

Honorários de sucumbência e efetividade do processo.

Erick Magalhães Santos¹

Resumo: A efetividade do processo é, hoje, não apenas preocupação central dos estudiosos do direito, mas anseio social. Assim, o presente artigo estuda como um dos mais tradicionais institutos do direito processual, os honorários de sucumbência, relaciona-se a concretização dos fins do processo. Em seguida, observa-se a consequência dessa relação em três aspectos da disciplina dos honorários: a fixação de seu valor, a titularidade da verba e a existência de processos sem condenação em honorários.

Palavras-chave: efetividade do processo; honorários de sucumbência; valor dos honorários; titularidade; exclusão da verba

Abstract: The effectiveness of the process is now not only the central concern of legal academics, but social desire. Thus, this paper explores how one of the most traditional institutes of procedural law, the burden of payment of the prevailing party's legal attorney's fees, is related to the achievement of the purposes of the process. Then is observed the consequence of this relationship in three aspects of the discipline of fees: the fixing of its value, the ownership of money and the existence of procedures without a conviction in fees.

Keywords: effectiveness of the process; legal fees; amount of legal fees, ownership; procedures without fees.

Sumário: **1** Introdução – 2; **2** Efetividade do processo – 2; **2.1.** Escopo jurídico do processo – 3; **2.2** Escopo social e político do processo – 4; **2.3** A efetividade do processo na teoria dos direitos fundamentais – 6; **2.3.1** A efetividade do processo e o dever de proteção – 7; **2.3.2** A efetividade do processo como norma-princípio - 8 **3.** Honorários de sucumbência – 9; **3.1** Sistemas de distribuição do custo do processo – 10; **3.2** A distribuição dos custos do processo no Brasil – 12; **3.3** Natureza jurídica dos honorários de sucumbência – 13; **4** Honorários de sucumbência e efetividade do processo – 15; **4.1** Valor da condenação em honorários de sucumbência – 19; **4.2** A atribuição de titularidade dos honorários ao advogado – 22; **4.2.1** A inconstitucionalidade da atribuição dos honorários ao advogado como regra absoluta – 23; **4.3** Processos sem condenação em honorários – 26; **5** Conclusão – 28; Referências - 29

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Salvador - UNIFACS.

1 INTRODUÇÃO

A busca pela efetividade é preocupação central no processo moderno, uma vez superada a chamada fase autonomista que, a despeito do desenvolvimento científico que proporcionou, colocou em plano secundário a preocupação com a tutela de direitos. No Brasil, a questão mostra-se ainda mais incisiva, por conta dos problemas estruturais do Poder Judiciário.

Desse modo, passa-se a valorizar o processo em uma perspectiva de instrumento para a realização de determinados fins, dentre eles e com especial importância, a concretização do direito material. Com o aprofundamento dos estudos constitucionais do processo, a efetividade do processo passa a ser encarada como direito fundamental dos jurisdicionados.

Considerando-se, desse modo, que no sistema processual brasileiro (artigo 20 do Código de Processo Civil – CPC), a regra no processo civil é a imposição dos custos ao litigante que sucumbe, é indispensável que os honorários de sucumbência sejam estudados sob a ótica do princípio da efetividade do processo.

Isto é, é preciso compreender como o tratamento do custo financeiro do processo, mais especificamente dos honorários de advogado, insere-se como instrumento na realização dos fins do processo. Ou seja, saber se a condenação em honorários contribui, ou mesmo, é imprescindível para a realização do princípio da efetividade, ou se, ao contrário, essa condenação constitui-se como barreira para o acesso à justiça.

Três questões práticas têm sua solução condicionada à compreensão acerca dessa relação honorários-efetividade, quais sejam, a constitucionalidade do artigo 21 do Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906 de 1994 que confere a titularidade da verba ao advogado; a possibilidade de exclusão da verba em alguns procedimentos, como tem feito o legislador; e o valor que deve ser arbitrado a título de honorários.

2 EFETIVIDADE E FUNÇÕES DO PROCESSO

A eficácia que interessa aqui não diz respeito à simples produção de efeitos jurídicos, mas a eficácia social do direito ou sua efetividade, que consiste na concretização do

fim almejado pela norma no mundo dos fatos, com a aproximação do dever-ser normativo e o ser da realidade social² (BARROSO, 2009, p. 82).

O reconhecimento desse fato permite visualizar a relevância da questão. A efetividade do processo, todavia, por dizer respeito à produção de efeitos práticos, só pode ser melhor compreendida e dimensionada com a verificação de quais são as alterações no mundo dos fatos a que se propõe o processo, isto é, qual a sua função ou funções. Assim, por exemplo, é que se fala em efetividade da Constituição, dos direitos fundamentais, do ordenamento jurídico e do processo.

Não é pacífico o entendimento acerca da função do processo. Para Giuseppe Chiovenda, o fim do processo era, apenas, a atuação da vontade concreta da lei (1998, p. 57-69), ao passo em que Francesco Carnelutti acrescentou uma função pacificadora (2000a, p. 370-373).

Mas Cândido Rangel Dinamarco fez uma proposta mais ampla acerca das funções do processo, enxergando a existência de três escopos diretamente ligados com as funções da jurisdição, quais sejam, social, político e jurídico (2008, p. 188-191, 246-250). Desse modo, sem qualquer compromisso com a posição defendida, partir-se-á do esboço da proposta de Cândido Rangel Dinamarco.

2.1. ESCOPO JURÍDICO DO PROCESSO

Giuseppe Chiovenda tinha uma concepção exclusivamente jurídica acerca das finalidades do processo, sintetizando-a na famosa máxima segundo a qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente a quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (1998, p. 67).

Já Cândido Rangel Dinamarco, após criticar a visão do sistema processual como fim em si mesmo, sustenta existir uma relação dúplice entre direito e processo, de modo que esse está a serviço de uma ordem exterior, o próprio ordenamento jurídico. Nessa linha, o autor acaba aproximando-se da concepção chiovendiana identificando o escopo jurídico do processo como a atuação da vontade concreta do direito, seja de forma direta no processo

² “A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta conforme à norma, se verificar no mundo dos fatos. A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto da sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2009, p. 82)

executivo e nas sentenças constitutivas, ou de modo indireto ou preparatório nos provimentos meramente declaratórios, condenatórios e cautelares. Isso fica ainda mais evidente com a rejeição da tutela de direitos como escopo do processo (DINAMARCO, 2008, p. 180). Em outra passagem da obra não deixa de se render à famosa máxima chiovendiana³ (2008, p. 352).

Surge, assim, a preocupação com um processo que seja apto a tutelar direitos e outras posições jurídicas de vantagens. Essa ruptura é significativa, já que, como salientou Luiz Guilherme Marinoni, “a expressão ‘tutela jurisdicional dos direitos’ [...] até bem pouco tempo [...] poderia significar compromisso com o imanentismo” (2008, p. 27). O autor busca fundamento para tanto no compromisso que teria assumido o Estado ao proibir a autotutela, de modo que o processo deve produzir o mesmo resultado daquele a que se chegaria se não fosse vedado o agir privado (2008, p. 23, 24). Acrescenta à famosa máxima chiovendiana o fator tempo como integrante do ideal de efetividade⁴ (2008, p. 22).

Também José Roberto dos Santos Bedaque, com esse mesmo fundamento da proibição da autotutela, sustenta que o processo é o meio de o Estado assegurar a inviolabilidade dos direitos colocados à disposição dos interessados. Desse modo, afirma que todos os fenômenos processuais devem ser concebidos em razão dos direitos materiais, sem negar que a pacificação também é fim do processo. (2009, p. 20).

A bem da verdade, a exigência da celeridade já se encontra implícita na noção de tutela, porquanto quanto maior a demora, maior a possibilidade da parte a quem assiste razão continuar sofrendo a violação e os efeitos gerados pelo processo serão mais distantes do que aconteceria com a espontânea obediência às normas jurídicas⁵.

