são apenas uma parcela, cada vez mais importante, de todo remuneratório fixado pelos serviços jurídicos prestados pelo advogado. Pressupondo-se que, *principiologicamente*, a reparação civil deve ser integral, e não parcial, para que o cliente (vítima do ato ilícito) seja efetivamente ressarcido, de rigor que na conta indenizatória seja computada igualmente, a chamada verba extrajudicial, na hipótese de sua contratação.

Essa exegese é reforçada pelo fato de a previsão processual que determina o pagamento de honorário sucumbenciais não acarretar prejuízo à parte lesada, já que a sucumbência é devida pelo vencido. Não teria sentido lógico o Código Civil garantir o ressarcimento de honorários de advogado que, pela sistemática do art. 20 do CPC c/c art. 23 do EOAB (Lei n. 8.906/94), são suportados pelo vencido e não pela vítima do ato ilícito”.

Não é exaustiva a repetição enfática de que a reparação do dano deve ser em sua totalidade, assim como também é entendido à indenização de despesas devidas a médicos e a qualquer outro profissional cuja atividade foi indispensável para remediar os danos encadeados pela conduta ilícita de outrem, do contrário não seria indenização, mas mera compensação do prejuízo. O direito pátrio manteve em seu arcabouço o princípio da reparação integral do dano, originado no direito romano.

Alex Vasconcellos Prisco afirma:

Em atenção ao princípio da restituição integral (art. 944), quando a ocorrência de ato ilícito se constituir em causa direta e imediata do gasto com honorários advocatícios, proporciona-se à parte prejudicada indenização integral dos valores ajustados em contratação válida e eficaz de advogado para atuar, isolada ou cumulativamente, em âmbito extrajudicial e judicial (PRISCO, 2010, p. 42).

Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, argui:

Sempre que o credor tiver contratado advogado para ver satisfeito o seu direito, a indenização devida pelo inadimplente não é completa se não abranger também o ressarcimento dos honorários daquele profissional. Note que este consectário é imposto ao devedor ainda que não tenha ocorrido trabalho judicial do advogado do credor, isto é, mesmo que as providências adotadas pelo profissional tenham sido todas de caráter extrajudicial (notificação, reunião, preparação de minutas de instrumentos de quitação etc.). A lei civil, ao preceituar que o inadimplente deve os honorários advocatícios, não distingue entre a atuação do advogado em juízo ou fora dele (CC, arts. 389 e 395), e, onde a lei não distingue, o intérprete não está autorizado a distinguir (COELHO, 2012, p. 168).

Portanto, sempre que os serviços advocatícios sejam vitais para impelir a recondução da parte digressiva a trilhar a conduta exigida pelo direito, a adimplir suas obrigações e a não violar direito alheio, o ressarcimento dos valores gastos é devido a quem lhes haja desembolsado, ainda que a atuação tenha se desenvolvido no âmbito extrajudicial, como na arbitragem e conciliação.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente, 23 de Setembro de 2014, reafirmou o posicionamento firmado na decisão anterior, ao negar seguimento ao Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.312.613 – MG, sob a relatoria do Exmo. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOCAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. ART. 389 DO CPC. PERDAS E DANOS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO PROFERIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A previsão contratual de honorários advocatícios em caso de inadimplemento da obrigação decorre diretamente do art. 389 do CC, não guardando qualquer relação com os honorários de sucumbência.
2. Conclusão do acórdão recorrido no mesmo sentido da orientação desta Corte. Súmula 83/STJ.
3. Inadmissibilidade do recurso especial que pretende reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ.
4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Assim, é de se entender que é mais condizente com os fundamentos do direito conceder a indenização e reparação patrimonial da parte que teve seu direito violado, inclusive os gastos judiciais e extrajudiciais que foram indispensáveis à

realização do direito.

