

A Condenação ao Pagamento dos Honorários de Advogado nos Casos de Culpa Contratual

ARNOLD WALD

A CONDENAÇÃO do vencido no pleito ao pagamento das custas já data de tempos imemoriais, embora fundamentada de modo diferente nas diversas épocas. Em Roma, o *sacramentum injustum* do vencido, que passava a pertencer ao Estado, constituía uma penalidade imposta a quem tivera um comportamento antijurídico. No direito hodiérneo, a condenação ao pagamento das custas baseia-se no risco judiciário, sendo compreendida como ressarcimento do dano causado. (1)

A condenação ao pagamento dos honorários do advogado do vencedor já tem origem muito mais recente. O movimento jurisprudencial neste sentido data, no Brasil, do segundo decênio do nosso século. Ainda em 1917, o Supremo Tribunal Federal manifestava-se por unanimidade no sentido de que “não pode ser incluída na condenação a importância dos honorários do advogado, conforme a jurisprudência uniforme dêste tribunal” (2) por ser *res inter alios acta*, em relação ao vencido, o contrato existente entre a parte vencedora e o seu patrono.

Todavia mandava a lei que nos casos de atos ilícitos a indenização fôsse a mais completa possível, abrangendo tanto o *dans emergens* como o *lucrum cessans*, (3) devendo voltar o prejudicado ao *statu quo ante* que precedeu a realização do ato lesivo do seu patrimônio. Ora, só podia a parte ingressar em juízo por intermédio de advogado habilitado e a própria lei reconhece que não se deve presumir a gratuidade do mandato judicial quando outorgado a profissional. (4) Assim, sempre haveria prejuízo desde que o vencido não fôsse condenado ao pagamento dos honorários do advogado do vencedor. A indenização seria sempre pois incompleta.

Conta Pedro Batista Martins nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil* que a reação contra a jurisprudência firmada nesta maté-

ria começou com as sentenças de alguns juizes de 1.^a instância que passaram a “mandar incluir nas indenizações os honorários do advogado a despeito da hostilidade dos tribunais que, em geral, lhes reformavam, nesta parte, as sentenças. Dentre êsses juizes, muitos dos quais são hoje desembargadores, destacavam-se PONTES DE MIRANDA, DUQUE ESTRADA, JOSÉ ANTÔNIO NOGUEIRA, FREDERICO SUSSEKIND e SABÓIA LIMA”. (5)

Na realidade, a condenação ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora surgiu, em primeiro lugar, como medida excepcional, nos casos atualmente contemplados no artigo 63 do Código de Processo Civil, ou seja, nas hipóteses de lide temerária, ditada pelo espírito de chicana, do que os inglêses chamam de *malicious prosecution* ou *malicious abuse of process*.

Posteriormente, sob o influxo da mentalidade nova criada pelos juizes de 1930, abrangeu a condenação ao pagamento dos honorários os casos de atos ilícitos *strictu sensu* ou seja de responsabilidade aquiliana, por exigir a lei que o ressarcimento do dano fôsse cabal e completo. A variação da jurisprudência neste particular não pode aliás ser atribuída a um movimento doutrinário. Correspondeu a uma necessidade pragmática. Efetivamente, naquela época, começaram a se multiplicar os acidentes de transporte e acontecia muitas vêzes que as vítimas recebessem uma indenização que apenas chegasse para o pagamento dos honorários do advogado. Tornou-se pois necessidade imperiosa a inclusão dos honorários do advogado na condenação para que houvesse realmente indenização.

Enfim, uma jurisprudência oscilante, consolidada no artigo 64 do Código de Processo Civil, reconheceu o dever que incumbia ao vencido de pagar os honorários do advogado da parte adversa não só nos casos de dolo ou culpa aquiliana, como também na hipótese de culpa contratual.

(1) JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 1939, 2.^a ed., página 62.

(2) Ac. in “Rev. do Sup. Trib.”, vol. 16, página 86.

(3) Artigo 1.059 do Código Civil.

(4) Artigo 1.290 do Código Civil.

(5) PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, “Revista Forense”, 1940, volume I, p. 204.

II — O artigo 64 não mais distinguiu entre a culpa contratual e extracontratual. Deu-lhes igual tratamento.

A doutrina aplaudiu unânimemente esta equiparação inovadora.

PEDRO BATISTA MARTINS mostra que não há argumento que justifique a conclusão de que se deva reparar mais completamente o dano quando resulta do dolo ou culpa extracontratual. A distinção é subjetiva e arbitrária, já tendo sido sobrepujada. (6)

Baniu-a o Código Civil que a ela não mais fez referência. Contrários a distinção manifestam-se ainda TITO FULGÊNCIO, (7) CARVALHO SANTOS, (8) GABRIEL REZENDE FILHO. (9) Mantém-se todavia favorável a bipartição da culpa ETIENNE BRASIL. (10)

A jurisprudência não aceitou com bons olhos a inovação do legislador. Era hábito seu ser reservada em matéria de honorários de advogado. E assim continuou. A interpretação aceita pela jurisprudência explica-se por fatores históricos. Ela conservou uma distinção que a lei aboliu, embora não cabesse ao juiz distinguir onde o legislador não mais discerniu nem especificou.