Nesses termos, compreender a tutela de direitos como função do processo nada mais é do que visualizar, por um ângulo subjetivo, a atuação concreta do direito, o que foi compreendido pelo próprio Giuseppe Chiovenda quando afirmou que o processo deve dar a quem tem um direito, tudo aquilo que ele tenha direito de conseguir. Nessa senda, a questão terminológica não é a mais relevante; quer se chame isso de tutela, de atuação em prol de quem tem razão ou de qualquer outro nome, o que importa é notar que o processo tem um dever de proteger a situação jurídica da parte a quem assiste razão, o que não é, apenas,

³ Em nota de rodapé após a citação de Giuseppe Chiovenda, afirma “aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de *alterar o mundo*, ou seja, de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa.” (DINAMARCO, 2008, p. 251 – grifos no original).

⁴ Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira sintetiza um programa básico em prol da efetividade, segundo o qual o resultado do processo deve assegurar o gozo pleno daquilo a que faz jus o titular do direito, com o menor gasto possível de tempo e energias (1984, p. 27).

⁵ Nesse sentido, Delosmar Mendonça Júnior (2001, p. 74).

objetivo da parte, como sustentou Giuseppe Chiovenda, mas do próprio Estado por consistir em concretização do Direito.

2.2 ESCOPO SOCIAL E POLÍTICO DO PROCESSO

Com sua proposta exclusivamente jurídica, Giuseppe Chiovenda negou a existência de um escopo social do processo, com o raciocínio segundo o qual se trata de objetivo apenas indireto do processo, porquanto dependente da realização do escopo jurídico. (1998, p. 66)

Por outro lado, Francesco Carnelutti entendeu que o ordenamento processual está dirigido à composição do litígio, que não é fim em si mesmo, mas “meio para a proveitosa convivência social”. Para tanto, a composição precisar ser feita com justiça⁶ (2000a, p. 371). Já Cândido Rangel Dinamarco usa o plural para falar em escopos sociais do processo, os quais seriam a pacificação com justiça e a educação. (2008, p. 188 - 193).

Contudo, o alerta feito por Giuseppe Chiovenda, com a distinção entre escopos mediatos e imediatos, parece pertinente. As conclusões a que se chegará com o estudo dos escopos indiretos ou serão as mesmas do estudo da análise do escopo jurídico ou não dirão respeito ao direito processual, havendo o risco de diagnosticar como processual problema relacionado às normas de direito material. Desse modo, centrar o estudo da efetividade do processo em seus escopos diretos, além de mais fácil, é de maior confiabilidade científica.

Pois bem. O modo como o processo é estruturado não permite, em regra, sua instauração para a imposição das normas jurídicas a qualquer custo, mas exige a iniciativa de um interessado (inércia jurisdicional) em face da resistência de outro (interesse de agir). O processo pressupõe, como regra, um conflito⁷. É, pois, estruturado para pôr termo a conflitos no sentido de torná-los juridicamente irrelevantes, o que se dá com a imunização das decisões, que confere segurança jurídica aos envolvidos. (DINAMARCO, 2008, p. 188 - 191). Assim é que se pode dizer que a pacificação é um escopo primário do processo, na medida em que não

⁶ Para o autor, “a composição será justa quando for conforme à regra que no processo se tende a aplicar e, por isso, conforme os casos, quando seja conforme ao Direito ou à equidade.” (2000a, p. 372).

⁷ Uma das condições da ação é o interesse de agir, que tem como um de seus aspectos a necessidade do pronunciamento judicial. Essa normalmente decorre das situações em que não há cumprimento espontâneo de uma pretensão. Em algumas situações, porém, por disposição legal o estado ou bem da vida que se pretende só pode ser obtido com a atuação do Poder Judiciário, mesmo que não haja conflito, como, por exemplo, em processos de interdição e em boa parte das hipóteses de jurisdição voluntária (DIDIER JÚNIOR, 2011).

interessa apenas a efetivação do ordenamento jurídico e tutela de direitos, mas fazê-lo de modo a pôr fim ao conflito originário.

Para além da função pacificadora, Cândido Rangel Dinamarco vislumbra ainda um segundo escopo social, qual seja, a educação dos membros da sociedade quanto a seus direitos e deveres, tornando os cidadãos mais zelosos de seus direitos e respeitador dos alheios (2008, p. 191- 193). Contudo, parece tratar-se de escopo apenas secundário ou indireto porque o processo não se inicia com a finalidade de educar alguém, embora a técnica processual possa utilizar de medidas aptas a otimizar a capacidade educativa do processo.

Cândido Rangel Dinamarco fala ainda em escopos políticos do processo, na medida em que afirma a capacidade estatal de decisão, concretiza o valor liberdade e permite a participação democrática (2008, p. 198, 199). Na linha das premissas adotadas, todavia, tratam-se de escopos indiretos do processo, porquanto dependentes da realização de suas outras finalidades, em especial o escopo jurídico.

Na perspectiva proposta, pode-se afirmar que o processo tem um escopo jurídico, traduzido na efetivação do ordenamento jurídico, numa ótica objetiva, ou na tutela da posição jurídica da parte que tem razão, numa ótica subjetiva; e um escopo social consistente na pacificação no sentido de tornar o conflito juridicamente irrelevante. Dessa forma, a efetividade se dará na medida em que se consiga atingir a tais objetivos.

2.3 A EFETIVIDADE DO PROCESSO NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A previsão de proteção aos direitos fundamentais é integrante do conceito de constituição, em sentido material (BONAVIDES, 2011, p. 80). Há quem entenda que a fundamentalidade de tais direitos decorra simplesmente de qualificação pelo direito positivo⁸, ao passo em que outros são mais cuidadosos na fixação de critérios para tanto, exigindo que guardem, ao menos em regra, vinculação com a liberdade e a dignidade humana⁹.

Por qualquer desses dois ângulos, a efetividade do processo é direito fundamental. Formalmente por se tratar de norma constitucional implícita, decorrente da garantia fundamental do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88) e do direito de ação (art. 5º, XXXV da CF/88). A bem da verdade, embora não haja um dispositivo na

⁸ Nesse sentido, Konrad Hesse (1998, p. 225).

⁹ Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, pp. 236, 237) e Paulo Bonavides (2011, p. 562).

Constituição de 1988 que traga a efetividade do processo em sua redação, trata-se de princípio jurídico visualizável com grande nitidez.

2.3.1 A efetividade do processo e o dever de proteção

Os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, como direitos subjetivos e normas objetivas. Aquela diz respeito à proteção de posições individuais e é nessa perspectiva que se concebe o direito fundamental como um direito subjetivo titularizado por determinado indivíduo. Em outra perspectiva, possuem uma dimensão objetiva, na qual os direitos fundamentais passam a ser compreendidos com opções valorativas de natureza constitucional, que albergam valores comunitários. Daí se dizer que são direitos transindividuais (SARLET, 2007, p. 166).

Mas a consequência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que mais interessa neste momento diz respeito à necessidade de o Estado atuar na proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, é que Robert Alexy refere-se a direitos procedimentais que consistem na existência de um sistema de regras e princípios destinados à realização de direitos fundamentais. Um dos grupos de direitos procedimentais a que o autor se refere é o dos procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito).

O processo judicial, assim, serve à produção de decisões em conformidade com a lei, sendo necessário para a proteção dos direitos fundamentais, porquanto embora não garantam totalmente o seu resultado aumentam a probabilidade de sua realização (2008, p. 473 – 499).

Há, pois, uma relação de interdependência entre direitos fundamentais e procedimento, na medida em que a fruição de diversos direitos fundamentais quando não é completamente dependente das esferas organizacional e procedimental, perde em efetividade na ausência desses (SARLET, 2010, p. 345). Daí porque já se disse, acertadamente, que “o direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade do ordenamento jurídico” (MARINONI, 2003, p. 303).