Contudo, esse entendimento não é o predominante nos Tribunais do Brasil. Em vários estados, como Santa Catarina, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, inclusive no próprio Superior Tribunal de Justiça, a maior parte da jurisprudência tem sido no sentido de apenas responsabilizar o sucumbente pelos honorários decorrentes do processo, ou seja, aqueles determinados no art. 20 do CPC, uma vez que, submeter o derrotado à condenação também dos honorários contratuais seria dupla condenação, além de que, por não haver participado da formação do contrato entre o advogado e seu cliente, não pode ser compelido a aceitar os valores estabelecidos.

4.4 O CONTROLE DOS EXCESSOS

A reparação integral do dano sofrido, apesar de ser um direito de extrema relevância para o indivíduo, não pode ser aplicada sem qualquer tipo de controle.

A vasta gama de advogados que há no mercado implica na concorrência entre os prestadores de serviço, assim como em qualquer outra área, e, em decorrência disso, nos diferentes valores cobrados por cada profissional, havendo desde quem cobre o mínimo estabelecido no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) até quem cobre valores de grande monta.

É evidente que a verba exigida pelo advogado vai delimitar a sua clientela, em virtude da capacidade econômica de cada pessoa. Ocorre que, no litígio judicial, pessoas de diferentes classes sociais e recursos se enfrentam, sagrando-se vencedores e vencidos. Se, em uma demanda, um dos polos for composto por um indivíduo comum, um consumidor, e no outro for composto por uma empresa multinacional, fornecedora de produtos, seus advogados claramente corresponderão ao poderio econômico que cada parte possui. A eventual sucumbência do consumidor responsabilizá-lo-ia pelos honorários do advogado da empresa. Neste caso, haveria uma desproporção excessiva entre a condenação e a capacidade econômica do vencido. A repercussão desse fenômeno acarretaria o exato oposto que se pretende atingir com a restituição dos honorários advocatícios contratuais: otimizar o acesso à justiça.

Quando um indivíduo contrata para si um representante, fá-lo porque entende que a qualidade dos serviços prestados pelo procurador são adequados à sua necessidade, além de que, os valores exigidos são correspondentes a essa qualidade e podem ser suportados sem prejuízo à sua estabilidade financeira. Seria incoerente submeter o sucumbente ao pagamento de verbas de um advogado cujos valores extrapolassem aqueles devidos ao próprio advogado.

O princípio da isonomia, cujo mandamento é de se estabelecer um tratamento de equidade entre os indivíduos com o fulcro de ampará-los igualmente, tem utilidade fundamental na idealização do critério de aplicação da responsabilidade pelos honorários. Quer dizer, se a parte não teve condições para contratar um advogado renomado para promover a sua defesa, não se pode exigir que pague os honorários do advogado da outra parte que entendeu ser necessário e adequado contratar alguém renomado.

O critério objetivo da limitação da condenação à restituição dos honorários contratuais da parte vencedora deve ser o patamar correspondente aos honorários da parte vencida.

CONCLUSÃO

Ao tomar exclusivamente para si o poder da tutela jurisdicional, o Estado adquire também a obrigação de permitir o acesso à justiça por todos os cidadãos, como forma de dar efetividade a um Estado Democrático de Direito. Deter esse poder significa submeter todos indivíduos em seu território à vontade da lei, cuja aplicação, se não realizada voluntariamente, pode ser exigida judicialmente. Desta forma, o Estado, por ser o detentor único do poder coercitivo, isto é, da competência para exigir de alguém mediante o uso da força uma conduta, faz de si o guardião da ordem no país.

Ao ter a sua pretensão obstada, ao indivíduo é facultada somente uma alternativa legal, que consiste em depositar sob a apreciação do poder judiciário os fatos que lhe conferem o seu direito para que lhe seja dada como procedente ou improcedente a sua pretensão. Essa alternativa é um direito fundamental insculpido na Constituição Federal. E por ser um direito fundamental, muito se tem empreendido para que fosse mais otimizado.

Todavia, a parte mais custosa economicamente do processo não se trata de nenhum de seus atos ou procedimentos, mas de um requisito para poder praticar os atos processuais, que é a capacidade postulatória, a qual é exercida por um advogado. Assim, nas ações em que o benefício patrimonial almejado não for significativamente relevante, ajuizar uma ação pode acarretar um dispêndio econômico que desestimule o indivíduo de obter a tutela jurisdicional, uma vez que para isso necessitaria contratar um advogado.

