



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

GUILHERME MIRANDA LOPES

**Possibilidade Jurídica de Indenização de Honorários
Advocatícios Decorrentes de Processo Judicial**

BRASÍLIA
2012

GUILHERME MIRANDA LOPES

**Possibilidade Jurídica de Indenização de Honorários
Advocatícios Decorrentes de Processo Judicial**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias
Ribeiro

BRASÍLIA

2012

GUILHERME MIRANDA LOPES

**Possibilidade Jurídica de Indenização de Honorários
Advocáticos Decorrentes de Processo Judicial**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias
Ribeiro

BRASÍLIA, _____ DE _____ DE 2012

BANCA EXAMINADORA

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Prof.

Prof.

RESUMO

O trabalho monográfico sustenta a possibilidade da parte vencedora de um processo cobrar da parte vencida o que dispendeu com o seu advogado, tendo em vista o Princípio da Reparação Integral e do Princípio do *neminem laedere*. A hipótese indenizatória tem base em parte da doutrina pátria, que entende estarem presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil. Também é feita uma análise da compatibilidade da cobrança com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base os artigos 389, 395 e 404 do Código Civil. Por fim, faz-se análise de jurisprudência, que contém tanto casos favoráveis, que autorizam a cobrança em razão dos referidos artigos do Código Civil e do Princípio da Reparação Integral, quanto desfavoráveis, que não vislumbram ato ilícito apto fazer com que os gastos com honorários contratuais sejam indenizáveis.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Honorários Advocatícios. Princípio da Reparação Integral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO 01.....	08
1.1 Responsabilidade Civil – Generalidades.....	08
1.2 Ato Ilícito na Teoria do Fato Jurídico.....	19
1.3 Princípio da Reparação Integral.....	24
CAPÍTULO 02.....	30
2.1 O Direito Público Subjetivo do Direito de Ação e suas Consequências às Partes no Processo Judicial.....	30
2.2 O Dever de Reparar Honorários Advocatícios Decorrente do Exercício do Direito de Ação	35
2.3 O Dever de Reparar Honorários Advocatícios Decorrente do Abuso de Direito no Exercício do Direito de Ação	41
CAPÍTULO 03.....	47
3.1 Da Possibilidade de Cobrança dos Honorários Advocatícios Contratuais na Jurisprudência	47
3.2 Da Impossibilidade de Cobrança dos Honorários Advocatícios Contratuais na Jurisprudência	53
3.3 Da Resolução da Divergência de Entendimentos	58
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

Esta monografia buscará analisar a possibilidade de cobrança, pelo vencedor processual, dos valores gastos com honorários advocatícios contratuais em desfavor do polo oposto, em face da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro.

É praxe no âmbito jurídico a cobrança de honorários advocatícios contratuais, bem como o recebimento, pelo advogado do vencedor, dos honorários de sucumbência. No entanto, não se tornou do cotidiano dos litigantes exigir da parte adversária a reparação por aquilo que se teve que despende com a contratação de advogado, gerando um prejuízo patrimonial equivalente à diferença entre a vantagem econômica a ser obtida no processo, subtraído daquilo que se teve de utilizar para custear o advogado.

Em mesmo sentido, não se tem exigido, em virtude do exercício do direito de ação de forma temerária e até mesmo abusiva, reparação por aquilo que o requerido teve que gastar ao contratar um advogado para patrocinar sua defesa, a fim de que o prejuízo não seja ainda maior.

Assim, como o objetivo do processo é retornar ao *status quo ante* (natureza repressiva), ou então evitar lesão a direito (natureza preventiva), tem-se, em ambos os casos, lesão ao patrimônio daquele que será vencedor no processo, necessitando verificar se pode essa lesão ser reparada tendo por base os direitos patrimoniais e a responsabilidade civil.

Pretende-se demonstrar que o vencedor em um processo, ao contratar advogado para patrociná-lo na causa, evidentemente, arca com o custo dos honorários contratuais, o que constitui ofensa ao seu patrimônio, sendo que esse ônus merece amparo jurídico e ser tutelado pelo Estado, a fim de obter a reparação integral do dano sofrido, uma vez que é proveniente ou de abuso do direito de ação, impondo ao réu que se defenda em processo em que não assiste direito ao requerente, ou então de uma resistência infundada do réu à pretensão do autor, furtando-se aos deveres de conduta exigíveis e violando direito que assiste à parte contrária.

O primeiro capítulo irá abordar a visão doutrinária acerca do tema, analisando os princípios e fundamentos da responsabilidade civil, a proteção ao patrimônio e a necessidade de reparação integral dos danos causados.

O segundo capítulo fará uma análise dos fundamentos legais em que é fundada a hipótese e analisará o direito público subjetivo do direito de ação e as consequências às partes, indo do dever de reparar honorários em razão do exercício de ação até o dever de reparar decorrente do abuso de direito no exercício do direito de ação.

Já o terceiro capítulo analisará a jurisprudência, verificando os principais argumentos contrários e a favor da possibilidade de cobrar do vencido na lide o que o vencedor houver gasto com honorários contratuais, tendo por base tanto a análise doutrinária quanto a legal.

A pesquisa será realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, buscando decisões de Tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO 1

1.1. Responsabilidade Civil – Generalidades

Antes de adentrar o tema responsabilidade civil propriamente dito, faz-se necessário realizar a distinção entre obrigação e responsabilidade. A responsabilidade se consubstancia em um dever jurídico sucessivo¹, sendo consequência do descumprimento de um dever jurídico originário, de uma obrigação, onde o responsável deve, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, “assumir as consequências jurídicas de um fato”².

Em mesmo sentido, Sérgio Cavaliere Filho leciona que “Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo”³. Acrescenta o autor que “responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico”⁴, e emenda “E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida”⁵.

Portanto, da violação do dever geral de não causar dano a outrem (o princípio *neminem laedere* do Direito Romano)⁶, surge a responsabilidade, a fim de imputar ao responsável pelo dano a obrigação pela reparação do dano. Assim sendo, o causador do dano “se vê submetido às consequências decorrentes de seu ato lesivo, isto é, à reparação do prejuízo, pela recomposição do *status quo ante*, ou pela indenização”⁷.

A conceituação da Responsabilidade não se mostrou, ao longo da evolução do instituto jurídico, tarefa fácil, havendo, por longo tempo, diversas

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45

² GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38

divergências doutrinárias⁸. Entre os doutrinadores brasileiros, Maria Helena Diniz conceitua responsabilidade civil como

“a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causados a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”⁹.

Já para Paulo Nader, responsabilidade civil “se refere à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”¹⁰, acrescentando a definição de M. A. Sourdat: “*Entende-se por responsabilidade a obrigação de reparar o prejuízo resultante de um fato do qual se é autor direto ou indireto*”¹¹.

Reforçando os conceitos já lançados, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho entendem que a noção jurídica de responsabilidade “pressupõe atividade danosa de alguém que, atuando a *priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”¹², devendo a vítima ser indenizada se não for possível o restabelecimento do *status quo ante*.

Assim, pode-se entender que a responsabilidade civil nada mais é que o dever jurídico de reparar ou indenizar o dano, imposto a alguém que violou direito alheio direta ou indiretamente. Vislumbram-se, por conseguinte, os pressupostos (ou requisitos) da responsabilidade civil, que serão abordados singularmente mais adiante, quais sejam: conduta, nexos de causalidade e dano.

A responsabilidade civil traz como fundamentos a Conduta Humana e o Equilíbrio Social¹³, sendo a segunda influenciada diretamente pela primeira. Mas o que são fundamentos? Fundamento é a base, é a razão que justifica uma regra e

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50

¹⁰ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 7

¹¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 7

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51

¹³ COSTA, Judith Martins. *Os fundamentos da responsabilidade civil*. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out. 1991, p. 33 e 43.

“pela qual se estabelece a conformidade dessa regra com os ideais de Justiça vigentes em uma sociedade, em um determinado momento de sua história”¹⁴. Assim sendo, conhecendo-se os fundamentos da responsabilidade civil, os motivos que justificam a sua existência, poder-se-á concluir qual a função do instituto.

A Conduta Humana aparece como ação ou omissão que traga desequilíbrio, que viole a Justiça (que, conforme relata Judith Martins Costa, é um conceito que varia conforme a sociedade e o momento histórico em que esta se encontra)¹⁵, a equidade e o princípio do *neminem laedere*, gerando, por conseguinte, um desbalanceamento no segundo pressuposto, o Equilíbrio Social.

Dentro do fundamento da conduta humana foi inserida a idéia de culpa, nas obrigações de *prestare fidem*, isto é, às obrigações às quais estava o devedor adstrito a prestar de boa-fé, esta considerada apenas sob o aspecto da intenção subjetiva e, quando ausente a boa-fé, levando-se em conta os diferentes graus de culpa¹⁶.

Já o Equilíbrio Social aparece como necessidade de, havendo violação de direitos de alguém, de se reparar esse dano, a fim de se restabelecer a saúde social da coletividade, o *status quo ante*, que ficou abalada quando da imputação do dano à vítima. A reparação deve, ainda, ser integral (*restitutio in integrum*), dando ao ofendido tanto quanto lhe foi tirado, quando possível. No entanto, se se tratar de dano irreparável, como ocorre com o dano moral, deverá ser estabelecida uma indenização a fim de amenizar os danos provenientes do ilícito.

Assim, conforme defende Roberto Senise Lisboa, a função da responsabilidade civil é dupla, objetivando garantir o direito do lesado e servir como sanção civil¹⁷. A primeira função decorre da necessidade de segurança jurídica, garantindo à vítima o direito ao ressarcimento, enquanto a segunda decorre da

¹⁴ COSTA, Judith Martins. *Os fundamentos da responsabilidade civil*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out. 1991, p. 31.

¹⁵ COSTA, Judith Martins. *Os fundamentos da responsabilidade civil*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out. 1991, p. 31

¹⁶ COSTA, Judith Martins. *Os fundamentos da responsabilidade civil*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out. 1991, p. 36

¹⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. V. 2. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004, p. 428

necessidade de proceder à sanção daquele que gerou o dano, compelindo-o ao ressarcimento¹⁸.

Acerca do ressarcimento, é amplamente reconhecida a necessidade de reparação integral dos danos causados à vítima, conforme relata Roberto Senise Lisboa:

“Observa-se o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo verificado (*restitutio in integrum*), e, se esta não for viável, a indenização, somente admitindo-se de forma excepcional a limitação da reparação, por motivos de ordem pública”¹⁹

Vislumbra-se, ainda, o caráter reparatório ou indenizatório, o punitivo e o desestimulador.

Doutrinariamente encontramos a divisão da responsabilidade civil em três espécies: a) quanto ao fato gerador; b) quanto ao fundamento; c) quanto ao agente²⁰. Quanto ao fato gerador se subdivide em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, também chamada responsabilidade aquiliana; quanto ao fundamento, a responsabilidade será subjetiva ou objetiva; quanto ao agente, se dividirá em responsabilidade direta ou indireta.

A responsabilidade civil contratual é toda aquela proveniente de inadimplemento de negócio jurídico, seja ele bilateral ou unilateral. Resulta, portanto de inadimplemento contratual, violação de uma obrigação jurídica assumida perante o outro contratante. Trata-se, portanto, de obrigação de relação obrigacional preexistente e pressupõe a capacidade para contratar²¹.

Maria Helena Diniz leciona que “Se o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também o será”²². Dessa forma, ante a inexecução do contrato, seja ela total ou parcial, nascerá uma nova obrigação, sucessiva, portanto, que é a

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. V. 2. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 428

¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. V. 2. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 428

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 145-146

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145

²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145

obrigação, o dever de indenizar. Note-se, ainda, que a responsabilidade civil contratual deriva de uma relação jurídica preexistente entre as partes, consubstanciada no contrato.

Sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que

“se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual”²³.

Ademais, se se tratar de responsabilidade contratual, haverá consequências quanto ao ônus da prova, que aparecerá em favor do lesado pelo descumprimento contratual. A este caberá apenas provar que houve o descumprimento para caracterizar a responsabilidade, enquanto que, para se eximir da responsabilidade, aquele que descumpriu o contrato deverá provar a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, como afirma Carlos Roberto Gonçalves²⁴. No mesmo sentido, entendendo pela mitigação da culpa dentro da responsabilidade contratual vai a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“Tal dificuldade é minorada quando a conduta ensejadora do dano é resultante do descumprimento de um dever contratual, pois, nessa hipótese, presumir-se-ia culpa, uma vez que a própria parte se obrigou, diretamente, à obrigação, ora descumprida”²⁵.

Já a responsabilidade extracontratual é aquela proveniente de fatos lesivos ao direito de outrem onde não há vínculo obrigacional ou contratual. Trata-se de responsabilidade advinda da violação de norma, de um dever geral de conduta, tendo como fonte a inobservância de lei, com conseqüente lesão a direito²⁶. Dessa forma, temos que a responsabilidade extracontratual pode ser decorrente de abuso de direito, bem como dos atos intrinsecamente ilícitos²⁷.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146

²⁷ FIUZA, César. *Direito Civil – Curso Completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 278

Acerca do tema, Carlos Roberto Gonçalves acrescenta que “na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito”²⁸.

Já Maria Helena Diniz leciona no sentido de que

“a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém”²⁹.

Quanto ao fundamento, a doutrina brasileira divide responsabilidade civil se divide em subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva, nas palavras de Roberto Senise Lisboa, “é aquela que é apurada mediante a demonstração da culpa do agente causador do dano”³⁰. No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade subjetiva aparece como regra geral, sendo exceção, portanto, os casos de responsabilidade objetiva³¹.

Maria Helena Diniz relata que se tratará de responsabilidade subjetiva quando “se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar”³². Note-se que se trata, aqui, de culpa em sentido amplo, abrangendo tanto a conduta dolosa que causa dano, quanto aquela culposa (em sentido estrito), que abrange as modalidades da negligência, imprudência e imperícia, podendo a conduta ser por ação ou omissão.