Nesse contexto, ganha realce a função de inibir a atuação de potenciais violadores de direitos, que passam a considerar a existência de um instrumento capaz de corrigir a situação, imputando-lhe encargos pela conduta ilícita. E esse caráter preventivo do processo efetivo é suficiente para impedir que o processo se torne vítima de sua efetividade, com o excessivo aumento da demanda que, inevitavelmente, diminui a qualidade do serviço.

2.3.2 A efetividade do processo como norma-princípio

Ainda hoje, a definição de princípio jurídico é alvo de fortes controvérsias. A distinção tradicional é quantitativa: princípios são dotados de alto grau de generalidade e abstração e, por isso, exigem maior subjetividade do aplicador, ao passo em que as regras teriam baixo grau dessas características (ÁVILA, 2009, p. 84).

Robert Alexy rejeita tal proposta por entender que a distinção entre tais espécies normativas é qualitativa, consistindo a diferença no modo de aplicação. Princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus, ao passo em que as regras conteriam determinações que ou são satisfeitas ou não¹⁰ (2010, p. 90, 91).

Humberto Ávila, por sua vez, toma como principal critério¹¹ o modo de prescrição das normas, sustentando serem as regras descritivas, prevendo a conduta a ser adotada e os princípios seriam finalísticos¹².

Em qualquer das propostas, a efetividade processual tem natureza de princípio. Para a classificação de Robert Alexy, a efetividade do processo teria natureza principiológica, tendo em vista sua satisfação ocorrer em diversos graus, dependendo de aspectos fáticos (estrutura do Poder Judiciário) e jurídicos (normas processuais e materiais). Já na visão finalística, seria levado em conta sua preocupação com a realização dos fins a que se destina o processo, quais sejam, concretização do direito material e pacificação (*supra* 2.1 e 2.2).

O processo será, pois, tão mais efetivo quanto maior a otimização de seu escopo jurídico e da pacificação como resultado final. Logo, numa análise exclusivamente do princípio da efetividade processual, devem ser removidos todos os obstáculos à efetivação dos escopos do processo, sejam fáticos ou jurídicos.

Embora existam obstáculos fáticos, muitos dos quais dependentes da utilização de recursos públicos para sua superação¹³, é no campo das limitações jurídicas à

¹⁰ Em sentido parecido, Ronald Dworkin, para quem a distinção entre princípios e regras é de natureza lógica. Ambos estabeleceriam decisões particulares a respeito de obrigações jurídicas, mas as regras oferecem orientação aplicável “à maneira do tudo-ou-nada”, ao passo em que os princípios não apresentariam consequências jurídicas automáticas, mas apontam em determinada direção. Ao contrário das regras, os princípios possuiriam, também, a dimensão de peso ou importância (2002, p. 39 – 42).

¹¹ O autor considera inconsistente o uso do modo de aplicação como critério de distinção, na medida em que se trata de algo que só ao final pode ser percebido além do que sustenta que a ponderação seria necessária para a aplicação de qualquer norma (ÁVILA, 2009, p. 66).

¹² O autor acrescenta, ainda, outros dois critérios, que parecem decorrer dessa característica, quais sejam, a justificativa exigida e a contribuição para a decisão (2009, p. 71-79).. Nessa linha, inclui uma terceira espécie normativa: os postulados, que são normas de segundo grau por direcionarem-se à aplicação de outras normas. (2009, p. 124).

efetividade que a questão se apresenta com ainda maior complexidade. Isso porque diversas normas podem inibir a efetividade processual, chamando a atenção aquelas que estabelecem garantias processuais.

Apesar da existência de um direito fundamental ao processo efetivo, na medida em que o processo se dá por atuação do Estado, com a participação de indivíduos que, não raro, expõem significativamente suas vidas e podem sofrer consequências extremamente gravosas do resultado do julgamento, o próprio processo é capaz de violar direitos. A bem da verdade, a efetividade do processo é apenas uma das garantias a que faz jus o jurisdicionado, devendo ser conciliada com as demais que, em grande parte, são decorrentes dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Há quem diga que essa perspectiva de estudo do direito fundamental à luz da Constituição, com especial relevo aos direitos fundamentais, inaugura nova fase pós instrumentalista no estudo do direito processual, que vem sendo identificada como neoprocessualista, com o fito de evidenciar a influência do neoconstitucionalismo sobre esse que seria um novo momento das ciências processuais¹⁴. Seja como for, o fato é que se reconheceu a necessidade de “conciliar a instrumentalidade do processo, ampliada na perspectiva dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXV e LXXVIII), com o garantismo”¹⁵.

3 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Em quase todo processo civil há condenação em honorários de sucumbência. Esse fato, por si só, já demonstra a importância do instituto e a necessidade de ser visto em harmonia com o princípio da efetividade do processo. Assim é que é fundamental o estudo dos honorários de sucumbência a fim de compreender como esse instituto influencia, seja otimizando seja dificultando, a promoção dos fins a que o processo destina-se. Iniciar-se-á essa incursão com o desenrolar histórico do instituto.

¹³ Esse aspecto recebe ampla preocupação da doutrina. Ingo Wolfgang Sarlet explica que a relevância econômica de alguns direitos, notadamente os de conteúdo prestacional, conduziu à colocação dos direitos sociais à “reserva do possível” que, na concepção do autor, envolve a disponibilidade fática e jurídica dos recursos e a razoabilidade da pretensão, de modo que a reserva do possível acaba por implicar limites à satisfação dos direitos fundamentais (2007, p. 301-305).

¹⁴ Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2010) e Eduardo Cambi (2006).

¹⁵ Para o autor, trata-se do “grande desafio do neoprocessualismo, imposto pela constitucionalização das garantias processuais fundamentais” (CAMBI, 2006).

3.1 SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO DO CUSTO DO PROCESSO

Nos primeiros séculos do direito romano, o custo do processo era ínfimo, o que explica a ausência de qualquer preocupação com o custo do processo (CHIOVENDA, 1928, p. 36-37). Por outro lado, já no período das *legis actiones* a parte sucumbente poderia suportar consequências de índole patrimonial, com natureza de pena. No período formular surgem diversas penas para a parte vencida com diferentes funções, algumas decorrentes da simples derrota em juízo. A grande distinção dessas penas daquelas do período anterior é que eram destinadas à parte contrária. Assim é que, surge a noção de indenizar os danos decorrentes do processo (CHIOVENDA, 1928, p. 51 - 53). Gradualmente o intuito de castigar a sucumbência perde força e os casos, inicialmente excepcionais, de restituição dos custos sem necessidade de má-fé caminharam no sentido de tornarem-se a regra, chegando-se à enunciação do princípio absoluto e incondicionado da condenação do vencido ao pagamento de custas¹⁶. (CHIOVENDA, 1928, p. 51-53, 90 - 121).

Na Idade Média, a disciplina acerca dos custos do processo oscilou bastante, de modo que, ao final, voltou-se à exigência da má-fé como requisito para a imposição dos custos do processo ao sucumbente (CHIOVENDA, 1928, p. 182). Nesse contexto, na Alemanha, Adolfo Weber entendeu pela necessidade de ressarcimento dos danos causados por qualquer fato injusto (CHIOVENDA, 1928, p. 192-193). Em reação a essa concepção, Hennemann partiu em defesa da limitação da condenação em custas à existência de má por parte do sucumbente. Sustentou a inaplicabilidade da lei Aquília às custas judiciais e diferenciou o direito real e substantivo daquele criado pela sentença, sendo que as despesas decorreriam da não evidência do direito do vencedor. (CHIOVENDA, 1928, p. 193-194). Houve quem acompanhasse Hennemann e quem propusesse teorias intermediárias, mas a teoria do ressarcimento, entretanto, foi adotada pela doutrina e legislação alemã e, em seguida, por outras legislações, pondo fim ao longo período de prevalência da teoria da pena (CHIOVENDA, 1928, p. 194-195).