O Código de Processo Civil ao tratar sobre as custas resultantes dos honorários advocatícios apenas menciona os honorários sucumbenciais, os quais são aqueles determinados pela sentença, nos parâmetros do artigo 20. Não há juridicamente uma distinção feita pela lei entre os honorários contratuais e os sucumbenciais, o que releva essa diferenciação a uma fundamentação subsidiária não processual. A maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que não podem ser opostos os valores contratuais de advogado à parte perdedora, uma vez que, em virtude do princípio da relatividade dos contratos as cláusulas advindas do contrato entre duas partes não podem ser impostas a terceiro. Inclusive, a Ordem

dos Advogados do Brasil, em seu estatuto, Portanto, cada parte arca com os valores devidos aos seus advogados pelos serviços prestados, enquanto que a parte que sucumbiu na ação arca também com os honorários sucumbenciais, devidos ao causídico adversário.

Na lei da Arbitragem, por sua vez, a norma foi menos explícita. Em seu artigo 27, dispõe que “a sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”. Não há menção expressa acerca da parcela de responsabilidade cabível sobre a obrigação de remunerar o causídico vencedor, apesar de ser notório o enquadramento dos honorários sucumbenciais dentro da classificação das custas do processo. Em virtude disso, não se opera a condenação da parte perdedora quanto àqueles honorários regidos pelo artigo 20 do CPC, devendo a cada parte litigante arcar com os valores contratados dos serviços prestados pelo seu próprio procurador.

Todavia, a prática arbitral tem incluído esses valores em perdas e danos. Isto é, a sentença arbitral, ao decidir a causa, condena a parte sucumbente a indenizar à parte vencedora os valores que tenha dispensado para contratar um defensor. Apesar de não estar prevista legalmente, essa prática possui fundamentos jurídicos relevantes, os quais, por si, levam ao próprio questionamento do procedimento que é realizado e estabelecido no Código de Processo Civil.

Giuseppe Chiovenda, em seus ensinamentos, diz que “a atuação lei não pode representar prejuízo patrimonial à parte a cujo favor se efetiva”. Essa lição representa o âmago primordial do processo, uma vez encarado como instrumento jurídico de proteção e efetivação do direito. Aquele que tem legítima pretensão, mas necessita obter a tutela jurisdicional do Estado para que essa pretensão seja materializada, não pode sofrer obstáculos, que dificultem ou restrinjam o seu acesso à justiça, sob o risco de contrariar os princípios de igualdade e livre acesso à justiça.

Certamente que o método abordado nos tribunais arbitrais condiz melhor com a lição de Chiovenda, porquanto ao se reparar os gastos com os honorários contratuais está se tornando a parte vencedora indene e permitindo seu retorno ao *status quo ante*, ou seja, sem os prejuízos que o cumprimento voluntário do direito teria evitado, isto é, os gastos que lhe tenha incorrido para demandar o

cumprimento forçado com o auxílio do poder judiciário.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que “o processo deve propiciar a quem tem razão a mesma situação econômica que ele obteria se as obrigações alheias houvessem sido cumpridas voluntariamente ou se seus direitos houvessem sido respeitados sem a instauração de processo algum”.

Portanto, o que é possível abstrair da lição dos doutrinadores, do posicionamento jurisprudência emergente e, principalmente, dos princípios de livre acesso à justiça, proporcionalidade e igualdade, é que a prática de creditar os gastos contratuais com advogados em valores a serem reparados a título de perdas e danos condiz melhor com a finalidade do direito do que deixar a cargo da própria parte contratante, desde que vencedora na ação.