Ainda sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho acrescentam que

“a noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*. Por se caracterizar em

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 545

³⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. V. 2. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 460

³¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 31

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146

fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu”³³.

Portanto, quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva, aquele que sofreu o dano deverá, para ver atendida sua pretensão de reparação do dano, demonstrar a culpa do causador, que responderá pelos seus atos e por aquelas pessoas ou coisas que sob sua guarda estejam.

Já a responsabilidade objetiva é, para Roberto Senise Lisboa, “aquela que é apurada independentemente de culpa do agente causador do dano, pela atividade perigosa por ele desempenhada”³⁴.

Ainda sobre a responsabilidade objetiva, Maria Helena Diniz acrescenta que a responsabilidade objetiva é aquela fundada no risco, independentemente de conduta culposa ou dolosa do causador do dano, vez que só é necessária a demonstração do nexo causal entre o dano e a conduta para que surja o dever de indenizar³⁵.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho seguem em mesmo sentido, defendendo que

“hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de ‘responsabilidade civil objetiva’. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar”³⁶.

Assim sendo, só se estará diante da responsabilidade objetiva quando assim o for previsto pela lei, que determinará as hipóteses em que haverá responsabilidade independentemente de culpa³⁷.

Já Carlos Roberto Gonçalves relata que:

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56

³⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. V. 2. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 461

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 56-57

³⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. V. 2. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 461

“A classificação corrente e tradicional, porém, denomina *objetiva* a responsabilidade que *independe de culpa*. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. (...) Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.”³⁸

A responsabilidade objetiva nasce, então, do aumento dos casos de responsabilidade civil, que culminou em diversas injustiças, uma vez que o lesado não possuía condições de produzir a prova da culpa do lesante, sendo esta prova de muito difícil, senão impossível produção.

Dessa forma, em virtude da ausência de resolução de vários conflitos acerca de responsabilidade, começou-se a entender pela necessidade de se excluir da análise da responsabilidade o quesito culpa, estabelecendo-se o critério objetivo, que facilitou a reparação do dano sofrido pelas vítimas.

A responsabilidade civil se divide, ainda, quanto ao agente, podendo ser ela direta ou indireta.

A responsabilidade direta é aquela decorrente de ato praticado pelo lesante, sendo, portanto, responsabilidade por ato próprio.³⁹

Roberto Senise Lisboa acrescenta de maneira esclarecedora que “*Responsabilidade direta* é aquela proveniente de conduta cometida pelo próprio sujeito sobre o qual recai a imputabilidade”, e continua: “Na responsabilidade direta, o responsável é quem pratica o ato danoso. Poderá ser, ainda, aquele que se torna o mandante da conduta prejudicial aos interesses da vítima”⁴⁰.

Assim, resta claro que a responsabilidade direta é aquela onde o fato lesivo a alguém pode ser imputado diretamente ao causador do dano, sendo deste o dever de reparar.

Já a responsabilidade indireta, também chamada de complexa, é caracterizada por ser proveniente de ato de terceiro com quem o agente tem vínculo

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146

⁴⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v. 2. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 461

legal de responsabilidade, de fato de animal ou de coisas inanimadas sob sua guarda, como explica Maria Helena Diniz⁴¹.

É, por exemplo, o caso da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos incapazes, onde aqueles respondem, independentemente de culpa, pelos atos praticados pelos filhos, que estão sob sua guarda, uma vez que a estes, em razão de sua inimputabilidade, não poderiam ser considerados responsáveis pelo dano, e sim os seus pais, que violaram o dever de vigilância e cuidado pertinente ao exercício da paternidade e da maternidade⁴².

Para a caracterização da responsabilidade civil, faz-se necessário demonstrar a existência de três requisitos, também chamados de pressupostos. São eles a *conduta*, o *dano* e o *nexo de causalidade*.

A *conduta* é conceituada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho como a “*ação, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo*”, acrescentando que “o núcleo fundamental da noção de conduta humana é a *voluntariedade*, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”⁴³.

Na lição sobre a conduta como requisito da responsabilidade civil, Paulo Nader afirma que:

“O ilícito pode ser praticado mediante ação ou omissão do responsável pela reparação. Em outras palavras, o ilícito pressupõe uma conduta do agente, violadora da lei ou de ato negocial e causadora de lesão ao direito alheio. Como o ato ilícito é modalidade de *ato jurídico*, deve ser manifestação da vontade. Dentro do gênero *ato jurídico* se contrapõe aos atos lícitos, uma vez que necessariamente deve contrariar a ordem jurídica. Destarte, podemos concluir, com Humberto Theodoro Júnior, afirmando que *voluntariedade* e *antijuridicidade* são pressupostos necessários à conduta do agente”.⁴⁴

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146

⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69

⁴⁴ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 65-66

Portanto, na visão dos referidos autores, o elemento volitivo é essencial para caracterizar a conduta humana, sendo excluídos da conduta os atos praticados involuntariamente.

Ademais, destaca-se a presença da conduta omissiva, quando alguém deixa, voluntariamente, de praticar ato que deveria, causando dano a outrem, bem como a conduta comissiva, consubstanciada pela ação danosa, violadora dos direitos de terceiro e da ordem jurídica como um todo.

Surge, então, como segundo requisito à caracterização da responsabilidade civil, a figura do *dano*, que pode ser tanto de cunho material quanto moral.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam o dano como “sendo a *lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator*”⁴⁵.

O dano material é aquele decorrente de danos emergentes ou lucros cessantes. Os danos emergentes implicam diminuição patrimonial, enquanto os lucros cessantes são provenientes daquilo que o lesado razoavelmente deixou de lucrar, conforme dispõe o artigo 402 do Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei nº 10.406/02⁴⁶.

Já o dano moral se consubstancia pela ofensa a direitos extrapatrimoniais, como a honra, vida, intimidade, sossego, saúde, etc.

Frise-se que o dano é essencial para a existência de responsabilidade, não existindo esta sem aquele. Qualquer ato, por mais ilícito que seja, se não causar dano a outrem, não gerará repercussão no campo da responsabilidade civil, eis que não há dano a ser reparado. Consoante a esse entendimento, Paulo Nader destaca que:

“(...) o dano é *conditio sine qua non* para a responsabilidade civil. Não importa se o agente atuou dolosa ou culposamente, nem se positivado o nexo de causalidade entre a conduta e o efeito produzido, se o postulante não lograr a comprovação do dano, seja

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78

⁴⁶ Código Civil Brasileiro, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

na relação contratual ou extracontratual. Sem a comprovação do prejuízo o *ex adverso* não poderá ser condenado a reparações⁴⁷.

No entanto, não será qualquer dano que ensejará a reparação civil, e sim o cometido *contra ius*, em violação ao ordenamento, caracterizando-se como dano injusto⁴⁸.

Quanto aos requisitos do dano indenizável, temos a presença de três, quais sejam, a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, a certeza do dano, e a subsistência do dano⁴⁹.

Já o terceiro requisito caracterizador da responsabilidade civil é o nexo de causalidade. O nexo de causalidade é tido por Paulo Nader como “o reconhecimento de que a conduta imputada a alguém foi a determinante do dano, ou seja, a conduta imputada constitui a causa da qual o dano figura como efeito”⁵⁰.

Existem, acerca do nexo de causalidade três principais teorias que o explicam, sendo elas a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência de condições agrega à causa do dano tudo aquilo que concorreu para o evento danoso, acrescentando Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que para esta teoria, é elemento causal “todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocaram no dano”⁵¹.

Já a teoria da causalidade adequada é uma evolução da teoria da equivalência de condições, trazendo como novidade o fato de não incluir toda a condição que concorreu para o resultado como causa, atribuindo a causalidade somente às condições necessárias e adequadas à produção do fato, ou seja, o

⁴⁷ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 74

⁴⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 73

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 80-82

⁵⁰ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129

antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso⁵², segundo um juízo de probabilidade.

Por último, tem-se a teoria da causalidade direta ou imediata também chamada de teoria da interrupção do nexa causal, sendo esta a adotada majoritariamente pelos doutrinadores brasileiros, tendo por base o artigo 403 do Código Civil Brasileiro⁵³⁵⁴. Para esta teoria, aparece como causa apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determine este último como uma consequência sua, direta e imediata⁵⁵.

1.2. Ato Ilícito na Teoria do Fato Jurídico

Temos que o Direito surgiu como forma de viabilizar a vida em sociedade, buscando harmonizar as relações entre os indivíduos, que sempre terão conflitos uns com os outros e visando, ainda, o estabelecimento da ordem, resolvendo as disputas entre os membros da sociedade e estabelecendo “regras de controle social dotadas de coercibilidade”⁵⁶. Para definir-se o que é objeto de estudo e incorporação pelo Direito, faz-se necessário adentrar a Teoria do Fato Jurídico, que busca especificar o que faz parte do mundo jurídico, ou seja, que fatos da vida possuem relevância para o convívio em sociedade.

Para esta teoria, existem dois mundos: o dos fatos e o do direito (ou jurídico). Corroborar esse entendimento a passagem de Pontes de Miranda que segue:

“Quando se fala de fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer. O mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar. Por isso mesmo, só se vê o fato como novum no mundo. Temos, porém, no trato do direito, de discernir o

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130

⁵³ 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, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132

⁵⁶ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. V. 1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 565

mundo jurídico e o que, no mundo, não é mundo jurídico. Por falta de atenção aos dois mundos muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito”⁵⁷.

O mundo dos fatos engloba todo e qualquer acontecimento, sendo, portanto, mais amplo que o mundo jurídico, eis que engloba este e acrescenta todos os outros acontecimentos sem importância para o mundo jurídico.

Por outro lado, o mundo jurídico se incumba de englobar os acontecimentos tidos por relevantes para as relações entre os membros da sociedade, criando, para tanto, normas que serão aplicadas a estes fatos considerados relevantes⁵⁸. Tem-se, assim, a presença de três elementos que são necessários para a caracterização de um fato como fato jurídico: o fato, o suporte fático e a norma jurídica.

O fato, conforme já dito, se trata de todo e qualquer acontecimento.

O suporte fático, por outro lado, é

“a previsão, pela norma jurídica, da hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico. Assim, o suporte fático é um fato, seja evento ou conduta, que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica”⁵⁹.

Trata-se, portanto, da hipótese de ocorrência/incidência da norma, prevista nesta por ser tomada pela sociedade como importante, diferindo-se do fato justamente pela valoração normativa a ele atribuída.

Já a norma se mostra como a expressão da vontade humana em ver determinados fatos da vida regulados no ordenamento jurídico, atribuindo um valor social a determinado fato.

Da relação entre fato, norma e suporte fático nasce o fato jurídico. Este deve ser entendido como a ocorrência do fato da vida que, valorado por determinada sociedade e tido como relevante, é incluído em norma jurídica que

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999, tomo I, p. 52

⁵⁸ Note-se, neste ponto, a presença da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, onde a determinado *fato* é atribuído, por uma sociedade em determinado tempo, um *valor*, ensejando, então, a criação de uma norma a fim de regular os desdobramentos daquele fato.

⁵⁹ COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. *Artigo Fato Jurídico*, disponível em <http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessions572.pdf>, acessado em 01/08/2011.

prevê sua hipótese de incidência (suporte fático da norma) que, ocorrendo, atrairá a incidência da norma e criará o fato jurídico, que poderá ou não surtir efeitos no mundo jurídico⁶⁰.

O fato jurídico se divide, quanto à conformidade com o Direito, em fatos lícitos e fatos ilícitos. Para o desenvolvimento deste trabalho monográfico, serão de importância apenas os fatos ilícitos, mais especificamente, os atos ilícitos.

O Código Civil Brasileiro, em seus artigos 186 e 187 estabelece:

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

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

Temos, portanto, que o ato ilícito pode ser proveniente tanto de uma ação quanto de uma omissão, sendo necessária a violação de direito alheio, bem como a produção de danos. Também se considera ato ilícito o exercício irregular de um direito, onde há excessos por parte de seu titular que, com sua conduta, viola os fins atribuídos ao direito que ele exerceu, ou seja, abuso de direito.

Acrescenta Carlos Roberto Gonçalves que o ato ilícito é “aquele praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano”⁶¹.

Sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em esclarecedora passagem, relatam que:

“Entretanto, por vezes, pode a pessoa atuar contrariamente ao direito, violando as normas jurídicas e causando prejuízo a outrem. Neste último caso, estaremos diante de uma categoria própria, denominada *ato ilícito*, conceito difundido pelo Código Civil alemão, consistente no comportamento humano voluntário, contrário ao direito, e causador de prejuízo de ordem material ou moral”⁶².

⁶⁰ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. V. 1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 569

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 445

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 483

Ou seja, para a configuração do ato ilícito, são necessários três elementos: a ação humana (positiva ou negativa); a contrariedade ao direito ou ilicitude (violação de dever jurídico preexistente); e, por fim, prejuízo (material ou moral)⁶³.

No entanto, em que pese o posicionamento dos eminentes doutrinadores, pode-se, aqui, verificar que estes se equivocaram quanto à necessidade do dano para a caracterização do ato ilícito. Este, por si só, não requer a presença efetiva do dano, mas tão somente a conduta contrária ao ordenamento jurídico.

Por outro lado, se falamos de ato ilícito indenizável, aí sim se vislumbra a obrigatoriedade da presença do dano, conforme defenderam os autores. Assim sendo, importarão para este trabalho somente os atos ilícitos indenizáveis.

Neste sentido tem-se o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a seguir exposto:

“A configuração do ato ilícito independe do dano, todavia, o ilícito sem dano não é objeto de reparação, seja em sede de ato ilícito contratual – pelo inadimplemento –, ou pela prática de ilícito extracontratual que redundará em responsabilidade civil”⁶⁴.

Conforme mencionado, a ação humana poderá ser tanto positiva quanto negativa. A ação positiva é a conduta humana em que seu agente exterioriza uma ação, implicando na realização de um ato.