¹⁶ Giuseppe Chiovenda informa que essa conclusão não é consensual na doutrina. Sustenta que são equivocadas as conclusões a que chegaram outros autores porque os intérpretes não examinaram todos os textos que tratam da matéria, nem tampouco atentaram para seu contexto e valor cronológico. Assim, alguns tomaram por base exclusivamente os textos que condicionam a condenação em custas à temeridade, ao passo em que outros somente se ocuparam dos textos em que a condenação é incondicionada. Waldner chegou, mesmo, a construir uma teoria com independência dos textos, antepondo-se uma visão preconcebida (1928, p. 122-125).

Mas o alto grau de desenvolvimento científico fez com que fosse rapidamente superada. Giuseppe Chiovenda considerava correto o resultado a que chegou essa teoria, mas erradas suas premissas. Nessa linha, sustenta que a característica principal do direito moderno, com a qual rompe com o direito medieval, é a de condicionar a condenação em custas, exclusivamente, à sucumbência. Entende, contudo, que a questão deve ser situada na perspectiva de que os direitos não são abstrações, mas são absolutos e certos e não nascem da decisão judicial que apenas lhe reconhece. Assim não podem ter um valor diferente caso seu exercício seja pacífico ou contencioso, tendo em vista que, desse modo, nenhum direito teria valor certo, mas dependeria da vontade de quem tem a obrigação de respeitá-lo. Do contrário, casos haveria em que a diminuição seria substancial ou, mesmo, causaria o próprio desaparecimento do direito (1928, p. 217–233).

O próprio Giuseppe Chiovenda percebeu a inadequação da teoria da sucumbência para algumas situações¹⁷ (CHIOVENDA, 1928, p. 316-405). Assim é preciso verificar quais razões levaram à adoção da sucumbência como critério para distribuição dos custos do processo. É que, ao final, o processo revela que uma das partes, a sucumbente, demandou ou ofereceu resistência sem amparo jurídico, impondo uma conduta à parte contrária, seja a necessidade de recorrer ao Judiciário para proteção de seus direitos ante uma situação de resistência ilegítima, seja o ônus de participar no processo para defender-se de uma pretensão injusta (embora o réu revel possa ser vitorioso, sua participação no processo aumenta as chances de o resultado favorecer a proteção de seus direitos).

Assim, a eleição da sucumbência como critério para distribuição das despesas processuais não decorre de qualquer significado inerente a esse fato processual¹⁸, mas a essa relação de causalidade *revelada* pela sucumbência¹⁹. Esse nexos existe independentemente da

¹⁷ São os casos dos processos sem sucumbência e as despesas decorrentes de conduta culposa de uma das partes e processos de jurisdição voluntária, nos quais vige o princípio do interesse.

¹⁸ Bruno Lopes, com amparo em Pajardi, alerta que “no plano técnico, a sucumbência é um fato, não um princípio, e como fato” não pode excepcionar o princípio da causalidade. A rigor, parece que nem mesmo a causalidade tem elementos característicos da espécie normativa dos princípios (supra 2.3.2).

¹⁹ Francesco Carnelutti é identificado como sendo quem primeiro concebeu a causalidade como princípio e a sucumbência como mero indício, muito embora seja corrente na doutrina que não obstante a afirmação do princípio incondicionado da sucumbência, era clara a inspiração causal na proposta do próprio Giuseppe Chiovenda (LOPES, 2008, p. 38). Para o autor, “a raiz da responsabilidade funda-se, pois, na relação causal entre o dano e a atividade de um homem. Tal relação causal é revelada por alguns índices, dos quais o primeiro é o vencimento como fundamento da responsabilidade pelas custas do processo. Se o vencido deve suportá-las, isso acontece porque o vencimento demonstra que ele foi causa do processo. Mas o princípio da causalidade é mais amplo que o do vencimento, já que este é apenas um dos índices da causalidade. Outros índices são a contumácia, a renúncia ao processo e, além disso, a nulidade do ato ao qual a despesa se refere [...] Que o vencimento quanto às custas seja logo um indício do nexos causal entre a atividade da parte e a do processo, está bem claro: quando o órgão judicial tutela o interesse contrário ao interesse do vencido, quer dizer que teria de abster-se da conduta que provocou o processo e que, da mesma forma, deu lugar à despesa provocada para o seu desenvolvimento.” (2000b, p. 161-162)

consciência da parte quanto a qual das posições é efetivamente amparada pelo Direito, tendo em vista a opção pela responsabilidade objetiva desde a adoção da regra da sucumbência. A sucumbência é, desse modo, um indício que aponta para a parte que deu causa ao processo, na medida em que permite a identificação do nexo de causalidade nesse peculiar caso de responsabilidade civil processual. É forte e suficiente para a maioria dos casos, já que normalmente dá causa quem não tem razão, mas não é fundamento exclusivo.

3.2 A DISTRIBUIÇÃO DOS CUSTOS DO PROCESSO NO BRASIL

O Código de Processo Civil de 1937 adotou a teoria da sucumbência em relação às despesas do processo²⁰, com exceção dos honorários de advogado cuja condenação foi limitada à atuação temerária no processo (artigo 63). Havia, também, outra possibilidade de condenação em honorários de advogado, mas dirigida exclusivamente à parte ré, quando tivesse provocado o ajuizamento da ação por dolo ou culpa, contratual ou extracontratual – artigo 64 (CAHALI, 1997, p. 48).

Contudo, o sistema de responsabilização em custas adotado pelo legislador não atendia aos anseios da comunidade jurídica, que, inclusive, tendia a interpretar as hipóteses de condenação do sucumbente com maior amplitude possível. Assim foi que, em 1965, foi editada a Lei nº 4.632 que adotou expressamente o princípio da sucumbência (CAHALI, 1997, p. 48, 49).

Com o advento do novo Código de Processo Civil, em 1973, a matéria foi melhor disciplinada, com a reafirmação da regra da sucumbência e correção das antinomias ocasionadas pela modificação legislativa em apenas um artigo do Código anterior.

A despeito da referência legal exclusivamente à sucumbência como critério para identificação da parte sobre a qual recai a obrigação de restituição das custas e honorários de sucumbência, a doutrina tem-se inclinado no sentido de que o direito brasileiro adotou a teoria da causalidade²¹. Isso em razão da insuficiência do critério da sucumbência,

²⁰ “No direito lusitano e no brasileiro, o fundamento da condenação nas despesas realizadas em virtude da relação jurídica processual nunca teve cunho penitencial, nem, com maior razão, penal; já recebemos, de herança, a teoria objetiva, com o que não chegamos a praticar os modelos que se referiam ao dolo ou à culpa como fundamento da condenação nos gastos efetivados em razão do processo, salvo a condenação em honorários advocatícios e os casos de abuso do direito no sistema processual ab-rogado.” (MITIDIERO, 2004, p. 201-202).

²¹ Nesse sentido, Bruno Lopes (2008, p. 44 – 49), Yussef Said Cahali (1997, p. 51), Leonardo José Carneiro Cunha Cunha (2005, p. 88 – 90) e Nelson Nery e Rosa Nery (2010, p. 235-236).

que é apenas indício do nexo de causalidade²² (LOPES, 2008, p. 45). Já no que diz respeito aos processos de jurisdição voluntária, o Código adotou o princípio do interesse, determinando que “as despesas serão adiantadas pelo requerente, mas rateadas entre os interessados” (artigo 24).

3.3 NATUREZA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Bruno Lopes identifica quatro facetas da natureza jurídica²³ dos honorários de sucumbência: a) elemento do custo do processo; b) instituto de direito processual material; c) sanção processual; d) remuneração devida ao advogado (2008, p. 6 –24). Toma-se esses quatro aspectos para a análise.