A tutela jurisdicional é o baluarte da ordem jurídica, na qual se socorre o indivíduo quando tem o seu direito ameaçado. Diante da hipótese de que o socorro seja mais prejudicial do que o próprio dano, há um contrassenso em sua própria sustentação. Se o trâmite processual como um todo for mais dispendioso do que o benefício visado em nada estimularia o indivíduo, mesmo que tivesse explícita evidência de seu direito e as condições de arcar com todos os gastos, a buscar o auxílio do poder judiciário, sendo mais benéfica, ainda que antijurídica, a utilização da autotutela como meio de resolução dos conflitos.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- AQUINO, Tomás de. Suma Teológica – Tratado de Justiça – II Seção da Parte II - Questões 57 – 63. Portugal: Resjuridica, 2002.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de processo civil comentado, volume II**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- BALBINO, Inez; LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem: Temas contemporâneos**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BRASIL. **Lei 5.869**, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 11 de Agosto de 2014.
- BRASIL. **Lei 8.906**, de 04 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 27 de Agosto de 2014.
- BRASIL. **Lei 9.307**, de 23 de Setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 27 de Agosto de 2014.
- BRASIL. **Lei 9.099**, de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 02 de Setembro de 2014.
- BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 de Agosto de 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.027.797 – MG**. Recorrente: Construtel Tecnologia e Serviços S/A. Recorrido: Paulo Conçalves de Assis. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 de Fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13781140&num_registro=200800250781&data=20110223&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 30 de Setembro de 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial n. 1.312.613 – MG**. Agravante: Mauro Lúcio Pires. Agravado: Andreia Silva de Abreu Maro. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 23 de Setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13781140&num_registro=200800250781&data=20110223&tipo=5&formato=PDF>.

uencial=39053597&num_registro=201200462676&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 30 de Setembro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: UNB, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br>>. Acesso em: 26 de Outubro de 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio - **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume II: Obrigações, Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil, volume III**. 3. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil, volume II**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume III: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume II: teoria geral das obrigações**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **A distribuição do custo do processo na sentença arbitral**. In: BALBINO, Inez; LEMES, Selma Ferreira (Org.). **Arbitragem: Temas contemporâneos**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume II: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações, volume XI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Soluções práticas de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRISCO, Alex Vasconcellos. **Honorários advocatícios contratuais como parcela integrante das perdas e danos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0016019-33.2013.8.26.0000**, da Vigésima Câmara de Direito Privado. Agravante: Eletrosud Comércio Atacadista Materiais Elétricos para Construções Ltda-Epp. Agravado: Deise Shimidt e Paulo dos Santos Filho. Relator: Maria Lúcia Pizzotti. São Paulo, 23 de Abril de 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6677998&cdForo=0&vIcPctch a=tqvvh>>. Acesso em: 30 de Setembro de 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2013.056146-7**, da Quinta Câmara de Direito Civil. Apelante/Apelado: Joceane Branco dos Santos Tortelli. Apelante/Apelado: Companhia de Arrendamento Mercantil Renault do Brasil. Relator: Sérgio Izidoro Heil. Florianópolis, 25 de setembro de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAb mQAACAAI16kAAQ&categoria=acordao>. Acesso em: 30 de Setembro de 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2013.013829-9**, da Sexta Câmara de Direito Civil. Apelante/Apelada: Santa Terezinha Transportes e Turismo Ltda. Apelante/Apelada: Guindastes Rieg Ltda e Nelita Sorer Becker. Relator: Ronei Danielli. Florianópolis, 25 de Março de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAb mQAACAAGjcPAAX&categoria=acordao>. Acesso em: 30 de Setembro de 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2013.051584-8**, da Terceira Câmara de Direito Civil. Apelante: Maria da Graça Búrigo Bettiol Carvalho. Apelado: HDI Seguros S/A. Relator: Fernando Carioni. Florianópolis, 03 de Setembro de 2013. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAb mQAACAAEK2+AAb&categoria=acordao>. Acesso em: 30 de Setembro de 2014.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções Gerais de arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil, Volume I: do processo de conhecimento, arts. 1º a 100**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Questões controvertidas em tema de arbitragem na experiência brasileira: Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume I**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.