Já a ação negativa constitui uma omissão, uma falta de ação por parte do agente que, assim agindo e, estando em desconformidade com as normas do Direito, causa dano a um terceiro ou, ainda, não evita que tal dano ocorra.

O ato ilícito é, portanto, violação a um dever de conduta juridicamente esperado pelo agente, proveniente “da inobservância de um dever

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 483-484

⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. V. 2. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 592

geral e negativo de abstenção à prática de atos de violação à esfera alheia, imposto a toda a sociedade”⁶⁵.

Lemos, tratando da ilicitude e da teoria do ilícito, expõe que:

“Para Sergio Cavalieri Filho a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa a atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente, ou seja, quando o comportamento ilícito também for culposo. Para outros, trata-se da aplicação do princípio do *nenimem laedere*, ou seja, do dever geral de não prejudicar alguém. Para o ordenamento jurídico, basta a ilicitude da conduta, seja em sua classificação como antijuridicidade ou culpabilidade para ser reprimido, devendo o agente sofrer as consequências de seu ato, protegendo aquele que injustamente teve sua esfera existencial ou patrimonial atingida. Dentro da não conformidade ao direito estar-se-ia diante da antijuridicidade, em sentido amplo, dos atos ilícitos e do abuso do direito”⁶⁶.

Portanto, percebe-se que compõem o ato ilícito indenizável tanto o ilícito propriamente dito, como o abuso de direito.

Este último aparece como parte integrante do ato ilícito, pois do direito exercido pelo seu titular além dos limites legal e socialmente permitidos, causando prejuízo a terceiros, nascerá, também, o dever de indenizar. Corroborando este entendimento a passagem de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald onde citam Heloísa Caperna, que conceitua abuso de direito como:

*“aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza”*⁶⁷.

Carlos Roberto Gonçalves acrescenta:

“Prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que o abuso de direito prescinde da idéia de culpa. O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação

⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. V. 2. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 548

⁶⁶ LEMOS, Paula M. F. de. *Ato ilícito e reparação por dano*. Disponível em http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo1.pdf, acessado em 08 de agosto de 2011, p. 09

⁶⁷ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. V. 1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 675

aos limites objetivos da lei, o agente desvia-se dos fins sociais a que esta se destina”⁶⁸.

E, além do posicionamento doutrinário relatado, a própria jurisprudência vem se consolidando no sentido de que é abuso de direito aquele ato que constitui exercício anormal de um direito, com finalidades egoísticas, que não visam o reequilíbrio do convívio social, e sim a nocividade que o exercício deste direito poderá causar a alguém, numa completa ausência de razoabilidade⁶⁹.

Assim sendo, tem-se como base estrutural do abuso de direito três elementos: a titularidade de um direito; a sua utilização nos limites objetivos que lhe são traçados em lei, com respeito à letra da norma; e, por último, a confrontação do elemento pessoal (subjetivo) com a função do fim do direito em causa (elemento social ou objetivo)⁷⁰.

Faz nascer, assim, tanto do ato ilícito como do abuso de direito o exposto no art. 927 do Código Civil Brasileiro, que dispõe:

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

Ou seja, tanto o abuso de direito quanto o ato ilícito geram a obrigação de indenizar pelo dano causado, prezando o ordenamento jurídico pelo reestabelecimento da ordem social através de reequilíbrio entre o causador de um dano e o ofendido, reequilíbrio este que tem a dupla função de reparar o dano causado e desestimular a prática de ilícitos que venham a causar dano a terceiros.

1.3. Princípio da Reparação Integral

Desde a antiguidade, Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, já vislumbrava que a reparação do dano injustamente causado deveria ser a mais completa possível, sendo a acepção atual dessa ideia chamada de princípio da reparação integral ou, do latim *restitutio in integrum*⁷¹.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 459

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*, V. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 460

⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. V. 1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 675

⁷¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34

Nas palavras de Paulo de Tarso Sanseverino o princípio da reparação integral

“busca estabelecer uma relação de equivalência entre a extensão dos danos sofridos pela vítima (elemento do ato ilícito e pressuposto da responsabilidade civil) e a indenização correspondente (prestação da obrigação de indenizar)”⁷².

Ou seja, o princípio aqui abordado busca colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito, ligando-se diretamente à função da responsabilidade civil, que objetiva, quando possível, fazer desaparecerem as consequências do evento danoso⁷³.

A busca pela reparação mais completa possível vem sendo realizada em diversos sistemas jurídicos, bem como no brasileiro, sendo o princípio da reparação integral

“a diretriz fundamental utilizada pela jurisprudência para a quantificação da indenização no direito brasileiro relativa aos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, inclusive nos casos de danos pessoais”⁷⁴.

Assim, visando o reestabelecimento do *status quo ante*, os tribunais vêm entendendo pela necessidade de a reparação do prejuízo ser integral ou, nos casos em que esta se mostra inviável em razão da natureza do prejuízo, que a indenização se aproxime ao máximo de uma solução justa, a fim de reestabelecer o equilíbrio social. Corrobora esta posição o seguinte trecho de Paulo de Tarso Sanseverino, de forma esclarecedora:

“Outra variável relaciona-se à natureza dos prejuízos a serem reparados. Nos danos puramente materiais, a concretização do princípio da reparação integral é relativamente simples, ocorrendo de maneira ampla em face do seu conteúdo estritamente econômico ou patrimonial. Torna-se mais delicada a questão quando os prejuízos a serem reparados, ainda que conservando sua natureza econômica, derivem de danos pessoais (ofensas à vida ou à saúde). Mais complexo ainda é o problema concernente à reparação dos prejuízos extrapatrimoniais, pois, apesar de não possuírem conteúdo

⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32

⁷³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19

⁷⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28

econômico ou patrimonial, devem ser transformados em uma indenização pecuniária”⁷⁵.

Portanto, quando se tratar de prejuízo extrapatrimonial, estar-se-á diante de um desafio à aplicação do princípio da reparação integral, uma vez que é impossível retroagir a situação do ofendido à anterior ao acontecimento do prejuízo, devendo o juiz, levando-se em conta as particularidades do caso, valorar esse dano e estabelecer um valor em dinheiro para indenizar o ofendido.

Outro fator que mostra a relevância que ganhou o princípio em análise foi a mudança de tratamento legislativo do Código Civil de 1916, onde o princípio da reparação integral aparecia de forma implícita, para o Código Civil de 2002, que o trouxe de maneira expressa no *caput* do artigo 944, bem como no artigo 5º inciso V da Constituição Federal, a seguir transcritos:

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

Art. 5. (...):

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Dessa forma, vislumbra-se de maneira clara a importância atribuída ao princípio da reparação integral no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo sua aplicação prática medida essencial à justiça, trazendo equilíbrio às diversas situações sociais em que o ato ilícito do agente causou prejuízo ao ofendido.

A análise aqui feita seguirá a ordem formulada pelo eminente Ministro e doutrinador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino e passará, inicialmente, pelos modos de reparação de danos (natural e pecuniária), depois pelo fundamento (princípio da justiça comutativa) e chegará às suas funções (compensatória, indenitória e concretizadora)⁷⁶.

Conforme já mencionado, a reparação de danos poderá se dar através de dois principais modos: reparação natural (ou *in natura*) e reparação em pecúnia.

⁷⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28

⁷⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33

A reparação natural é aquela em que se restitui ao lesado o bem retirado de seu patrimônio, colocando-o no estado em que estaria caso não houvesse ocorrido o ato ilícito⁷⁷.

Paulo de Tarso Sanseverino, citando Miranda, relata que

“A reparação do dano *in natura* constitui o modo ideal de ressarcimento em termos de justiça corretiva, pois o responsável reintegra ao patrimônio da vítima exatamente um bem no mesmo estado do que lhe fora subtraído, destruído ou danificado (v.g., carro joia, telefone celular)”⁷⁸.

Ou seja, trata-se da reparação de bens da vida fungíveis, que podem ser reparados, substituídos por outro idêntico ou então restituídos, uma vez que não houve dano ao bem em si, mas somente prejuízo para o proprietário que, por exemplo, teve seu bem furtado.

Vislumbra-se, ainda, que tem prioridade a reparação *in natura*, devendo-se, quando possível, evitar que o prejuízo seja mensurado pecuniariamente, uma vez que a reparação natural é a mais adequada para restaurar o patrimônio lesado⁷⁹.

Já a reparação pecuniária, que tem sido a mais adotada na prática, é, nas palavras de Sanseverino ao citar Adriano de Cupis, é a hipótese em que “o ressarcimento consiste na prestação, ao prejudicado, de um equivalente pecuniário, sendo necessário estabelecer em quanto monta, pecuniariamente, o interesse atingido pelo dano”⁸⁰.

Em que pese a maior praticidade de conversão da obrigação de reparar o prejuízo causado em pecúnia, tal tarefa tem se mostrado, em alguns casos, desafiadora, uma vez que a valoração de determinados bens, tal como a vida ou a honra, se mostra de dificuldade ímpar, constituindo árdua tarefa ao magistrado.

⁷⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 34-35

⁷⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35

⁷⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35

⁸⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40

Quanto ao fundamento do princípio da reparação integral, Sanseverino aponta o princípio da justiça corretiva ou comutativa de Aristóteles, complementado por Tomás de Aquino⁸¹, em que a justiça corretiva é tida como “a que desempenha uma função corretiva nas relações entre as pessoas”⁸², acrescentando a posição de Barzotto, que explica que é “buscada a igualdade absoluta, expressa na equivalência entre o dano e a indenização, tendo o juiz como o sujeito deste restabelecimento da igualdade”⁸³.

Fazendo referência a Tomás de Aquino, Sanseverino acrescenta, ainda, que, “na justiça comutativa, a igualdade se realiza por uma mediedade aritmética, fundada num excesso quantitativo igual, sendo o meio-termo exatamente a média aritmética”⁸⁴.

Quanto às funções do princípio da reparação integral, podemos destacar três: a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação do enriquecimento injustificado do lesado (função indenitária); e c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora)⁸⁵, uma vez que

“a plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real)⁸⁶.

A função compensatória é, portanto, a busca por uma reparação que compense os prejuízos sofridos pela vítima em razão do ato danoso⁸⁷.

⁸¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57

⁸² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52

⁸³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52

⁸⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54

⁸⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57

⁸⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58

⁸⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58

Já a função indenitária pode ser tida não só como piso, mas como teto indenizatório, não podendo, de forma alguma, a indenização exceder o prejuízo efetivo, sendo, portanto, o limite máximo da indenização, impedindo que haja ganho patrimonial por parte da vítima, que deverá ser indenizada apenas pelos prejuízos efetivamente sofridos, sob pena de haver enriquecimento ilícito, pois se estaria indenizando a vítima por um prejuízo que não existiu⁸⁸. Portanto, “a indenização não deve exceder o valor do prejuízo, pois ela não busca um enriquecimento da vítima, ou seja, a soma devida a título de indenização deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo evento danoso”⁸⁹.

E, por fim, temos a função concretizadora, caracterizada pela necessidade de individualização do prejuízo, fazendo-se uma análise do caso concreto para averiguar os prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais reais e efetivos sofridos pela vítima, sendo tal função diametralmente oposta à ideia de tarifação indenizatória⁹⁰.

⁸⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59

⁸⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 59-60

⁹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76

CAPÍTULO 2

2.1. O Direito Público Subjetivo do Direito de Ação e suas Consequências às Partes no Processo Judicial

Para a continuidade da pesquisa, faz-se necessário analisar o direito público subjetivo do direito de ação e as consequências trazidas por tal direito às partes envolvidas no processo judicial, seja o autor ou o réu. No entanto, visando uma melhor compreensão, deve-se estabelecer o que é um direito público subjetivo.

Clarisse Seixas Duarte, citando Georg Jellinek, estabelece que o direito público subjetivo nada mais é que “o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse”⁹¹, e acrescenta, dizendo tratar-se de

“uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual. Em outras palavras, o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo)”⁹².

Portanto, traçando-se um paralelo para os termos em inglês, por direito objetivo teríamos *Law* e o direito subjetivo seria o *Right*. Assim, pode-se entender por direito público subjetivo aquele direito previsto no ordenamento ocorrendo de maneira singularizada, para um determinado sujeito da sociedade, nascendo, para este, o direito subjetivo.

Importante, aqui, será o direito público subjetivo do direito de ação, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, a seguir transcrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁹¹ DUARTE, Clarisse Seixas. *Direito Público Subjetivo e Políticas Públicas Educacionais*, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf>, p. 113, acessado 10/06/2012.

⁹² DUARTE, Clarisse Seixas. *Direito Público Subjetivo e Políticas Públicas Educacionais*, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf>, p. 113, acessado 10/06/2012.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Assim sendo, inserindo a não exclusão de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito no artigo 5º da Constituição Federal, tutela-se, na verdade, o princípio do direito de ação. Este, por sua vez, pode por qualquer um ser exercido, visando-se a obtenção de um direito ou evitar que um dano a um direito seu ocorra, acrescentando Uadi Lammêgo Bulos que:

“Através desse princípio, todos têm acesso à justiça para pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo, difuso e até individual homogêneo. Constitui, portanto, um direito público subjetivo, decorrente da assunção estatal da administração da justiça, conferido ao homem para invocar a prestação jurisdicional, relativamente ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão irresistível”⁹³.

O referido autor acrescenta, ainda, que o princípio do direito de ação objetiva difundir a mensagem de que todo homem, independentemente de suas convicções e condições, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, a fim de defender seu patrimônio ou perante acusações em matéria penal a ele atribuídas⁹⁴.

Portanto, toda vez que uma pessoa ajuizar uma ação, estar-se-á diante da materialização do direito objetivo (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), existindo em um caso concreto, sendo, portanto, direito público subjetivo.

Mais importante que a natureza do direito de ação são as consequências práticas que o exercício de tal direito traz às partes envolvidas no processo judicial, uma vez que o desenrolar de um processo pode gerar consequências positivas e negativas para cada uma das partes.