Como elemento do custo do processo, fala-se em custos do processo em sentido estrito, referentes apenas às despesas necessárias para as atividades do processo, e em sentido amplo, para abranger toda e qualquer despesa de algum modo decorrente do processo, incluindo-se o lucro cessante decorrente das atividades que a parte deixa de fazer em razão do processo (CARNELUTTI, 2000b, p. 151). Apenas os custos em sentido estrito são reembolsáveis pela parte que deu causa ao processo àquele que o adiantou e se divide em despesas processuais e honorários de sucumbência (art. 20 do CPC). Assim, ao passo em que os honorários contratuais apenas fazem parte do custo do processo em sentido amplo, a verba devida pela sucumbência integra o custo do processo em sentido estrito.

Quanto à natureza de instituto de direito processual material, é preciso atentar para o fato de que, após a consolidação da distinção entre direito processual e direito material²⁴, percebeu-se que algumas normas ostentam uma natureza híbrida, por repercutir diretamente fora do processo e na vida das pessoas, mas também são objetos das técnicas do processo e dele dependentes²⁵. Nesse contexto, os honorários de sucumbência possuem clara

²²Yussef Said Cahali afirma que mesmo no sistema anterior ao Código de 1973 a jurisprudência já aplicava, implicitamente o princípio da causalidade (1997, p. 59-60). Atualmente, entretanto, a referência ao princípio é explícita. Tome-se como exemplo o seguinte julgado: AgRg no Ag 1153100/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 24/05/2011.

²³ Maria Helena Diniz conceitua a natureza jurídica como a "afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação" (2004, p. 30).

²⁴ O direito material estabelece critérios para atribuição de bens da vida aos indivíduos, ao passo em que o direito processual cuida da organização da técnica de solução de conflitos, o processo (DINAMARCO, 2009, p. 43).

²⁵ Nesse sentido, Giuseppe Chiovenda (1998, p. 98) e Cândido Rangel Dinamarco, para quem são normas processuais substanciais “as que outorgam ao sujeito certas situações exteriores ao processo e que nele repercutirão de algum modo se vier a ser instaurado. São processuais puras, ou processuais formais, as que operam exclusivamente pelo lado interno do processo e nele exaurem sua eficácia, disciplinando os atos e

natureza de instituto de direito processual material, tendo em vista que, de um lado, é dependente do processo e está essencialmente ligado à prestação da tutela integral e, de outro, tem consequências patrimoniais sobre a vida da parte condenada e do titular do crédito (LOPES, 2008, p. 9-10). De modo geral, a doutrina insere os honorários de sucumbência no objeto do processo e, portanto, em seu mérito²⁶, mesmo que não seja formulado pedido nesse sentido pela parte, já que haveria pedido implícito de condenação da parte contrária em honorários de sucumbência²⁷, o que significaria que em toda demanda em que não haja exclusão das verbas honorárias, haveria cumulação de pedidos²⁸. José Joaquim Calmon de Passos criticou essa posição, sob o argumento de não há fundamento jurídico para o pedido de honorários quando ajuizada a ação (1973, p. 28). Nessa mesma linha, Bruno Lopes (LOPES, 2008, p. 11 –20).

Bruno Lopes acrescenta, ainda, o aspecto de remuneração do advogado na natureza jurídica dos honorários, o que adverte, porém, que isso não lhe retira a natureza indenizatória (2008, p. 20-24). É importante assinalar que a natureza indenizatória que lhe acompanha em seu desenvolvimento histórico, tendo sido reforçado com a teoria do ressarcimento, sem ter sido abandonado pelas teorias da sucumbência e da causalidade, ao passo em que a natureza remuneratória decorre, no direito brasileiro, de disposição legislativa mais recente e alvo de muitas polêmicas. Dada sua relação com o tema deste artigo, será abordada mais adiante (*infra* 4.2).

4 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO

A relação da condenação em honorários com o escopo jurídico do processo é clara, em razão do marco representado pela formulação do princípio da sucumbência por Giuseppe Chiovenda no desenvolvimento histórico dessa matéria. A premissa da concepção chiovendiana de que o processo não pode causar a diminuição de direito, de tal modo que seu valor nominal seja diferente de seu valor real (1928, p. 230-231) decorre de sua visão acerca

relações inerentes ao processo e não lançando efeitos diretos pelo lado externo, ou seja, sobre a vida das pessoas”. (2009, p. 46- 47)

²⁶ Tradicionalmente o objeto do processo tem sido identificado como o pedido do autor. Atentando para a origem terminológica, Sidney Sanches distinguiu o objeto do processo, que é toda matéria cognoscível pelo juiz, “objeto” de seu conhecimento, de objeto litigioso do processo que, aqui sim, ficaria limitado ao pedido formulado, que é o mérito do processo (1979). Em sentido diverso, Cândido Rangel Dinamarco distingue o objeto do processo, a pretensão processual, do objeto do conhecimento do julgador, sendo que tal pretensão deduzida em juízo é o *meritum causae* (2002, p. 51, 67). Como se percebe, a questão é, apenas, terminológica, na medida em que ambos reconhecem e distinguem as duas categorias de objeto processual.

²⁷ Nesse sentido, Yussef Said Cahali (1997, p. 102 – 104).

²⁸ Com esse entendimento, Cândido Rangel Dinamarco. O autor critica a expressão “pedidos implícitos”, tratando-se de ampliação do objeto decorrente da lei. (2002, p. 66). Também Fredie Didier Júnior (2005, p. 66).

da finalidade do processo, qual seja, a de assegurar “a quem tenha um direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tenha direito de conseguir” (1998, p. 67). Isso é reforçado pela teoria da causalidade, quando evidencia o nexo entre a conduta de uma das partes e a diminuição de direito operada pelo processo.

A moderna compreensão da efetividade do processo não se afasta, e nem poderia, da famosa máxima chiovendiana de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo a que ele tem direito, que, aliás, é tomada como representativa dessa nova fase instrumentalista do direito processual²⁹. Essa compreensão, de modo algum, é abandonada nesse momento mais recente de alinhamento da instrumentalidade do processo com a preservação de direitos fundamentais que, para alguns, já caracteriza uma nova fase do direito processual. Muito pelo contrário, compreende-se também a efetividade como direito fundamental.

Ora, se a integridade do direito for preservada, mas os custos ficarem por conta daquele que precisou do processo para obter o que já era seu, quando não arcaria com custo algum, fica claro que há uma diminuição do direito protegido e, por conseguinte, o princípio da efetividade não é completamente realizado.

Em determinadas situações, notadamente naquelas em que o direito afirmado é de pequena ou nenhuma expressão econômica, os gastos com o processo podem corresponder a boa parte do valor do direito ou, mesmo, atingi-lo e superá-lo. Nessas situações fica ainda mais clara a condenação em honorários e custas da parte causadora do processo³⁰ como exigência do princípio da efetividade, pois, do contrário, o processo pode, até mesmo, atingir fim completamente diferente daquele a que se destina. Isto é, em lugar de realizar o direito de quem tem razão, o processo pode causar a diminuição do seu patrimônio, ou, o que é mais comum, em incentivo à manutenção da situação violadora de direito.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1194-4, que tinha como parte de seu objeto a regulamentação dos honorários no Estatuto da Advocacia,

²⁹ “O slogan que vem caracterizando esta moderna forma de pensar o processo é tomada em Chiovenda, pois, na perspectiva de quem afirma ter um direito a ser tutelado, nada melhor do que a lembrança de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (MARINONI, 2008, p. 28).

³⁰ Outra possibilidade de assegurar a integridade do direito daquele que não deu causa ao processo é que o próprio Estado arque com os custos dele advindos do processo, eximindo ambos os litigantes. No entanto, como assevera Cândido Rangel Dinamarco seria “discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta. Em tempos passados já se pensou nessa total gratuidade, mas prepondera universalmente a onerosidade do processo para as partes, porque a gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição” (DINAMARCO, 2004, p. 630). O legislador brasileiro, mesmo nos casos de hipossuficiência financeira da parte não a exime do pagamento de custas, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

quatro ministros do Supremo Tribunal Federal – Marco Aurélio, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa – afirmaram expressamente a matriz constitucional dos honorários de sucumbência. O ministro Marco Aurélio observou sua função de evitar a diminuição patrimonial; o ministro Gilmar Mendes relacionou a condenação em honorários com o devido processo legal substantivo; o ministro Joaquim Barbosa falou em princípio da proteção judiciária (artigo 5º, XXXV da CF/88) e no direito à propriedade.