III — Numerosos são os julgados que não concedem os honorários do advogado à parte vencedora por ter sido contratual a culpa do vencido, tentando assim revogar tácitamente o artigo 64 e querendo limitar a sua aplicabilidade aos casos de dolo e culpa aquiliana.

Antes da vigência do Código de Processo Civil diversos acórdãos firmaram a jurisprudência no sentido de não serem devidos honorários de advogado em se tratando de culpa contratual. Decidiam os Tribunais de Apelação que “sòmente em se tratando de obrigação oriunda de ato ilícito *strictu sensu* responde o devedor por honorários de advogado”. (11)

E, mesmo depois da promulgação do Código de Processo Civil, continuou esta orientação.

A jurisprudência não acatou integralmente a mudança da lei. Os julgados cirdiram-se. Alguns preferiram manter-se fiéis à tradição histórica. Outros inclinaram-se diante do texto legal. (12)

Assim encontramos copiosas decisões posteriores ao Código que conservam o princípio firmado pela jurisprudência anterior. “Não se tra-

tando de ato ilícito, mas de cobrança de crédito promissório na forma do respectivo título e através da ação de locupletamento, não pode ser incluído na condenação o pagamento de honorários do advogado do autor” afirma julgado do Distrito Federal (13) seguido por muitos outros de igual teor.

Algumas decisões têm todavia prestigiado a lei. Assim a 8.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgamento de uma apelação de que foi relator o Desembargador Hugo Auler, condenou a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado do vencedor em caso de culpa contratual, estabelecendo ainda o princípio de que “a obrigação do reembolso dos honorários do advogado da parte vencedora resulta de uma responsabilidade objetiva da parte vencida desde que, pelo julgamento final da ação, se possa concluir que injusta foi a atitude de quem compeliu terceiro a ingressar em juízo, obrigando-o a constituir advogado.” (14)

IV — Generalizando, podemos dizer que em matéria de honorários de advogado em caso de culpa contratual não há jurisprudência firmada. Uma congérie de decisões inclina-se a negar os honorários na hipótese, julgando *contra legem*. Nas ações ordinárias, nos despejos, nas consignações em pagamento, raros são os casos em que a sentença inclui os honorários do advogado da parte vencedora na condenação. Argumentam os partidários da solução tradicional que quem firma um contrato assume os riscos que lhe são inerentes. Deve prever a possibilidade da obtenção judicial do reconhecimento dos seus direitos, sobre êle devendo pesar o ônus do processo. Os argumentos dos magistrados favoráveis a esta solução não nos convencem. Já é lugar comum que a responsabilidade pelos honorários do advogado do vencedor é objetiva. A sentença deve reintegrar o indivíduo na totalidade do direito que lhe assiste. Não se justifica a limitação, a reintegração parcial, a dedução de uma cota correspondente a um dano que não é ressarcido.

Mesmo do ponto de vista prático a solução é injusta.

Tivemos o ensejo de funcionar em algumas ações de consignação em pagamento que foram julgadas procedentes sem que a parte vencida seja condenada ao pagamento dos honorários do advogado do vencedor, embora evidente fôsse a culpa contratual, a *môra creditoris*. A mesma solução tem sido aplicada nos despejos. Quando o pedido de despejo é julgado procedente, não quer o juiz, por medida de equidade, sobrecarregar o réu, que perdeu a demanda, com o ônus do pagamento dos honorários. Quando o pedido é julgado improcedente o juiz, atendendo ao desejo natural do proprietário de reaver o prédio e de querer para tal fim usar as vias judiciais, não

(6) PEDRO BATISTA MARTINS, *op. cit.* página 208

(7) In “Rev. For.”, vol. 70, p. 344.

(8) CARVALHO SANTOS, *Código de processo civil interpretado* 1940, vol. 1.^o, página 272.

(9) GABRIEL REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 1951, 3.^o vol., 2.^a ed., página 48.

(10) ETIENNE BRASIL, *Liquidação de prejuízos e prejuízo de honorários de advogado*, Rio, 1938, página 9.

(11) In “Rev. For.”, vol. 74, págs. 64 e 229.

(12) EMILIO GUIMARÃES, *Brasil Acórdãos*, Konfino, 1948, vol. 2.^o — Decisões de p. 200 (n.^o 55) 205 (n.^o 84) e 209 (n.^o 114).

(13) In “Direito”, vol. 7, p. 297, D.F., 9-8-1940.