Quando se pensa em ajuizar uma ação, logo se percebe que haverá a necessidade de contratar um advogado, tarefa que não é simples. Para aumentar a chance de sucesso na causa, faz-se necessário buscar um profissional especialista no ramo do direito que se pretende ver tutelado judicialmente. Para tanto, será necessário realizar um contrato, estabelecendo-se valores de honorários, sendo estes, portanto, os honorários contratuais.

⁹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223

⁹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223

De maneira idêntica, aquele que se vê inserido no polo passivo de uma ação tem a necessidade de contratar um profissional para elaborar uma defesa técnica, precisa, com a qualidade requerida para ver resguardados seus direitos, uma vez que o que foi postulado pelo autor pode não se mostrar procedente, sendo tal necessidade patente e devendo o compromisso entre parte e advogado ser feito através de um contrato de honorários, estipulando valores e normas que regerão aquela prestação de serviços.

Os honorários advocatícios são a contraprestação reservada ao advogado pelo serviço técnico por este prestado, tendo natureza alimentar⁹⁵, uma vez que consubstancia o pagamento ao profissional em virtude da realização de seu ofício.

Corroborá tal entendimento o excerto de Fernando Jacques Onófrío, a seguir transcrito:

“Atualmente, a palavra honorário constitui a retribuição por serviços prestados a clientes pelos profissionais liberais de qualquer área. Tanto faz ser engenheiro, advogado, médico ou qualquer outro profissional que recebem, quando não mantêm vínculo empregatício, como retribuição pelos serviços prestados, o que denominamos de honorários”⁹⁶.

O contrato de honorários está previsto no artigo 22 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, instituído pela Lei nº 8.906/94, que assim dispõe:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Verifica-se, assim, a existência de três tipos de honorários: os convencionados ou contratuais; os fixados por arbitramento; e os de sucumbência. Os convencionados são aqueles em que advogado e representado acordam, entre

⁹⁵ ONÓFRIO, Fernando Jacques. *Manual de Honorários Advocatícios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32

⁹⁶ ONÓFRIO, Fernando Jacques. *Manual de Honorários Advocatícios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 29

eles, de forma escrita ou verbal, a remuneração pelo trabalho prestado, estando tal relação afeita ao direito privado⁹⁷.

Já os fixados por arbitramento são aqueles definidos pelo juízo em razão da falta de estipulação ou de acordo, devendo ser compatíveis com o trabalho realizado, conforme preceitua o § 2º do artigo 22 da Lei nº 8.906/94⁹⁸.

E, por fim, os de sucumbência, que são aqueles fixados pelo juiz quando do julgamento do processo, levando-se em conta o êxito do profissional – só recebe honorários de sucumbência aquele que tem êxito no patrocínio da lide. Neste trabalho será abordado somente o aspecto do honorário advocatício convencionado.

Note-se, ainda, que quem possui poder postulatório, ou seja, quem tem capacidade para defender os interesses alheios ou próprios em juízo, é o advogado, conforme estipula o artigo 36 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Assim ante a falta do poder postulatório da parte, é essencial que esta contrate um advogado para que elabore a ação e nela haja, ou então para que faça a defesa necessária, uma vez que se não for constituído advogado à causa pelo réu, este será reputado revel, com as consequências a ele imputáveis, conforme estabelece o Código de Processo Civil em seus artigos 319 e 320, ou seja:

Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 115

⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 115

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

Em sentido idêntico vem o posicionamento de Nelson Nery Junior, estabelecendo que “contra o revel há a presunção de veracidade dos fatos não contestados (...). Os fatos atingidos pelos efeitos da revelia não necessitam de prova”⁹⁹.

Logo, a revelia significa ausência de resposta, podendo gerar efeitos indesejados ao réu, que terá contra si a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, gerará autorização para o julgamento antecipado da lide, e os prazos fluirão contra este independentemente de intimação, uma vez que ficou demonstrado o desinteresse pelo processo¹⁰⁰.

Portanto, vislumbra-se que contestar a ação é um poder-dever, eis que não é conduta obrigatória, não se podendo forçar a parte requerida a contestar uma ação. Por outro lado, há o dever de contestar, mostrando o réu seus fundamentos jurídicos para resistir à pretensão do autor, a fim de expor ao juiz os dois lados da lide, a formar o conflito de interesses, de direitos, para que este, através dos elementos a ele apresentados, julgue o litígio.

No entanto, não são em todos os juízos que o patrocínio da causa por advogado é essencial. Exemplos são a Justiça do Trabalho e os Juizados Especiais, onde não se exige a presença do profissional nas causas de até 20 salários mínimos, conforme se depreende da Lei nº 9.099/95 em seu artigo 9º:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

Já a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, instituída pelo Decreto-Lei nº 5.452/43 estabelece, em seu artigo 839 que:

Art. 839 - A reclamação poderá ser apresentada:

a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe;

⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 594

¹⁰⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 395

Portanto, verifica-se que, buscando facilitar o acesso ao Poder Judiciário, foram criadas hipóteses em que não é essencial a presença do advogado. No entanto, em que pese a prescindibilidade do patrocínio qualificado, não se poderia esperar o mesmo resultado em uma lide sem advogado do que em uma com o patrono, tendo o advogado importância reconhecida em âmbito constitucional, conforme se depreende do artigo 133:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Tratando do tema, Uadi Lammêgo Bulos relata que:

“A advocacia não é apenas uma profissão. É um *múnus*, no sentido de que é a base para o exercício de todas as demais funções essenciais à Justiça. Foi essa a bússola que orientou o constituinte de 1988, o primeiro a consagrar, em nossas constituições, a figura do advogado como indispensável à administração da Justiça. E faz sentido, porque é esse profissional que detém, a princípio, o *ius postulandi*.”¹⁰¹

Do exposto vislumbra-se que, visando o melhor resultado e uma melhor defesa dos interesses da parte, sempre que fizerem parte de um processo, seja no polo ativo ou passivo, será aconselhável a contratação de um advogado, profissional devidamente habilitado para atuar em processos judiciais, resultando a ausência do profissional, muitas vezes, em prejuízo irreversível para a parte.

Assim, com a contratação do patrono, as partes fatalmente terão que firmar um contrato de honorários a fim de remunerar o profissional escolhido, constituindo tal remuneração uma diminuição patrimonial das partes decorrente do processo judicial, fato este analisado a seguir.

2.2. O Dever de Reparar Honorários Advocatícios Decorrente do Exercício do Direito de Ação

Após serem tratadas as questões iniciais atinentes aos honorários advocatícios e as implicações às partes em virtude do exercício do direito de ação, que concluiu pela existência de diminuição patrimonial das partes em virtude da contratação de advogado (dano), ver-se-á a necessidade de observância ao dever de reparar honorários advocatícios decorrente do exercício do direito de ação.

¹⁰¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1148

Vislumbra-se que o dano gerado corresponde a prejuízo patrimonial equivalente à diferença entre o prejuízo sofrido e a vantagem econômica a ser obtida no processo, subtraído daquilo que se teve de utilizar para custear o advogado, ou seja, o dano, neste caso, será o que se gastou com o custeio do patrono.

Yussef Said Cahali, se reportando ao Código de Processo Civil de 1973 relata que “a norma do art. 16 consubstancia princípio que já se continha nos arts. 3.º e 63 do Código revogado, ao dispor que ‘responde por perdas e danos aquele que pleitear de má fé, como autor, réu ou interveniente’”¹⁰², remetendo ao termo latino *improbus litigator*¹⁰³, acrescentando que

“se resolve, desse modo, o problema indicado tradicionalmente como lide temerária, isto é, da ação proposta ou contestada com a ciência do próprio erro, como termo ou limite da liberdade de ação ou de defesa”¹⁰⁴.

Ou seja, defende Cahali que tanto a parte que demandar de má fé quanto aquela que, sabendo estar errada, se defende no processo das pretensões contra ele imputadas de maneira adequada.

Acrescenta o referido autor, ainda, que o fundamento de tal reparação, por mais que advinda do desenvolvimento de atividade processual, tem natureza particular, necessitando de requisição da parte lesada para que haja a reparação e se resolvendo a obrigação em ressarcimento de perdas e danos, fazendo parte, portanto, da responsabilidade por ato ilícito¹⁰⁵, arremantando que, “em síntese, podemos dizer que se trata de responsabilidade de *natureza* processual, em função do meio empregado para a causação do dano; mas que tem seu *fundamento na responsabilidade aquiliana estrita (típica)*”¹⁰⁶.

Ainda no mesmo sentido de necessidade de reparação dos danos decorrentes do exercício do direito de ação, onde o autor, pleiteando direito seu se vê com o prejuízo do que teve que despender para a contratação de advogado, já defendia Paulo Polly Nepomuceno que “O uso da Justiça, para reparação de

¹⁰² CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 37

¹⁰³ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 37

¹⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 38

¹⁰⁵ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, pp. 38-39

¹⁰⁶ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 40

ofensas, não resultará em lesão ao patrimônio de quem dela se valha, senão momentaneamente, enquanto não recebem essas ofensas a definição judicial”¹⁰⁷, concluindo que:

“(...) a sentença deve levar a causa ao seu status quo ante, desfazendo todos os efeitos da ilicitude ou, pelo menos, compensando todos os danos causados, dentre eles os honorários do advogado do inocente na demanda. A condenação nesse crédito tem por escopo um interesse suprapessoal de direito público, na correição da injuridicidade”¹⁰⁸.

Assim, para que não haja prejuízo para aqueles que têm que se valer do Judiciário para tutelar os seus direitos, há a necessidade da reparação dos valores despendidos, levando-se em conta, agora, a responsabilidade civil e o princípio da reparação integral do dano, em consonância com a Constituição Federal, para valer o direito ao patrimônio, assegurado em nossa Carta Maior, bem como para punir aquele que se opõe à pretensão adversa e, ao final, sucumbe, devendo este arcar com os honorários contratuais de seu advogado e com os honorários contratuais da parte contrária, sofrendo sanção pela judicialização do conflito.

Vê-se, aqui, que o devedor deverá arcar com todo o dano causado ao ofendido, não só ao prejuízo imediatamente decorrente de sua conduta antijurídica¹⁰⁹, mas também ao prejuízo mediato, consubstanciado nos honorários advocatícios, sendo responsável, inclusive, pelas obrigações acessórias, tratando-se, conforme já mencionado, de verdadeira responsabilidade civil.

Como o sistema de responsabilidade civil é composto majoritariamente por cláusulas gerais e conceitos vagos e indeterminados¹¹⁰, o juiz, a partir do caso concreto, deve preencher as normas, adequando-as, e tendo sempre em mente o ordenamento como um todo, pois:

¹⁰⁷ NEPOMUCENO, Paulo Polly. *A integral reparação do dano*. Rio de Janeiro: Rio, 1969, p. 55

¹⁰⁸ NEPOMUCENO, Paulo Polly. *A integral reparação do dano*. Rio de Janeiro: Rio, 1969, p. 71

¹⁰⁹ Note-se que a conduta antijurídica poderá ser de natureza contratual ou extracontratual, sendo a primeira decorrente da violação do estabelecido no acordo de vontades que se materializou em contrato, e a segunda decorrente de violação ao princípio geral de direito de não causar dano a outrem.

¹¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf, acessado em 07 de agosto de 2011, p. 07

A única constante a ser seguida encontra-se na prevalência da tutela da pessoa humana, princípio previsto no art. 1º, II, da Constituição Federal, considerada a sua dignidade como o valor precípua do ordenamento, configurando-se como “a própria finalidade-função do Direito”. (...). Também por esta razão se diz que o direito da responsabilidade civil é antes de tudo jurisprudencial.¹¹¹

Portanto, ao se verificar que houve, de fato, dano ao patrimônio de alguém, há que se observar a obrigatoriedade de reparação, estando presente até em casos onde a conduta geradora do dano era lícita¹¹². Fica evidente a posição de Moraes, conforme se explicita:

O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. (...) questiona-se se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do Dano seja responsabilizado. Trata-se, assim, de vincular diretamente a responsabilidade civil aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade. Com o passar do tempo, porém, o dever de solidariedade social, o fundamento constitucional da responsabilidade objetiva, sobressairá e aceitar-se-á que seu alcance é amplo o suficiente para abranger a reparação de todos os danos injustamente sofridos, em havendo nexo de causalidade com a atividade desenvolvida, seja ela perigosa ou não¹¹³.

Monteiro Filho acrescenta que:

Percebe-se, assim, não haver mais dúvida: no sistema atual, a responsabilidade civil passou a ter *dúplice fundamento*: ora a culpa, ora o risco – sempre com o intuito de garantir a reparação integral do dano. E, por fim, quanto à aferição do nexo de causalidade, procura-se imputar o dever de reparar integralmente o dano sofrido pela vítima, prescindindo-se, cada vez mais, de um suposto juízo de reprovação da conduta, a rigor estranho ao debate da relação causal¹¹⁴.

¹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf, acessado em 07 de agosto de 2011, p. 06

¹¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf, acessado em 07 de agosto de 2011, p. 08

¹¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf, acessado em 07 de agosto de 2011, p. 13

¹¹⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do Princípio da reparação integral*. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29275.pdf/rev630304Artigo944CProblemaMitigacaoPrincipioReparacaoIntegral.pdf>, acessado em 22 de junho de 2012. p. 03

Com o caráter amplo das normas de responsabilidade civil o que se buscou foi justamente tutelar o direito à reparação integral, que, quando demonstrado o vínculo entre a ação e o dano, ou seja, o nexo de causalidade, surge a necessidade de reparação integral, podendo ser questionada, até mesmo, a reprovabilidade da conduta causadora do dano, que não necessariamente, mas frequentemente, será ilícita.

Já Lemos, tratando da ilicitude e da teoria do ilícito, expõe que:

Para Sergio Cavalieri Filho a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa a atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente, ou seja, quando o comportamento ilícito também for culposos. Para outros, trata-se da aplicação do princípio do *nenimem laedere*, ou seja, do dever geral de não prejudicar alguém. Para o ordenamento jurídico, basta a ilicitude da conduta, seja em sua classificação como antijuridicidade ou culpabilidade para ser reprimido, devendo o agente sofrer as consequências de seu ato, protegendo aquele que injustamente teve sua esfera existencial ou patrimonial atingida. Dentro da não conformidade ao direito estar-se-ia diante da antijuridicidade, em sentido amplo, dos atos ilícitos e do abuso do direito¹¹⁵.