Embora esses ministros tenham sido votos vencidos em relação à conclusão, não se pode dizer o mesmo da tese jurídica, porquanto a posição prevalecente simplesmente desconsiderou a discussão, iniciada pelo ministro Marco Aurélio, acerca da matriz constitucional dos honorários sucumbenciais. Além do mais, a correção da premissa acerca da exigência constitucional dos honorários não leva, necessariamente, à conclusão da posição vencida acerca da extensão da constitucionalidade³¹ (*infra* 4.2).

Ovídio Baptista, no entanto, teceu severas críticas à condenação em honorários da parte causadora do processo, com basicamente três argumentos: a) o litígio não decorre da conduta de uma das partes, mas da controversabilidade do direito, sendo a certeza um dado obtido pelo processo, devendo suportar o custo processual aquele que se beneficiou com a obtenção dela – o vencedor; b) não há lógica em condenar alguém pelo simples exercício de um direito (de demanda ou defesa); c) a responsabilidade objetiva na disciplina da sucumbência estimularia a litigiosidade, porquanto os litigantes “honestamente convencidos da própria vitória aceitam os riscos do processo” na esperança de que, ao final, o custo terá sido zero (2004, p. 202 - 211).

Para começar, a distinção entre direitos evidentes e direitos não evidentes para fins de proteção é despropositada, porque resultaria no inconveniente de o valor do direito ser determinado por aqueles que, tendo o dever de respeitá-lo, optam pela controvérsia judicial (CHIOVENDA, 1928, p. 389).

Outro problema reside no fato de que nem sempre os direitos supostamente não evidentes dão origem a demandas judiciais, havendo situações em que uma das partes, mesmo indecisa, respeita o direito da outra. Por outro lado, muitas demandas judiciais resultam de

³¹ Esses julgadores e o ministro Ricardo Lewandowski sustentavam a inconstitucionalidade do artigo 21 do Estatuto da Advocacia, mesmo entendido como norma meramente supletiva que atribui os honorários de sucumbência ao advogado em caso de omissão contratual.

situações sem real controversibilidade³². Assim, o único fato capaz, assim, de explicar a diminuição do valor do direito é o próprio processo, e não uma característica inata ao direito.

O fundamento da indenizabilidade, em virtude da licitude do exercício do direito de demanda ou de defesa não se sustenta. Primeiro porque, o direito abstrato e incondicionado de ação tem como destinatário o Estado, provocando sua atuação jurisdicional³³, raciocínio que também serve ao direito de defesa. Desse modo, diferente do Estado-Juiz, a parte que não dá causa à demanda judicial não tem o dever de suportá-la³⁴. Assim, a conduta daquela que lhe impõe o processo é, evidentemente, ilícita em relação a essa³⁵⁻³⁶.

E, mesmo que assim não fosse, a suposta licitude da conduta daquele que dá causa ao processo não seria razão para extinção da condenação em custas e honorários, tendo em vista que a obrigação legal de indenizar pode decorrer da prática de ato lícito, como se dá, por exemplo, na hipótese do dano causado em legítima defesa. Aliás, essa é a natureza da condenação nos processos de jurisdição voluntária.

Igualmente sem razão a afirmação de que a responsabilidade objetiva pelo custo do processo estimula a litigiosidade, por criar nos potenciais demandantes a expectativa de que não suportarão qualquer custo. Tal crítica funda-se em premissa psicológica não comprovada, qual seja, a de que todo demandante está certo de sua vitória e, por isso, litiga

³² Prova disso é que as causas repetitivas têm recebido forte atenção do legislador, Assim, com o acréscimo do artigo 285-A ao Código de Processo Civil, pela Lei n. 11.277 de 2006 e o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8046/2010).

³³ “Caracteriza-se a ação, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder. Entre os direitos públicos subjetivos, caracteriza-se mais especificamente como direito cívico, por ter como objeto uma prestação positiva por parte do Estado (obrigação de *dare, facere, praestare*): a *facultas agendi* do indivíduo é substituído pela *facultas exigendi*. Nessa concepção, que é da doutrina dominante, a ação é dirigida apenas ao Estado (embora, uma vez apreciada pelo juiz vá ter efeitos na esfera jurídica de outra pessoa: o réu, ou executado). Nega-se, portanto, ser ela exercida contra o adversário isoladamente, contra este e o Estado ao mesmo tempo, ou contra a pessoa física do juiz (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 277).

³⁴ Por essa razão é que o juiz, se verificar vício insanável antes da citação do réu, deve indeferir a petição inicial, sem necessidade de citá-lo. O indeferimento da petição inicial pode, inclusive, ocorrer com julgamento de mérito, hipótese chamada de improcedência *prima facie*, em três hipóteses: em razão de prescrição ou decadência (art. 219, §5º; 267, I; 269, IV e 295, IV do CPC), no julgamento de causas repetitivas (art. 285-A) A Lei nº 11.277/2006, inclusive, foi mais longe ao acrescentar o artigo 285-A ao CPC e a rejeição liminar de embargos à execução manifestamente protelatórios (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 436, 469).

³⁵ Em sentido diverso, Cândido Rangel Dinamarco, para quem “não se trata de atribuir ilicitude ao exercício da ação ou da defesa, que constituem superiores garantias constitucionais, mas somente de encarar objetivamente essas condutas como causadoras de despesas, pelas quais o causador deve responder” (2004, p. 648).

³⁶ Sergio Cavalieri Filho refere-se a um duplo aspecto da ilicitude, sendo que objetivamente leva-se em conta apenas a conduta ou o fato em si, quando se verifica sua desconformidade com a prescrição normativa. Já o aspecto subjetivo, soma a esse resultado a necessidade de conduta culposa por parte do agente (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 9-10).

sem sopesar o risco da derrota³⁷. Pelo contrário, a concentração dos processos em restrito número de litigantes³⁸ demonstra que, muitas vezes, a opção pela demanda judicial é de caráter gerencial, não de cunho emotivo³⁹.

Assim sendo, embora a condenação em honorários não tenha a função punitiva dos juros, sua imposição revela-se como mais um fator inibidor da litigância irresponsável, grande responsável pelo que parece o principal problema do Judiciário brasileiro, a morosidade.

Além do mais, o raciocínio implícito de Ovídio Baptista é o de que a litigiosidade processual diz respeito apenas ao autor, ignorando não raro o verdadeiro causador do processo é o réu que, com sua resistência, não dá ao adversário outra opção válida para assegurar seus direitos⁴⁰.

Nesse ponto, é interessante que Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sentido diametralmente oposto, ponderam que, ao imputar os custos do processo a apenas uma das partes, a adoção do princípio da sucumbência impõe um alto risco sobre o litigante que pode erigir barreiras ao acesso à justiça (1988, p. 17-18).

Trata-se de perspectiva igualmente parcial.

A imposição dos custos do processo sobre a parte que lhe deu causa permite que os indivíduos realizem um juízo de custo-benefício do ajuizamento do conflito, que

³⁷ Em contraposição, Bruno Lopes cita pesquisa realizada nos Estados Unidos que concluiu que, se a Justiça for célere e o custo do processo elevado, o resultado da responsabilização objetiva do sucumbente é o aumento da litigiosidade. Já quando a Justiça é morosa, tal efeito não é percebido (2008, p. 37).

³⁸ O Conselho Nacional de Justiça (2011) estima que as ações envolvendo os cem maiores litigantes correspondem a 20% dos processos em tramitação no país.