(14) “Diário da Justiça”, 17-3-52, p. 1.226, julgamento da apelação cível n.^o 13.340.

considera a lide temerária nem faz referência à culpa do autor, deixando de condená-lo ao pagamento dos honorários do réu. (15) Nas ações ordinárias para cobrança de dívida, diversos magistrados entendem que não deva ser incluído na condenação o pagamento dos honorários do advogado do autor. Esta exclusão parece-nos injusta porque o titular do direito não deveria ter que fazer gastos, geralmente importantes e não reembolsados, para fazer reconhecer judicialmente este direito. Estas despesas muito mais acertadamente recairiam em quem agiu com culpa, violando as obrigações impostas pelo contrato. A ausência desta sanção e a dificuldade de provar a temeridade da lide e as hipóteses contempladas no artigo 63 do Código de Processo Civil podem incitar algumas partes que tenham maior *fôlego processual* a abusar do direito de ação. Pode por exemplo acontecer que um proprietário decida obrigar um seu inquilino a abandonar um prédio por este alugado, acionando-o sucessiva e ininterruptamente, obrigando-o a intentar ações de consignação em pagamento e contra êle movendo, por motivos diversos, algumas ações de despejo de modo que os honorários de advogado passem a pesar tanto sobre o orçamento do inquilino que não mais lhe seja vantajosa a locação. Poderia haver por esse sistema uma fraude à lei do inquilinato pela técnica do esgotamento dos recursos do locatário em honorários de advogado.

V — A responsabilidade pelo pagamento dos honorários de advogado da parte vencedora deriva do risco judiciário. (16) Deveriam pois ser equiparados os honorários às custas judiciais para efeito de inclusão na condenação. (17)

"De lege ferenda, aderimos à tese defendida pelo Ministro PHILADELPHO AZEVEDO quando escreve:

"Assim como o vencido paga a taxa judiciária, os sêlo, os salários de peritos e as custas dos ser-

(15) Existem aliás dúvidas, de que não participamos, quanto à aplicação do art. 64 ao autor. Sustentamos, apoiados em julgamento da 2.^a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo que também o autor pode ser condenado ao pagamento dos honorários do advogado do réu, mesmo não havendo reconvenção. Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, "Revista Forense", 1947, 1.^o vol. página 271.

(16) Tal é a opinião de JOSSERAND (*op. cit. loc. cit.*), de PHILADELPHO AZEVEDO, do Desembargador FERNANDES PINHEIRO e da maioria dos nossos magistrados.

(17) Também no domínio das custas judiciais, há reparos a fazer porque as custas reembolsadas são apenas aquelas incluídas no art. 4.^o do Decreto-lei 8.554, de 4-I-1946 não abrangendo a totalidade das despesas.

ventuários, também deve pagar os honorários do advogado do vencedor, sem se indagar se foi malicioso, negligente ou vítima de erro escusável...

Isto, vimos, nada teria de injusto, pois o pagamento de honorários não tem caráter penal mas simplesmente compensatório para punir o litigante temerário haveria no arsenal jurídico outras armas como a indenização suplementar de danos que não os simples gastos de demanda, e as sanções, até diante de dificuldades de prova de prejuízo, como a do décuplo de custas, já adotada no Código — art. 63 § 2." (18)

VI — A evolução nesta matéria parece ser no sentido da objetivação da responsabilidade e da ampliação crescente do campo em que se torne aplicável a condenação ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora.

Negados inicialmente em todos os casos, passaram a ser incluídos na hipótese da lide temerária e, posteriormente, nos casos de responsabilidade aquiliana para, afinal, vir abranger, de acôrdo com o Código de Processo Civil, o domínio da culpa contratual. O próximo passo deve ser para a objetivação completa da responsabilidade pelo pagamento dos honorários de advogado da parte vencedora sendo estes equiparados às custas judiciais para efeito de serem incluídos na condenação independentemente de culpa ou dolo.

Na fase atual, em que tão controvertida é a matéria, afigura-se como melhor orientação aquela fixada pela própria lei que extinguiu a distinção tradicional já superada, mandando incluir na condenação os honorários do advogado do vencedor desde que a ação se fundamente em dolo ou culpa contratual ou extracontratual. A atitude contrária não só infringe dispositivo legal expresso como deixa de atender aos princípios elementares que regem a proteção jurídica. Efetivamente, esta exige, na palavra de Ihering, que o indivíduo lute pelo seu direito para ser digno dêle. Mas o titular não pode ser coegido a despender quantias elevadas para fazer reconhecer judicialmente o seu direito, que foi culposa ou dolosamente negado ou desconhecido. A justiça, na sua função de *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, torna-se parcial quando não restitui os honorários de advogado à parte vencedora. A justiça que não reintegra o titular do direito na situação anterior ao ato lesivo não passa de injustiça.

(18) PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Jurisprudência*, Max Limonad, vol. VI, páginas 83 e 84.