Ou seja, existe o dever geral de não prejudicar alguém, e esse dever é violado no momento em que se busca esquivar de um dever imposto tanto pelo ordenamento jurídico quanto por valores morais da sociedade, a fim de lesar o direito de uma pessoa, fazendo com que seja necessária a resolução do conflito no âmbito do Poder Judiciário, o que requer contratação de advogado e novos prejuízos patrimoniais àquele que teve direito seu ferido.

Portanto, o que se busca é o restabelecimento do *status quo ante*, combatendo o prejuízo material daqueles que tem que se valer da tutela jurisdicional para pleitear direito seu em razão de resistência infundada do oponente em resolver o conflito de maneira amigável.

Retomando os apontamentos de Yussef Said Cahali quanto à necessidade de prova da má fé de acordo com o Código de Processo Civil¹¹⁶, vemos que tal exigência se mostra superada em razão do advento do Código Civil de 2002, que difere substancialmente das normas previstas no Código Civil de 1916, que preceitua em seus artigos 389, 395 e 404 que:

¹¹⁵ LEMOS, Paula M. F. de. *Ato ilícito e reparação por dano*. Disponível em http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo1.pdf, acessado em 22 de junho de 2012. p. 09

¹¹⁶ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 37

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

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

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

Vê-se insculpido nestes artigos não uma responsabilidade civil subjetiva, dependente da necessidade de comprovação da má fé, como lecionava Cahali tendo por base o Código de Processo Civil, mas sim verdadeira responsabilidade civil objetiva, decorrente de determinação legal, demonstrando assim, primar pela reparação dos prejuízos sofridos pela vítima que, além do prejuízo sofrido, tem que se desgastar em via judicial para conseguir o cumprimento de uma obrigação que deveria ter ocorrido de forma voluntária.

Acerca da responsabilidade objetiva, Guilherme Couto de Castro leciona que:

“A responsabilidade objetiva é referida, normalmente, como a responsabilidade sem culpa. Em termos de maior apuro técnico, o melhor é defini-la como a ocorrente independentemente de culpa; ou seja, esta pode ou não existir. Em vários casos, a opção legislativa será não a de por em relevo a falha de comportamento, mas sim o dano, atento primordialmente à necessidade reparatória. Em tais casos, pode o ato ser lícito ou ilícito, pode ou não haver conduta culposa, porém, aferido o necessário liame jurídico entre conduta e dano, existe obrigação de indenizar”¹¹⁷.

Percebe-se, portanto, que será objetiva toda a responsabilidade imputada ao responsável quando não se necessitar aferir culpa (em sentido lato), apenas sendo necessária a verificação de um dano e da correlação entre o dano e a conduta do responsável. No caso dos honorários advocatícios, tem-se expressa previsão legal atribuindo ao devedor o ônus de arcar com os honorários advocatícios do credor, não se admitindo qualquer exceção, sendo, portanto, um caso claro de responsabilidade objetiva por imposição legal.

¹¹⁷ CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 29

Assim, nasce da recusa de cumprimento voluntário do dever de reparar o dano por ele causado a responsabilidade do vencido na lide, ensejando a propositura desnecessária de uma ação, eis que este, quando do julgamento do processo e procedência do pedido do autor, foi declarado devedor, incumbindo-lhe o dever de reparar os prejuízos causados e, conforme determina o Código Civil em seus artigos 389, 395 e 404, os acessórios à obrigação principal, bem como os honorários advocatícios, devendo-se observar a necessidade de se inserir nestes tanto os honorários sucumbenciais, devidos ao advogado, quanto os contratuais, devidos ao autor.

2.3. O Dever de Reparar Honorários Advocatícios Decorrente do Abuso de Direito no Exercício do Direito de Ação

Vê-se, ainda, que além da diminuição patrimonial decorrente do exercício do direito de ação, onde o autor busca a tutela do Estado em razão de uma violação ou ameaça a direito¹¹⁸, existe o dano decorrente do abuso de direito no exercício do direito de ação, onde o prejudicado, nesta hipótese, é o réu.

O direito constitucional de ação é definido por Humberto Theodoro Junior como “o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses, pouco importando qual seja a solução a ser dada pelo juiz.”¹¹⁹

Elpídio Donizetti acrescenta, ao falar do direito de ação, que:

Segundo Liebman, precursor da teoria eclética, o direito de ação não está vinculado a uma sentença favorável (teoria concreta), mas também não é completamente independente do direito material (teoria abstrata). Há, de fato, uma abstração do direito de ação, no sentido de que a existência do processo não está condicionada à do direito material invocado; porém, sustenta-se pela teoria eclética que a ação é o direito à uma sentença de mérito, seja qual for seu conteúdo, isto é, de procedência ou de improcedência.¹²⁰

Portanto, desta leitura fica claro que, mesmo que não assista direito ao autor, terá ele o direito a provocar o Judiciário a fim de receber um pronunciamento acerca da pretensão formulada contra o réu.

¹¹⁸ Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988

¹¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 49

¹²⁰ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37

Do exercício do direito de ação, desta liberalidade de provocação do Estado, no entanto, decorrem abusos que servem apenas para abarrotar o Poder Judiciário e prejudicar o réu que, posto no polo passivo de uma ação, se vê compelido a buscar o auxílio de um advogado a fim de esclarecer, nos ditames da regra processual, que não assiste razão ao autor.

Assim sendo, mediante a necessidade de contratação de um patrono para promover a sua defesa, nasce o dano para o réu, que vê seu patrimônio diminuído para se defender em Juízo.

No entanto, cumpre ressaltar que esta diminuição patrimonial não deverá ser sempre reparada pelo autor, mas somente naqueles casos em que este tenha sua pretensão julgada improcedente em face do réu, que deverá ser reestabelecido ao seu *status quo ante*, ou seja, ao estado em que se encontrava antes de provocado a se defender em uma ação judicial.

O dever de reparar este dano nasce do exercício do direito de ação que, indo além dos limites sociais e legais a ele impostos, causa prejuízo à parte que, ao final da lide, deveria se ver restaurada ao seu estado anterior à provocação judicial.

Desta feita, se a formação da relação processual e desenvolvimento do processo causa prejuízo à parte ré que, quando do julgamento do processo, vê a pretensão do autor ser julgada improcedente em face de seu direito, merece esta reparação por esse prejuízo, uma vez que, na hipótese, haveria abuso do direito de ação.

Adere a este posicionamento Paulo Polly Nepomuceno, que defende:

“A ordem de pagamento dos honorários advocatícios, do vencido ao vencedor, deve sempre ser entendida como reparação imprescindível do patrimônio deste, lesado por ato daquele. (...). A condenação da parte vencida no pagamento dos honorários de advogado da parte vencedora tem, assim, caráter de verdadeira reparação, para completa indenização do dano”¹²¹

¹²¹ NEPOMUCENO, Paulo Polly. *A integral reparação do dano*. Rio de Janeiro: Rio, 1969, p. 51

Já o abuso de direito, para Heloísa Caperna, como expõem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, é tido como:

“aquele [ato] pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza”¹²²

Este conceito é complementado por Carlos Roberto Gonçalves:

“Prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que o abuso de direito prescinde da idéia de culpa. O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação aos limites objetivos da lei, o agente desvia-se dos fins sociais a que esta se destina”¹²³

Pode-se, então, concluir que, nos casos em que o autor propõe a ação e ao final fica demonstrada a ausência de direito material que lhe assista, haverá ocorrido o abuso do direito de ação, incidindo na hipótese legal do artigo 187 do Código Civil¹²⁴, atraindo a aplicação do artigo 927, também do Código Civil¹²⁵, gerando o dever de reparação integral dos prejuízos sofridos pela parte vitoriosa na ação.

Este entendimento é corroborado por passagem de Cahali que, citando Chiovenda, relata:

“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’. Este princípio vale tanto quando o bem jurídico é reconhecido em favor do autor, na sentença de

¹²² ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, V. 1. 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2012, p. 675

¹²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 459

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

procedência, como em favor do réu, na sentença de rejeição da demanda.”¹²⁶

Assim, continuando o pensamento do italiano, aduz que

“Daí resulta que as despesas processuais devem gozar de todos os privilégios e garantias próprias desse bem, a fim de que, com seu reconhecimento, o mesmo não sofra qualquer diminuição patrimonial. Este fundamento, como se vê, tem natureza ‘exclusivamente processual’; a condenação nas despesas é a consequência necessária da necessidade do processo, o que se explica pelo princípio fundamental de que a sentença deve ensejar a atuação da lei como se isto acontecesse no momento mesmo da propositura da ação.”¹²⁷

Desta forma, Chiovenda consagra a teoria da sucumbência, concluindo pela necessidade de ressarcimento das despesas da parte que se sagrou vencedora ao fim do processo, fazendo com que a reparação seja devida independentemente da boa-fé ou de qualquer outra condição pessoal da parte que restou vencida.

Ou seja, no entendimento de Tornaghi

“A justificação para o princípio da sucumbência é uniforme entre os autores: aqueles que se pretende necessitado da tutela jurisdicional, se não é atendido senão recorrendo às vias judiciais, não deve suportar um 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’.”¹²⁸

No entanto, não se trata de entendimento pacífico, havendo oposição por parte de Hennemann, ao ser citado por Cahali:

“Remarcava Hennemann este conceito: causa específica das despesas para a defesa do direito é a não evidência do direito mesmo, o que só se torna evidente em juízo. Assim, aquelas despesas deveriam ficar a cargo daquele que se sujeita ao direito do vencedor; certo, 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

¹²⁶ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36

¹²⁷ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36

¹²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38

direito formal que, sendo coisa diversa do direito efetivo, não poderia ser conhecido pelo sucumbente antes da instauração da lide”¹²⁹

E Cahali, ainda relatando o pensamento de Hennemann, acrescenta:

“Quando, porém, faltasse justa causa para litigar, naqueles casos em que o direito do vencedor era *a priori* evidente, não se podendo de boa-fé contestá-lo, a necessidade de utilização do processo para o seu reconhecimento revelaria abuso da parte; abuso que é punido com a condenação nas despesas. Em si, esta não é senão um ressarcimento; se muitos lhe dão, como as fontes romanas, o nome de pena, não terá, porém, o conteúdo delas, pois a condenação limita-se a dispor a respeito da restituição das despesas sofridas; mas apresenta uma função eminentemente penal, não aparece como uma limitação à atividade do litigante temerário”¹³⁰

Ou seja, pra Hennemann, só poderia o vencedor processual pleitear do vencido as despesas com honorários advocatícios contratuais se faltasse justa causa para o litígio, ou seja, quando fosse evidente o direito do vencedor, não se podendo, de boa-fé, contestá-lo, necessitando, portanto, de uma análise subjetiva do comportamento do vencido.

Já Menger, ponderando as formas de resolução da questão de quem deve arcar com os honorários advocatícios, tece as seguintes considerações:

“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 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, atentas as circunstâncias, ser compelido ao reembolso”¹³¹

Portanto, dentre as opções, faz-se necessária a escolha da alternativa que mais bem atende as necessidades da sociedade em que a norma está inserida e que, na visão de Cahali, deve ocorrer nos seguintes termos:

“Segundo a frase tantas vezes repetida, é *o fato objetivo da derrota* que a legitima; a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva. Por ser interesse do Estado que o emprego

¹²⁹ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35

¹³⁰ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35

¹³¹ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 33

do processo não se resolva em prejuízo para quem tem razão e por ser interesse do comércio jurídico que os direitos tenham o valor, tanto quanto possível, nítido e constante”¹³²

Assim, seguindo o princípio da reparação integral, pode-se concluir que:

“A lei, no ápice de uma longa evolução histórica, acolhe a regra da sucumbência, entendendo, com isso, que o direito deve ser reintegrado inteiramente, como se a decisão fosse proferida no mesmo dia da demanda. Se as despesas tivessem que ser pagas pelo vencedor, a recomposição do direito reconhecido pela sentença seria, sem qualquer justificação, apenas parcial. A idéia de culpa se substitui, assim, a idéia do risco; quem litiga, o faz a seu risco, expondo-se, pelo só fato de sucumbir, ao pagamento das despesas.”¹³³

Ou seja, do reconhecimento da improcedência dos pedidos formulados pelo autor nasce o dever de reparar o dano causado ao réu que teve de se submeter ao processo e arcar com os honorários advocatícios contratuais de seu advogado para se defender em juízo.

Portanto, decorrente do exercício do direito de ação que se mostra em desconformidade com o direito material pretendido, escapando aos fins sociais e econômicos do direito de ação e impondo um ônus ao réu e constituindo abuso de direito¹³⁴, deve este ônus ser repassado ao autor que, quando da proposição da demanda, sujeitou-se ao risco da sucumbência aliado ao princípio da reparação integral, não podendo ser admitido que saia a parte vencedora no processo com prejuízos, devendo ser restaurado o *status quo ante*.

¹³² CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38

¹³³ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 50

¹³⁴ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, V. 1, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 675

CAPÍTULO 03

Este capítulo se ocupa da análise de casos concretos encontrados na jurisprudência brasileira, sendo realizado o relato do caso, bem como pondo em destaque os principais argumentos favoráveis ou contrários à tese abordados na decisão, sob o enfoque da doutrina e do ordenamento jurídico.