³⁹ Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa reflete acerca desse fenômeno. Para o autor não é jurídica, mas econômica. O sistema processual incentiva essa conduta protelatória com a taxa de juros de mora aplicável aos débitos judiciais. É que é mais rentável para o devedor aplicar o dinheiro nos diversos investimentos com maior rentabilidade que a taxa legal de juros de 12% ao ano, lucrando com a demora da prestação jurisdicional que causa (2007, p. 53 – 55). Embora o cenário de lucratividade de investimentos no mercado financeiro bem superior ao juros legais não tenha se repetido integralmente no último ano, o que pode ser uma tendência de longo prazo, o argumento permanece válido. Primeiro porque investimentos em setores produtivos podem ter alta lucratividade, sendo economicamente interessante para quem investe nesses setores protelar o pagamento de débitos. Segundo porque os juros legais de 12% a.a. é extremamente inferior à taxa de juros em operações de crédito acumulada dos últimos doze meses que, em setembro de 2011, segundo dados da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (ANEFAC) corresponderam a 117,51% para pessoa física e 59,55 % para pessoa jurídica. Desse modo, é muito mais vantajoso quitar outros débitos com juros maiores a pôr um defeito ao processo, quando nesse incidirem apenas os juros legais.

⁴⁰ O autor critica ainda a posição de Giuseppe Chiovenda, sustentando que estaria assentada no dogma da univocidade do sentido da lei. Contudo, o próprio Giuseppe Chiovenda reconheceu a possibilidade de ambas as partes sustentarem posições razoáveis no processo (1928, p. 219). Antes, funda-se na premissa de que quem dá causa ao processo deve suportar os custos, relação de causalidade que, diferente do quanto sugerido por Ovídio Baptista, não traz implícita a culpa do sucumbente, mas consegue desprender-se da culpa como elemento da responsabilidade civil, o que hoje, com a profusão das hipóteses de responsabilidade objetiva, mostra-se melhor assimilável.

funciona, ao mesmo tempo, como estímulo aquele que tem uma posição jurídica mais certa, que ao final não terá tido custo nenhum, e como elemento acautelador nas situações em que o direito é mais questionável. Atinge-se, assim, pela via da autonomia das partes, um ponto de equilíbrio entre a necessidade de facilitação do ingresso em juízo, que atinge somente a parte com razão, e de contenção da litigiosidade.

De todo modo, a previsão legal de inexigibilidade da condenação em custas ao beneficiário da justiça gratuita, enquanto durar a situação de hipossuficiência financeira (art. 12 da Lei nº 1.060/50) faz com que essa cautela não chegue ao ponto de privar os mais pobres do acesso à justiça.

4.1 VALOR DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

É fácil concluir que, diante do caráter indenizatório, no plano ideal, a condenação em honorários de sucumbência deve corresponder ao valor efetivamente gasto com a contratação do profissional, o que permite a completa eliminação do dano. É igualmente simples, por outro lado, notar as dificuldades da adoção desse critério, na medida em que o dano tem por expressão o valor da contratação de um negócio jurídico, com ampla margem de variação pelas partes, dependente de inúmeros fatores. Sem falar nas dificuldades probatórias, tendo em vista que a comprovação do valor da condenação depende de conduta da parte e do advogado, ambos com interesse no processo, o que aumenta o risco de fraudes e, por isso, enfrenta óbices legais (arts. 368 e 415, § 2º do CPC).

É imperiosa, assim, a formulação de um critério objetivo para a fixação dos honorários de sucumbência, sem, contudo, perder de vista seu caráter indenizatório. Isto é, não há completa liberdade do legislador e do juiz na eleição e fixação de valores, porquanto há dever constitucional de aproximação desses valores.

Diante dessas questões, o Código de Processo Civil determina que os honorários de sucumbência sejam arbitrados pelo julgador sem ligação *direta* com o valor pago ao advogado. O artigo 20, § 3º estabelece os limites quantitativos de 10 a 20% do valor da condenação, levando-se em consideração elementos qualitativos, quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação de serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço⁴¹. Adota-se, assim, um

⁴¹ Os elementos qualitativos estão relacionados com o trabalho do advogado e a importância da causa, mas não são rígidos, permitindo ao julgador relativa liberdade de julgamento ou juízo de equidade. (DINAMARCO, 2004, p. 663)

critério para quantificação da indenização diferente daquele adotado no artigo 944 do Código Civil, qual seja, a extensão do dano.

A razoabilidade desse critério reside, principalmente, na fixação do valor da condenação como base de cálculo, tendo em vista a prática indicar que normalmente os honorários contratuais levam-no em consideração⁴². A lei, desse modo, consegue superar as dificuldades na fixação da quantia, em atendimento ao princípio da efetividade do processo.

Já o artigo 20, § 4º dispensa os limites quantitativos para a fixação, mas mantém os elementos qualitativos, “nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não”.

A falta de base de cálculo dificulta que os honorários sucumbenciais guardem correlação com o valor do serviço contratado, na medida em que deixa de levar em consideração que a expressão econômica do processo influencia na escolha do profissional e no valor cobrado pelo serviço, dificultando que a verba atinja seu objetivo de evitar que o processo cause diminuição processual⁴³.

Assim, a norma dificulta a realização do direito fundamental à efetividade do processo, o que só pode acontecer, como visto, com amparo em outro direito fundamental ou razão jurídico-constitucional, devidamente ponderada. E, por absurdo que pareça, com exceção do benefício da Fazenda Pública, não há qualquer sinal de razão legislativa assim, porque a única distinção das hipóteses do parágrafo anterior é a ausência de provimento condenatório.

Parece, assim, que o legislador simplesmente não concebeu a possibilidade de adoção de outro critério junto ao valor da condenação. Se isso fosse verdade, haveria limitação fática a adoção de norma mais consentânea com o princípio da efetividade. Mas não é. A redação do Projeto do novo CPC demonstra que é possível inserir facilmente o elemento

⁴² O artigo 36, IV, do Código de Ética e Disciplina estabelece o valor da causa como um dos elementos a ser atendido na fixação dos honorários profissionais. A importância desse critério é percebida nas tabelas de honorários editadas pelas Seccionais da OAB, nos termos do artigo 22, § 2º da Lei 8.906/94. A título de exemplo, nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Bahia, as tabelas respectivas estabelecem relação percentuais entre valor sugerido para cobrança e o valor econômico da questão.

⁴³ A retirada da base de cálculo não assegura, necessariamente, que o valor dos honorários sejam menores que no caso do artigo 20, § 3º. Contudo, em que pese o desconhecimento de dados estatísticos, a forte oposição da classe dos advogados ao sistema atual, evidenciado, por exemplo, nas propostas da OAB à mudança no novo CPC, e a resistência da Fazenda Pública, demonstrada com a objeção da Advocacia Geral da União a reforma desse ponto no novo Código, indicam claramente que os honorários fixados com base no artigo 20, § 4º são, normalmente, inferiores ao do § 3º. E, considerando-se que a expressão econômica do processo influencia o valor cobrado pelo advogado, há grande possibilidade de que os honorários processuais sejam inferiores ao contratado.

quantitativo nos processos sem condenação, considerando como base de cálculo “o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos” (art. 87, § 2º).

Tendo em vista, entretanto, que a simples retirada da norma do ordenamento não soluciona a questão, na medida em que o critério do parágrafo anterior é inaplicável aos processos sem condenação pecuniária, parece adequado o manejo do instituto da interpretação conforme à Constituição. Desse modo, a ausência de critério quantitativo no artigo 20, § 4º deve ser interpretada como a ausência do critério do parágrafo anterior, mas com o dever de se levar em consideração o proveito, o benefício ou a vantagem econômica decorrentes do processo como base de cálculo para fixação dos honorários, utilizando-se igualmente a alíquota do parágrafo anterior.

Sobra, entretanto, a hipótese de arbitramento sem base de cálculo quando beneficiária a Fazenda Pública. Diferente das demais hipóteses que se fundam, aparentemente, em equivocada impossibilidade fática, aqui somente é possível entender que a norma tem por objetivo a defesa do erário, haja vista que não parece existir qualquer relação entre o valor gasto com advogados, se maior ou menor, razão da instituição da verba do artigo 20 do CPC, com o fato de ser, ou não, a parte contrária a Fazenda Pública.