3.1. Da Possibilidade de Cobrança dos Honorários Advocatícios Contratuais do Vencido na Lide

Este primeiro caso, a Apelação Cível nº 1.0024.06.995990-6/001, proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, se trata de recurso interposto contra sentença que julgou improcedente a cobrança do valor pago a título de honorários advocatícios contratuais por um empregado, alegando este que a contratação do causídico para proposição da ação trabalhista se deu em razão do inadimplemento, por parte de seu empregador, de verbas trabalhistas, que reteve o salário daquele indevidamente. Requereu, ainda, a condenação ao pagamento de juros de mora e correção monetária em decorrência do aumento da quota do Imposto de Renda em razão do acúmulo de salários que foram pagos conjuntamente, bem como indenização por danos morais decorrentes da desmoralização e dos constrangimentos decorrentes do atraso salarial, requerendo o provimento do recurso e que os pedidos fossem julgados procedentes, uma vez que a sentença de 1ª instância foi desfavorável ao autor da ação.

Ao analisar o mérito da demanda, o Desembargador Relator Afrânio Vilela assim votou:

“O objeto recursal cinge-se no ressarcimento das despesas referentes à contratação de advogado na justiça especializada do trabalho para o ajuizamento de reclamatória trabalhista, por meio da qual foi reconhecida a retenção indevida da remuneração do apelante, pela apelada.

O Código Civil de 1916 previa o direito à indenização por ato ilícito, in verbis:

"Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

O êxito de qualquer demanda ressarcitória é vinculado à comprovação de três requisitos: a) dolo ou culpa do agente, substanciada pela ação ou omissão voluntária, bem como negligência, imprudência ou imperícia; b) existência de dano; c) relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano causado; importando a ausência de qualquer um destes elementos se impõe a inviabilidade do pleito indenizatório.

Neste caso, pretende o apelante o ressarcimento do dano material representado pela redução no seu patrimônio em face da omissão da apelante em quitar-lhe verbas laborais.

Em tese, não seria cabível. Todavia, quando a omissão do empregador obriga o empregado a buscar a proteção judicial e sua pretensão é acolhida, caracterizou-se a desídia do Réu e, por óbvio, a despesa atinente ao pleito deve ser ressarcida, sob pena de a indenização não ficar completa e haver locupletamento por parte daquele que deu causa à demanda.

Dessa forma, assiste razão ao apelante, porque a contratação do causídico adveio da violação a direito trabalhista, reconhecido judicialmente naquela justiça especializada, porque não foi cumprido a contento, conforme determina a legislação pertinente.

Os recibos de f. 14-15 comprovam os descontos de honorários advocatícios sobre a indenização percebida pelo apelante; assim, houve uma redução em seu patrimônio, que somente adveio do descumprimento de um direito que lhe era devido.

Conquanto a legislação trabalhista não lhe impunha a representação por advogado, é certo que a atuação deste profissional é essencial à administração da justiça. Assim, quando contratado, e obtém decisão favorável ao cliente, deve ser remunerado e esta verba precisa ser ressarcida por quem deu causa à sua contratação.¹³⁵

Ou seja, para o Desembargador Relator ficou caracterizado o ato ilícito por parte do réu que, por desídia, deixou de pagar ao autor as verbas laborais, ensejando tal ilícito a necessidade de ajuizar ação trabalhista que se mostrou procedente, devendo as despesas referentes ao pleito judicial serem ressarcidas.

Tal fato se dá, ainda segundo o Des. Relator, pela impossibilidade de ficar irressarcida a despesa do trabalhador, pois, caso contrário, a indenização ficaria incompleta, havendo locupletamento por parte daquele que deu causa à demanda (empregador).

Ademais, ressalta que, por mais que não seja imposta ao trabalhador a necessidade de contratação de advogado na esfera trabalhista, é

¹³⁵ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.995990-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, p. 04-05, acessado em 20/09/2012.

notória a essencialidade deste à administração da Justiça e, obtendo o êxito na causa, deve ser remunerado, sendo tal ônus ser ressarcido por quem deu causa à contratação do causídico.

Portanto, como bem expõe o relator ao falar do empregado, “houve uma redução em seu patrimônio, que somente adveio do descumprimento de um direito que lhe era devido”¹³⁶, sendo necessária a reconstituição de seu patrimônio.

Este entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais encontra respaldo tanto na doutrina quanto na legislação pátrias.

Inicialmente, vemos que “se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual”¹³⁷.

Se se trata de responsabilidade contratual e em decorrência deste descumprimento das normas pactuadas entre as partes surge um dano, fica demonstrado um dos três requisitos da responsabilidade civil, o dano.

Já a conduta é caracterizada pela omissão por parte do empregador que deixou de pagar ao seu empregado as verbas trabalhistas devidas, conforme pactuado no contrato de trabalho.

E, por fim, o nexo de causalidade, que reside no “reconhecimento de que a conduta imputada a alguém foi a determinante do dano, ou seja, a conduta imputada constitui a causa da qual o dano figura como efeito”¹³⁸.

Ou seja, presentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, atraindo o disposto no art. 186 do Código Civil¹³⁹, fica

¹³⁶ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.995990-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, p. 05, acessado em 20/09/2012.

¹³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59

¹³⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112

¹³⁹ 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.

caracterizado o ato ilícito, surgindo o dever de reparar o dano causado, como prevê o art. 927¹⁴⁰ do mesmo diploma legal.

Desta forma, restou o acórdão assim ementado:

“APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - INOVAÇÃO RECURSAL - NÃO CONHECIMENTO - AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO - ATO ILÍCITO DEMONSTRADO - RESSARCIMENTO DEVIDO.

O recibo quita o valor nele inserto, não excluindo a possibilidade do credor requerer, judicialmente, sua complementação, sentindo-se lesado, pois, há garantia constitucional a ampará-lo, eis que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). A inovação de tese em sede recursal não pode ser conhecida porque traz a lume argumentos não declinados na primeira instância, sequer abordados na sentença recorrida, ofendendo o princípio do duplo grau de jurisdição. Quando a omissão do empregador obriga o empregado a buscar a proteção judicial e sua pretensão é acolhida, caracterizou-se a desídia do Réu e, por óbvio, a despesa atinente ao pleito deve ser ressarcida, sob pena da indenização não ficar completa e haver locupletamento por parte daquele que deu causa à demanda.

(Apelação Cível 1.0024.06.995990-6/001, Rel. Des.(a) Afrânio Vilela, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/09/2006, publicação da súmula em 29/09/2006)”¹⁴¹

Insatisfeito com a posição adotada pelo TJMG, que reformou a sentença que lhe era favorável, a parte ré interpôs Recurso Especial, levando a matéria à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo do Judiciário para tratar de matéria infraconstitucional, originando, então, o Recurso Especial nº 1.027.797 – MG (2008/0025078-1), de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Em seu recurso, a ré alega, em síntese, violação aos artigos 267 do Código de Processo Civil, 188, inciso I do Código Civil e 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, afirmando que “o dever de indenizar não pode ser imputado por defender-se em reclamatória trabalhista, pois estava exercendo seu direito de defesa”¹⁴², não podendo ser onerado pela escolha, por parte do empregado, de

¹⁴⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹⁴¹ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.995990-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, acessado em 20/09/2012.

¹⁴² https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13748305&num_registro=200800250781&data=20110223&tipo=51&formato=PDF, p. 02, acessado em 20/09/2012.

contratar advogado, uma vez que na Justiça do Trabalho a presença deste é facultativa.

A eminente Relatora delimitou a controvérsia no cabimento de reparação por danos materiais ao empregado que contrata advogado para o ajuizamento de reclamação trabalhista e afastou a ofensa à coisa julgada e argumentou, para afastar o *jus postulandi* da parte na Justiça do Trabalho como causa para não conceder honorários, que o acesso à justiça compreende o direito daquele que está em juízo de poder influir no convencimento do magistrado, participando adequadamente do processo¹⁴³.

Quanto à questão específica da cobrança dos honorários advocatícios contratuais, defende a Ministra que o Código Civil de 2002 estabelece que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme os artigos 389, 395 e 404.

Aduz, ainda, que os honorários previstos nos artigos referidos são os extrajudiciais, uma vez que os honorários de sucumbência relacionam-se com o processo e são devidos ao advogado.

Assim sendo, defende a Ministra que, ante o princípio da reparação integral e da ampla indenização do dano, não pode ser atribuído ao credor, vencedor no processo, o ônus de arcar com os honorários advocatícios contratuais de seu advogado, uma vez que não seria justo que o dano não fosse integralmente reparado, eis que decorrente da conduta da parte vencida.

Portanto, fundamentou sua decisão de manter a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na previsão expressa nos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil, bem como no princípio da reparação integral.

Tal entendimento encontra amparo na doutrina de Luiz Antônio Scavone Júnior, que argumenta:

“Assim os honorários atribuídos a título de sucumbência não se confundem com os honorários ressarcitórios, convencionais ou arbitrados. Os honorários ressarcitórios, convencionais ou arbitrados,

¹⁴³ https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13748305&num_registro=200800250781&data=20110223&tipo=51&formato=PDF, p. 05, acessado em 20/09/2012.

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 causa¹⁴⁴.

Assim sendo, o julgado restou ementado como se vê a seguir:

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.

(REsp 1027797/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 23/02/2011)¹⁴⁵

Trata-se, portanto, do reconhecimento da possibilidade de a parte vencedora no processo cobrar da parte vencida o que dispendeu com honorários advocatícios contratuais, visando o reestabelecimento do equilíbrio da relação

¹⁴⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Do Descumprimento das Obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 173

¹⁴⁵ https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13781140&num_registro=200800250781&data=20110223&tipo=5&formato=PDF, acessado em 20/09/2012.

jurídica e integral reparação do dano, fazendo a parte autora retornar ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do fato que originou a demanda.

3.2. Da Impossibilidade de Cobrança dos Honorários Advocatícios Contratuais do Vencido na Lide

Em que pese a existência de julgado favorável à possibilidade da cobrança de honorários advocatícios pela parte vencedora, tal entendimento não se encontra pacificado, havendo divergências acerca da matéria tanto nos tribunais estaduais quanto no próprio Superior Tribunal de Justiça.

Em outra Apelação Cível, a de nº 1.0024.06.973899-5/001, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em caso semelhante ao anterior, ou seja, de cobrança de honorários advocatícios contratuais decorrentes da contratação de advogado para patrocinar o trabalhador em reclamatória trabalhista contra o empregador para o cumprimento de obrigação devida.

A causa da ação trabalhista foi a retenção indevida do salário da empregada que, para recuperar seu patrimônio, necessitou de auxílio de profissional, uma vez que não possui especialização jurídica, não tendo condições de movimentar o Judiciário sozinha.

A parte do voto que permeia o assunto aqui desenvolvido restou assim elaborado pelo Desembargador Relator Domingos Coelho:

“Denota-se dos autos, que em razão do apelado não ter cumprido com as obrigações que lhe eram devidas foi a Apelante compelida a interpor ação trabalhista para buscar seus direitos o que culminou com a contratação de advogado.

In casu, resta evidente a partir dos documentos colacionados aos autos, que se o apelado tivesse cumprido com sua obrigação, não teria sido necessário a interposição de ação trabalhista, bem como não haveria necessidade de contratação de advogado, para reaver a Apelante o que já era seu de direito.

Desta forma, se a Apelante suporta o pagamento de honorários, para receber verbas trabalhistas a que tem direito, sofre prejuízo de valor essencial para sua subsistência, não por sua culpa, mas sim do apelado, devendo portanto ser reembolsado.

Neste sentido:
(...)

APELAÇÃO CÍVEL. RESSARCIMENTO DE DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PAGOS EM AÇÃO TRABALHISTA. PREJUÍZO INDENIZÁVEL.

- Aquele que é obrigado a ajuizar ação trabalhista para receber valores não pagos por ex-empregador tem direito de ser ressarcido do pagamento dos honorários a seu próprio advogado, porque tal pagamento significou diminuição de seu patrimônio.

- Se o valor devido tivesse sido pago sem ter sido necessária a ação, todo ele seria convertido em favor do próprio empregado, o que não ocorreu, estando configurado aí o dano material. (TJMG - 17ª Câmara Cível, Ap. Cível 2.0000.00.503242-0/000, Rel. Luciano Pinto, data julgamento 25/08/2005.)

INDENIZAÇÃO - AÇÃO TRABALHISTA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - OBREIRO - RESSARCIMENTO - CABIMENTO.

- O obreiro que suporta o pagamento de honorários de advogado, para receber indenização trabalhista a que tem direito, sofre desfalque de valor essencial para sua subsistência, não por culpa sua, e sim, do ex-empregador. Portanto, deve ser reembolsado. (TJMG - 17ª Câmara Cível, Ap. Cível n. 479.415-6, Rel. Marine da Cunha, data julgamento 12/05/2005)

(...)

Além do mais, o fato de os honorários de advogado não serem devidos na ação trabalhista, exceto quando o trabalhador é representado por sindicato (Enunciado 219 do TST), acaba obrigando o empregado a arcar, sozinho, com tal dispêndio; impondo-se, destarte, o reembolso por quem deu causa à despesa, em observância ao princípio da causalidade.

(...)

Logo, tendo o apelado descumprido com suas obrigações trabalhistas, a Apelante possui pleno direito de eleger os meios adequados e eficazes de postular pelos seus direitos, viabilizando o recebimento de seu crédito, e, conseqüentemente, ser indenizado pelos gastos a que o apelado deu causa, em obediência ao princípio da causalidade.

Assim, a partir das considerações supras, não há dúvidas de que a Apelante deve ser ressarcida pelos gastos despendidos com a contratação de advogado para postular a causa trabalhista.¹⁴⁶

Assim, o Des. argumenta que o recorrido, por não ter adimplido com suas obrigações para com a empregada, fez com que o único meio cabível a esta de receber suas verbas trabalhistas fosse através da Justiça do Trabalho e que, por mais que tenha a parte o *ius postulandi*, o advogado é essencial à administração da justiça, sendo necessária a técnica processual para o regular andamento do feito e para que a parte atinja seus objetivos com o processo.

¹⁴⁶ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.973899-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, p. 03-06, acessado em 24/09/2012.

No caso, reside o ato ilícito na conduta omissiva da empregadora que não cumpriu com a obrigação contratual de pagar o salário avençado entre as partes contratantes, sendo esta a causa do prejuízo patrimonial decorrente da contratação de advogado para buscar judicialmente o adimplemento.

Ou seja, para o Des. Relator, caso a empresa houvesse cumprido com sua obrigação, não teria sido necessária a proposição de reclamação trabalhista e nem a necessidade de contratação de advogado para reaver o que era de direito da empregada, o que, pelo princípio da causalidade, faz com que seja a empresa inadimplente a causadora da ação, devendo ressarcir todos os danos advindos de seu inadimplemento sob pena de impor prejuízo à parte a quem eram devidas as verbas trabalhistas, tendo o julgado restado assim ementado:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - GASTOS COM ADVOGADO EM AÇÃO TRABALHISTA - PREJUÍZO - RESSARCIMENTO - IMPOSTO DE RENDA Tendo o apelado descumprido com suas obrigações trabalhista, a Apelante possui pleno direito de eleger os meios adequados e eficazes de postular pelos seus direitos, viabilizando o recebimento de seu crédito, e, conseqüentemente, ser indenizado pelos gastos a que o apelado deu causa, em obediência ao princípio da causalidade. É incabível o pagamento de diferença paga a mais a título de imposto de renda ocorrido em função do pagamento acumulado de verbas salariais, uma vez que inexistente conduta ilícita do apelado que apenas cumpriu o disposto na sentença trabalhista. (Apelação Cível 1.0024.06.973899-5/001, Rel. Des.(a) Domingos Coelho, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/08/2006, publicação da súmula em 16/09/2006)”¹⁴⁷

A insatisfação da empresa empregadora com a decisão desfavorável exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais motivou a interposição de Recurso Especial nº 1.027.897 – MG (2008/0023362-0), de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, a fim de reverter a decisão.

No recurso, restringindo-se ao que esta pesquisa aborda, foi alegada violação aos artigos 20, §§ 1º a 5º do CPC, bem como aos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro e art. 791 da CLT.

Para tanto, conforme narra o Ministro Relator, a empresa recorrente defendeu que inexistiria dever da empregadora em indenizar a autora pelos

¹⁴⁷ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.973899-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, acessado em 24/09/2012.

honorários advocatícios contratuais e particulares, pois se estaria diante de uma ampliação dos ônus sucumbenciais previstos no Código de Processo Civil, tendo passado pelo crivo de admissibilidade realizado pelo TJMG bem como pelo STJ.¹⁴⁸

Em seu voto, o Ministro Relator aduz, de maneira breve, que:

“(...) quanto à questão de fundo, assiste razão ao banco. Com efeito, incabível a indenização por danos materiais e morais em razão da necessidade de contratação de advogado para o ajuizamento de reclamatória trabalhista, porque descaracterizado qualquer ato ilícito. Ora, as verbas discutidas na reclamação eram controvertidas e somente se tornaram devidas após o trânsito em julgado da sentença, afastando, assim, qualquer alegação de ilicitude geradora do dever reparatório.

Entender diferente importaria no absurdo da prática de ato ilícito diante de qualquer pretensão resistida questionada judicialmente.

A par disso, vale consignar que a justiça obreira, em razão do art. 791 da CLT, permite ao reclamante postular seu direito sem assistência de advogado, o que demonstra a impertinência da demanda que objetiva que o empregador vencido arque com os honorários advocatícios decorrentes de contratação particular realizada pela empregada recorrida.

Aliás, a prevalecer a tese da autora, cada ação irá gerar uma outra para ressarcimento de verba honorária e assim por diante, indefinidamente.”¹⁴⁹

Ou seja, para ele não restaram caracterizados os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, pois estaria ausente o ato ilícito, uma vez que não era patente ou incontroverso o direito ali debatido, sendo que os valores pleiteados na reclamatória trabalhista só se tornaram devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, inexistindo ilicitude passível de reparação.

Ademais, entendeu o eminente Ministro que a Justiça do Trabalho permite ao reclamante formular seu pleito sem assistência de advogado, o que, por si só, tornaria inadequada a demanda que vise a reparação pelos honorários advocatícios contratuais do reclamante.

¹⁴⁸ https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4273742&num_registro=200800233620&data=20081110&tipo=51&formato=PDF, p. 02, acessado em 24/09/2012.

¹⁴⁹ https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4273742&num_registro=200800233620&data=20081110&tipo=51&formato=PDF, pp. 04-05, acessado em 24/09/2012.

Acrescentou, ainda, que da tese da autora adviria, como consequência, a instauração de uma lide subsequente à original para ver ressarcidos os honorários advocatícios contratuais, e uma posterior a essa, num ciclo interminável, com uma eterna multiplicação de processos.

Nesta esteira, restou o julgado assim ementado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CPC, ARTS. 165, 458 E 535. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. JUSTIÇA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. DANOS MORAIS E MATERIAIS AFASTADOS. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO.

I. Resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela parte não corresponde a nulidade.

II. O gasto com advogado da parte vencedora, em ação trabalhista, não induz por si só a existência de ilícito gerador de danos materiais e morais por parte do empregador vencido na demanda laboral.

III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp 1027897/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/11/2008)¹⁵⁰

Verifica-se, neste acórdão, o entendimento de que é impossível à parte vencedora no processo cobrar da parte vencida o que gastou com os honorários advocatícios avençados com seu patrono para a promoção da causa, uma vez que inexistiria ilícito ensejador de responsabilidade civil, não merecendo qualquer reparação aquele que tem que contratar advogado para ajuizamento de uma demanda, entendimento corroborado pelo pensamento de Hennemann que, nas palavras de Cahali, sustentava

“(...) a teoria da pena, proclamando a inaplicabilidade da *Lex Aquilia* quanto às despesas da lide: o princípio da equidade, no sentido de que todo dano injusto deve ser reparado por aquele que o causa culposamente, é tão antigo quanto o Direito. Mas o que o Direito Comum (tal como o Direito romano intermédio) negava era que se pudesse considerar in *genere* como *dano injusto* aquele consequente das despesas da lide: o juízo é a via lícita pela qual a sociedade substitui ao máximo a força privada na defesa do direito. Assim, aquele que se serve do processo exerce um seu direito, e as

¹⁵⁰ <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800233620>, acessado em 24/09/2012.

despesas que o adversário sofre não seriam dano reparável, pois não foram produzidas injustamente.”¹⁵¹

Isto porque, para ele, a “causa específica das despesas para a defesa do direito é a *não evidência do direito mesmo*, que só se torna evidente em juízo”¹⁵², motivo pelo qual não se poderia querer reparação pelo dano sofrido.

3.3. Da Resolução de Divergência de Entendimentos

Em razão da existência de julgados tanto admitindo quanto negando a possibilidade de a parte vencedora cobrar da parte vencida o que aquela dispendeu com honorários advocatícios contratuais, criou-se uma situação de insegurança jurídica, motivando a proposição de várias ações que buscavam o ressarcimento destes valores.

É neste cenário que foi interposta a Apelação Cível nº 1.0672.08.277575-6/001, proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, objetivando o ressarcimento do valor pago a título de honorários advocatícios contratuais por um empregado sob a alegação de que a contratação do advogado para a proposição de ação trabalhista se deu única e exclusivamente em razão do inadimplemento das obrigações do banco empregador, sustentando que estariam presentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, previstos do art. 186 do Código Civil e que o dano sofrido por ele, empregado, só se deu em razão da omissão do banco que, ao não pagar os direitos trabalhistas como deveria, obrigou o funcionário a contratar advogado para patrocinar seus interesses e que se a obrigação houvesse sido adimplida como deveria, não teria incorrido nas despesas de contratação de advogado.

Uma vez que a sentença julgou improcedente o pleito formulado pelo autor, este se valeu da apelação para buscar o reexame da matéria pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que teve como Relator o Desembargador Alberto Henrique, que defendeu o dever de ressarcir, conforme se vê em seu voto:

“Apesar de reconhecer neste Tribunal, divergência jurisprudencial sobre o tema, tenho me posicionado de forma contrária ao MM. Juiz a quo, por entender que, efetivamente, a omissão do apelado, ao não

¹⁵¹ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, pp. 34-35

¹⁵² CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 35

pagar os direitos trabalhistas do apelante, quando da rescisão do contrato de trabalho, o obrigou a contratar advogado para patrocinar os seus interesses na justiça laboral.

Partindo da premissa do ressarcimento integral do dano, é de se convir que a pessoa obrigada a recorrer às vias judiciais para satisfação de seu direito tem despesas decorrentes da omissão ou inadimplência do possível devedor, qual seja, o pagamento pela contratação de um profissional autorizado a postular em juízo em seu nome.

(...)

Comungo, neste caso, do entendimento de que o simples fato de a empregadora não cumprir a sua obrigação trabalhista com o empregado, instando-o a procurar o Poder Judiciário e, conseqüentemente, se utilizar dos serviços de Advogado, gera, em tese, direito à restituição do valor dos honorários pagos.

Nestas hipóteses, inequívoco o dano em seu patrimônio por culpa exclusiva do empregador. Aliás, isto se extrai da norma como se infere do teor dos artigos 389, 395, caput e 404 do Código Civil, ao dispor:

(...)

In casu, o Apelado juntou aos autos os recibos de fl. 09, firmados pelo advogado que o assistiu naquela demanda trabalhista. Desse modo, faz ele jus ao reembolso da quantia paga a título de verba honorária e despesas. É de se convir que, caso não fosse reconhecido o direito ao ressarcimento das despesas que teve com a inadimplência contratual para receber o que lhe era devido, a indenização não seria plena, porquanto do devido só recebeu parte dela, já que teve despesas decorrentes da atitude omissa do Apelado.

Embora reconheça a existência de posições divergentes neste Tribunal sobre o tema (como se infere da r. sentença e das razões de apelo), transcrevo ementas de alguns acórdãos deste Egrégio sodalício, favoráveis à tese do apelante, as quais adoto como razão de decidir, verbis:

"APELAÇÃO CÍVEL. RESSARCIMENTO DE DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PAGOS EM AÇÃO TRABALHISTA. PREJUÍZO INDENIZÁVEL. Aquele que é obrigado a ajuizar ação trabalhista para receber valores não pagos por ex-empregador tem direito de ser ressarcido do pagamento dos honorários a seu próprio advogado, porque tal pagamento significou diminuição de seu patrimônio. Se o valor devido tivesse sido pago sem ter sido necessária a ação, todo ele seria convertido em favor do próprio empregado, o que não ocorreu, estando configurado aí o dano material." (TJMG, Ap. Cív. 2.0000.00.479415-6/000, Rel. Des. Mariné da Cunha, j. 12.5.2005)¹⁵³

Defende o Des. Relator, portanto, que o simples fato de haver inadimplemento por parte do empregador gera a necessidade de buscar o ressarcimento dos valores pagos a título de honorários advocatícios na Justiça do

¹⁵³ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.08.277575-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, p. 03-06, acessado em 30/09/2012.

Trabalho, sendo estes valores despendidos uma diminuição patrimonial do reclamante que não existiria caso a obrigação houvesse sido adimplida, devendo recair o ônus de tais verbas sobre o empregador, que foi quem deu causa à ação.

Não defende esta tese, contudo, sem respaldo, aduzindo Nepomuceno que:

“(...) a sentença deve levar a causa ao seu status quo ante, desfazendo todos os efeitos da ilicitude ou, pelo menos, compensando todos os danos causados, dentre eles os honorários do advogado do inocente na demanda. A condenação nesse crédito tem por escopo um interesse suprapessoal de direito público, na correição da injuridicidade”¹⁵⁴

Assim sendo, o Relator, com fulcro nos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil, votou pela procedência do pedido formulado pelo autor, pelo dever de ressarcir, portanto.

Mas, por se tratar de matéria que não se encontra pacificada, o Revisor votou pelo não provimento da Apelação, sendo acompanhado pelo Vogal, defendendo, para tanto, que:

“Não se mostra razoável impor a terceiro a obrigação de ressarcir pagamento de honorários advocatícios derivados de contrato particular do qual não participara, mormente em sede de ação trabalhista, em que se admite o ‘jus postulandi’ do obreiro. A propósito, conforme bem anotado pelo Desembargador Luciano Pinto, na Apelação Cível nº 1.0024.07.563841-1/001, ‘a contratação de profissional do direito para representar a apelante no juízo trabalhista constituiu, sem sombra de dúvidas, mera opção deste, pois, como é sabido, na Justiça do Trabalho não há imposição de contratação de profissional do direito para o ajuizamento de pedidos’.”¹⁵⁵

Desta forma, o acórdão restou assim ementado:

“INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - AÇÃO TRABALHISTA - JUSTIÇA TRABALHO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONTRATO PARTICULAR - EMPRESA NÃO É PARTE CONTRATANTE - RESSARCIMENTO INDEVIDO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - NECESSÁRIO SEU REQUERIMENTO - SUSPENSÃO INDEVIDA.

V.V. (Apelação Cível 1.0672.08.277575-6/001, Rel. Des.(a) Alberto

¹⁵⁴ NEPOMUCENO, Paulo Polly. *A integral reparação do dano*. Rio de Janeiro: Rio, 1969, p. 71

¹⁵⁵ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.08.277575-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, p. 06-07, acessado em 30/09/2012.

Henrique, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/07/2008, publicação da súmula em 26/07/2008)¹⁵⁶

Com o julgamento pela maioria pela improcedência da apelação interposta pelo empregado, este apresentou o Recurso Especial nº 1.155.527 – MG (2009/0171856-3), de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, alegando negativa de vigência aos artigos 187, 187, 389, 395, 404 e 927, todos do Código Civil.

Ao analisar o caso, o Ministro Relator assim entendeu:

“O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a simples contratação de advogado para o ajuizamento de reclamatória trabalhista não induz, por si só, a existência de ato ilícito gerador de danos materiais.

Concluir de forma diversa seria atribuir ilicitude a qualquer pretensão questionada judicialmente.

Além disso, vale destacar que, a despeito da possibilidade de se demandar na justiça especializada sem que haja a necessidade de ser contratado advogado (art. 791 da CLT), o fato de o postulante optar pela contratação de advogado, mediante remuneração, para defesa de seus interesses, não induz, mais uma vez, à responsabilização do empregador demandado, uma vez que este não participou da relação contratual, tampouco praticou qualquer ato ilícito relacionado ao valor dos honorários convencionados pelas partes litigantes.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados: Quarta Turma, REsp n. 951.882/MG, relator Ministra Honildo Amaral de Mello Castro, DJe de 12.4.2010; Quarta Turma, REsp n. 1.027.897/MG, relator Ministro Aldir Pasarinho Junior, DJe de 10.11.2008.

Desse modo, concluo que o posicionamento consignado no acórdão recorrido, diversamente do alegado nas razões recursais, não viola os arts. 186, 187, 389, 395, 404 e 927 do Código Civil.¹⁵⁷

Portanto, por entender que não há qualquer relação entre o empregador e a contratação de advogado, filia-se o Relator à corrente que entende pela impossibilidade do ressarcimento de valores gastos para arcar com os honorários advocatícios contratuais, devendo cada parte arcar com o que contratou com seu patrono.

¹⁵⁶ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.08.277575-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, acessado em 30/09/2012.

¹⁵⁷ <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=10840848&formato=PDF>, pp. 02-03, acessado em 01/10/2012.

Este Recurso Especial ensejou os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.155.527 – MG (2011/0136143-4), de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, alegando o autor divergência entre o julgado em análise, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha e votos dos Ministros Raul Araújo, Masia Isabel Gallotti e Aldir Passarinho Jr. e do acórdão paradigma proveniente do Recurso Especial nº 1.027.797 – MG já analisado, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e votos dos Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina.

Em seu voto nos Embargos de Divergência o Des. Relator sustentou no sentido de que a discussão sobre a cobrança de honorários advocatícios contratuais para ajuizamento de reclamação trabalhista não deve ser feita no âmbito do direito comum, uma vez que, com a ampliação dada à competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o debate sobre o tema deveria ser feito na justiça especializada, acrescentando que “não deve imiscuir-se a Jurisdição comum, para a melhor decisão, no deslinde de peculiaridades típicas da contratação honorária advocatícia destinada ao patrocínio perante a Justiça do Trabalho”¹⁵⁸, mas que, por se tratar de Embargos de Divergência, que são um alongamento do Recurso Especial, e que há divergência entre turmas do STJ, há a competência do STJ para solucionar a divergência.

Em seguida, o Relator passou à análise da configuração da divergência entre as turmas do Tribunal, concluindo que, embora não sejam idênticas as palavras, o núcleo do debate o é, devendo os embargos serem admitidos.

Quanto ao mérito, o Ministro modificou seu posicionamento adotado anteriormente no acórdão paradigma (REsp nº 1.027.797/MG), já analisado, e argumentou que “não se pode, do só ajuizamento de Reclamação Trabalhista precedente, concluir, à luz do Direito Comum, pela ilicitude de que decorrente dever de indenizar à só incidência do Direito Comum”¹⁵⁹, acrescentando que:

¹⁵⁸ https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18901122&sReg=201101361434&sData=20120628&sTipo=51&formato=PDF, p. 07-08, acessado em 02/10/2012.

¹⁵⁹ https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18901122&sReg=201101361434&sData=20120628&sTipo=51&formato=PDF, p. 11, acessado em 02/10/2012.

“No âmbito da Justiça Comum, repita-se (preservado o exame circunstancial de cada caso a debate na Justiça do Trabalho, ao influxo de seus princípios especiais), não há como deixar de considerar que, se o reclamante contratou advogado, é porque voluntariamente o desejou, e não porque, por ato ilícito, fora do contrato de trabalho, do reclamado, tenha sido obrigado a fazê-lo. Se o Reclamado, lembre-se, em princípio, resistiu, na Reclamação Trabalhista, é porque entendeu não dever pagar o pleiteado pelo Reclamante, assim como este, o Reclamante, sustentou ser-lhe devido o pagamento -- não havendo, em princípio, ilicitude nenhuma em ambas as situações, seja na de acionar, seja na de resistir. Ora, não age ilicitamente, para o direito comum, quem defende seu direito – o que vem das fontes romanas: *“non videtur malum facere, qui jure suo utitur”*. É agir lícito, o do reclamado, defender-se, em Juízo o que, de resto, lhe é constitucionalmente assegurado, via contraditório (CF, art. 5º, LV). Se agir sob a tacha da litigância de má fé, isso será outro problema, que só a Justiça do Trabalho poderá ponderar, mas, em princípio, é lícito, para o Direito Comum, resistir à demanda judicial trabalhista.”¹⁶⁰

Para o Relator, portanto, a liberalidade do reclamante em contratar advogado afasta o dever de reparar, uma vez que não foi este obrigado por um ato do empregador a contratar o profissional, não havendo ilicitude no fato de o reclamado resistir à pretensão do reclamante em juízo, não se configurando, por conseguinte, ato ilícito apto a gerar o dever de indenizar.

Quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial, a Ministra Nancy Andrighi, que antes se mostrara favorável à tese do ressarcimento dos custos provenientes da contratação do causídico, em Voto-Vista modificou o entendimento antes exarado, concluindo pelo desprovemento dos Embargos de Divergência, mas por fundamentos diversos daqueles apresentados pelo Ministro Relator em seu voto.

Para a Ministra, o motivo que enseja a revisão de seu posicionamento é tão somente a contrapartida que seria gerada pelo reconhecimento do direito ao ressarcimento dos valores gastos a título de honorários advocatícios contratuais, uma vez que, se o autor deve ser indenizado pelo réu do que aquele gastou com seu patrono, haveria que se reconhecer o direito do réu, nos casos em que a pretensão autoral fosse julgada totalmente improcedente, de ver ressarcido os honorários contratuais que tiver pago.

¹⁶⁰ https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18901122&sReg=201101361434&sData=20120628&sTipo=51&formato=PDF, p. 11, acessado em 02/10/2012.

Assim sendo, aduz que, se por reciprocidade se reconhecesse o direito do réu de ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais dispendidos com seu advogado, não teria o autor da ação praticado qualquer ato ilícito capaz de ensejar o dever de indenizar, tendo este apenas exercido seu direito de ação, inexistindo motivo que justifique o dever de indenizar do autor, nos casos em que os pedidos deste forem julgados improcedentes.

Atribui, então, à expressão “honorários de advogado”, utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil, interpretação que exclui os honorários contratuais relativos à atuação em juízo, eis que há na esfera judicial mecanismo que impõe ônus a quem esteja no exercício de direito, através dos honorários de sucumbência. Para ela, portanto:

“(...) o termo “honorários de advogado” contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências **extrajudiciais** decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.”¹⁶¹

Dessa forma, com o improvemento dos Embargos de Divergência, este restou assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO DO RECLAMANTE, COBRADOS AO RECLAMADO PARA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA JULGADA PROCEDENTE. 1) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, A DESPEITO DE ORIENTAÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, MAS EMBARGOS CONHECIDOS DADA A PECULIARIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA; 2) INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR, NO ÂMBITO GERAL DO DIREITO COMUM, RESSALVADA INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO; 3) IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO PARADIGMA; 4) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA IMPROVIDOS.

1.- Embora, após a Emenda Constitucional 45/2004, competente a Justiça do Trabalho para dirimir questões atinentes a cobrança ao Reclamado de honorários advocatícios contratuais dispendidos pelo Reclamante para a reclamação trabalhista, conhece-se dos presentes Embargos de Divergência, porque somente ao próprio Superior Tribunal de Justiça compete dirimir divergência entre suas próprias Turmas.

¹⁶¹ https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=22821027&num_registro=201101361434&data=20120628&tipo=3&formato=PDF, p. 04, acessado em 02/10/2012.

2.- No âmbito da Justiça comum, impossível superar a orientação já antes firmada por este Tribunal, no sentido do descabimento da cobrança ao Reclamado de honorários advocatícios contratados pelo Reclamante: para a Reclamação Trabalhista, porque o contrário significaria o reconhecimento da sucumbência por via oblíqua e poderia levar a julgamentos contraditórios a respeito do mesmo fato do patrocínio advocatício na Justiça do Trabalho.

3.- Manutenção do Acórdão Embargado, que julgou improcedente ação de cobrança de honorários contratuais ao Reclamado, a despeito da subsistência do julgamento paradigma em sentido diverso, pois não sujeito à devolução recursal nestes Embargos de Divergência.

4.- Embargos de Divergência improvidos.

(REsp 115527/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 28/06/2012)¹⁶²

¹⁶² https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=18901118&num_registro=201101361434&data=20120628&tipo=5&formato=PDF, pp. 01-02, acessado em 02/10/2012.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou a questão da possibilidade de cobrança de honorários advocatícios contratuais pelo vencedor da lide em desfavor do vencido, matéria que não se encontra pacificada, sendo objeto de questionamento tanto no âmbito do Direito do Trabalho quanto no próprio Direito Civil, por se tratar de responsabilidade civil pela ocorrência de um dano.

Sabe-se que quando há a necessidade de propor uma ação ou de nela defender interesse seu, faz-se patente a necessidade de contratação de advogado, sendo firmado o respectivo contrato de honorários, que implica em custos à parte que integra o processo.

Atualmente, no entanto, não se tem buscado, em regra, a reparação pelos valores gastos a título de honorários advocatícios contratuais, fato este que, quando efetuada a prestação jurisdicional e definido o direito, causa diminuição patrimonial àquela parte a quem se mostrou favorável a decisão judicial, pois o direito reconhecido vem sempre decrescido do que se dispendeu com o custeio do advogado.

Assim sendo, buscou-se demonstrar que o vencedor processual, ao contratar advogado para patrociná-lo na causa, arca com o custo dos honorários contratuais, o que constitui ofensa ao seu patrimônio, sendo que esse ônus merece tutela jurisdicional no sentido de imputar tal despesa àquele que resta vencido na lide, a fim de conceder ao vencedor a reparação integral do dano sofrido, uma vez que a ação é proveniente ou de abuso do direito de ação, impondo ao réu que se defenda em processo em que não assiste direito ao requerente, ou então de uma resistência infundada à pretensão do autor, buscando furtar-se aos deveres de conduta exigíveis e violando direito que assiste à parte contrária.

Conforme visto, este entendimento não se encontra pacificado nem na doutrina, nem na jurisprudência, havendo posições tanto para reconhecer o dever de indenizar, quanto para indeferir o pleito.

Em que pese os argumentos elencados para não se conceder à parte vencedora o ressarcimento da quantia gasta para custear advogado,

notadamente aqueles trazidos pela Ministra Nancy Andrighi, em que ela não vislumbra, na situação em que o autor tenha sua pretensão julgada improcedente, qualquer ato capaz de gerar o dever de indenizar por não se mostrar presente um ato ilícito, mostrou-se, com adequada fundamentação, que há sim o dever de indenizar.

Viu-se que há em nosso Estado a proteção ao patrimônio, não se podendo admitir, em razão do acesso à Justiça, a diminuição do patrimônio daquele que obteve o provimento jurisdicional favorável.

Além do mais, aquele que, ao fim da demanda, não obtém êxito, seja ele autor ou réu, impõe à outra parte um ônus, vislumbrando-se violação a um dever jurídico a todos imposto, o de não causar dano a outrem, seja o dano decorrente de ato ilícito ou não.

Portanto, o dever de indenizar decorre da violação desta obrigação originária, de não causar dano a outrem, que se aplica não só no dia-a-dia da vida em sociedade, mas também quando há a necessidade de se buscar a tutela jurisdicional.

Assim sendo, quando há, por qualquer motivo, o descumprimento da obrigação de não causar dano, nasce uma obrigação derivada, que é a de indenizar, presente nos artigos 186 e 927 do Código Civil, uma vez que se mostraram presentes os requisitos da responsabilidade civil.

Ademais, o Código Civil determina em seus artigos 389, 395 e 404 do Código Civil que, além da obrigação, são devidos os honorários de advogado, objetivando a integral reparação do dano, evitando que haja diminuição patrimonial do detentor do direito.

A jurisprudência, por sua vez, não se encontra pacificada, havendo posicionamento entendendo pela indenizabilidade dos gastos com advogado e entendimento contrário.

No entanto, conclui-se, juntamente com parte dos julgadores, que decorre do processo judicial um ônus à parte que obteve o provimento jurisdicional favorável, não se podendo deixar tal despesa irresarcida, sob pena de a reparação do dano não ser integral, implicando em diminuição patrimonial, uma vez que o direito obtido no processo seria sempre diminuído em razão do pagamento dos honorários advocatícios contratuais, violando diretamente o direito à propriedade e o objetivo do acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 1988 – texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com emendas de n. 1 a 70, de 2012, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1994. – 32.ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2012.

_____. LEI Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU 11.1.2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. *Honorários Advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Judith Martins. *Os fundamentos da responsabilidade civil*. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 93, ano 15, out. 1991.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. *Artigo Fato Jurídico*, disponível em <http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessions572.pdf>, acessado em 01/08/2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUARTE, Clarisse Seixas. *Direito Público Subjetivo e Políticas Públicas Educacionais*, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf>, p. 113, acessado 10/06/2012.

FIUZA, César. *Direito Civil – Curso Completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito civil brasileiro: parte geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEMOS, Paula M. F. de. *Ato ilícito e reparação por dano*. Disponível em http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo1.pdf, acessado em 22 de junho de 2012.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. V. 2. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do Princípio da reparação integral*. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29275.pdf/rev630304Artigo944CProblemaMitigacaoPrincipioReparacaoIntegral.pdf>, acessado em 22 de junho de 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf, acessado em 07 de agosto de 2011.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEPOMUCENO, Paulo Polly. *A integral reparação do dano*. Rio de Janeiro: Rio, 1969.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ONÓFRIO, Fernando Jacques. *Manual de Honorários Advocatícios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999, tomo I.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. V. 2. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. *Curso de Direito Civil*. V. 1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Do Descumprimento das Obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1999.