A norma parece não atender ao critério da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que impõe àquele que foi impelido a contratar advogado por conduta do Estado arcar com parte dos gastos com essa contratação, os quais costumam representar parcela considerável do direito reconhecido. Ora, se a conduta que provoca o dano é de responsabilidade do Estado, nada mais lógico que suas consequências financeiras sejam, também, de responsabilidade desse mesmo Ente e custeadas pelas suas receitas. Não há, pois, razão jurídica para limitação do patrimônio do vencedor do processo. Dito de outro modo, a vítima da conduta do Estado é quem acaba arcando, pelo menos em parte, com os custos da atuação que já lhe impôs a necessidade do processo. A proteção do patrimônio público ou coletivo não pode ocorrer diante de um gasto *diretamente* causado pelo Estado e, pior, em prejuízo daquele que já foi penalizado com a conduta estatal⁴⁴⁻⁴⁵.

⁴⁴ Embora adequada ao fim almejado (proteção do erário), a norma não passa, inteiramente, pelo critério da necessidade. Isso porque gasto com honorários da parte contrária podem ser evitados, assim, sem a violação de seu direito fundamental, bastando que a Fazenda Pública seja responsável no atendimento a pretensões e ajuizamento de ações, conduta, aliás, que se espera de qualquer sujeito de direito, mas que não parece ser adotada pelos Entes Públicos, maiores litigantes do País, muitas vezes com claro intuito protelatório, similar àquele a que reage o mercado econômico. Na estrita ótica do critério da necessidade, contudo, nos casos em que houvesse dúvida objetiva sobre aspectos jurídicos ou fáticos, sendo recomendável a utilização das vias judiciais, a norma poderia ser aplicada, porquanto não há outro meio de proteção ao erário

⁴⁵ Nesse sentido, Hélio Tornaghi afirmou que “dois séculos depois de se haver reconhecido que o particular tem direitos subjetivos; que o Estado se apresenta em algumas relações jurídicas não como soberano, mas como

Já nos processos sem expressão econômica ou nos quais ela seja pequena, naturalmente os honorários de sucumbência continuam devidos, porquanto, senão econômicos, outros interesses legítimos demandaram a necessidade de contratação de advogado para defesa dos interesses da parte que não deu causa ao processo. Não há, contudo, de qualquer parâmetro objetivo ligado à causa para se tomar por base de cálculo da condenação em honorários, na tentativa de objetivar o valor da condenação. Todavia, considerando-se a competência das seccionais da OAB para editarem tabela de remuneração (art. 58, V da Lei nº 8.906/94), é razoável que os valores nela definidos sejam levados em consideração pelo julgador, senão como limites mínimos⁴⁶, como parâmetros razoáveis aptos a impedir a fixação de valores irrelevantes ou excessivos.

4.2 A ATRIBUIÇÃO DE TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS AO ADVOGADO

O Código de Processo Civil de 1973 estatuiu que a parte vencida deve pagar os honorários de sucumbência ao à parte contrária, tendendo a doutrina a entender que revogou disposição diversa do anterior Estatuto da Advocacia que atribuía a titularidade da verba ao advogado (CAHALI, 1997, p. 695 – 697)⁴⁷. Daí foi que em 1994, o novo Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906, tratou de restaurar a disciplina do Estatuto anterior, atribuindo, no artigo 23, a titularidade da verba ao advogado e, no artigo 24, § 3º, que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte” (CAHALI, 1997, p. 698). O artigo 24, § 3º foi ainda mais adiante, cominando com a pena de nulidade “qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento.

súdito equiparado a qualquer outro súdito; numa época em que a Fazenda Pública é levada a juízo como ré, não há razão para dar-lhe tratamento especial. (1976, p. 170).

⁴⁶ A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2009, entendeu pelo caráter meramente informativo das tabelas de honorários instituídas pelas seccionais da OAB, em ação de arbitramento de honorários advocatícios, apesar de o artigo 22, § 2º do Estatuto da Advocacia dispor que “falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB” (REsp 799230 / RS). Trata-se de decisão profundamente criticável, na medida em que desconsidera disposição legal expressa referente ao arbitramento de honorários em ação própria, em prol, supostamente, do princípio do livre convencimento motivado, como se ambas as normas não fossem de mesma hierarquia e a regra do Estatuto mais específica. Se a questão é de inconstitucionalidade do referido artigo, então que a Turma a encarasse como tal e respeitasse a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88).

⁴⁷ Yusseff Said Cahali, no entanto, entende que o artigo 20 do Código de Processo Civil não revogou o artigo 99 e §§ da Lei nº 4.215/63.

Nesse cenário é de se questionar se, sendo a condenação em honorários necessária para a concretização do princípio da efetividade, a previsão legal que atribuiu a titularidade ao advogado não afronta a realização dessa norma e, dada sua índole constitucional, padece de vício de constitucionalidade material. A matéria foi objeto de ação de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

4.2.1 A inconstitucionalidade da atribuição dos honorários ao advogado como regra absoluta

A destinação dos honorários de sucumbência implementada pelo Estatuto da Advocacia, teve, nitidamente, o objetivo de amparar a classe trabalhadora dos advogados com mais uma verba de natureza remuneratória. O fato de o regramento ter sido disciplinado pela norma estatutária, e não pela legislação processual, é forte indicativo nesse sentido.

Naturalmente que nada há de ilegal ou imoral na proteção aos profissionais da advocacia, seja porque o valor social do trabalho e, por conseguinte, o amparo às classes trabalhadoras é fundamento do Estado (art. 1º, IV da CF/88), como também em prestígio dessa que é uma função essencial à justiça (art. 133 da CF/88).

A questão torna-se de maior sensibilidade, porém, não tanto pela concessão de um benefício aos advogados, mas porque, para isso, foi preciso subtrair, em termos absolutos inclusive (artigo 24, § 3º), a possibilidade de a parte ser ressarcida dos gastos com advogado, que, como já visto, tem matriz constitucional no direito fundamental à efetividade do processo.

Pois bem. Como já se consignou, a fundamentalidade de determinados direitos, em especial quando expressos por normas-princípios, não lhes torna imunes a limitações. Exige-se, todavia, sólida fundamentação para tanto, que deve ter por base outros valores constitucionais, demonstrando, na corrente concepção de Robert Alexy, que a limitação operada seja necessária, adequada e proporcional.

Nessa perspectiva, a limitação do direito fundamental ao processo efetivo com o fito de assegurar uma melhor remuneração ao advogado não se sustenta. Ora, ainda quando se conceba que a destinação da verba ao advogado, o que significa uma possível nova verba remuneratória, atende melhor ao valor social do trabalho do advogado, passando pela etapa do exame da adequação, a medida é desnecessária e desproporcional.

Desnecessária porque a valorização do profissional da advocacia não depende da limitação ao direito da parte a um processo efetivo, notadamente porque faz o profissional fazer jus ao valor contratado.

E, mesmo que assim não fosse, a medida é desproporcional, em sentido estrito. Isso porque, a suposta afetação do valor social do trabalho do advogado é apenas leve, tendo em vista que o profissional não deixa de ser remunerado segundo os padrões de mercado.

Aliás, a contratação do valor dos honorários levará em conta a destinação dos honorários de sucumbência, mesmo porque não fica excluída a possibilidade de as partes disporem que é do advogado, o que ainda vige como disposição supletiva à vontade das partes (artigo 23 do Estatuto da Advocacia). O que perde o advogado é a posição segura de não precisar negociar a destinação dos honorários de sucumbência, embora naturalmente fosse levado em conta na fixação dos contratuais.

Por outro lado, a afetação ao princípio da efetividade do processo é séria. É certo que toda disposição que exclui o recebimento dos honorários de sucumbência por parte daquele que não deu causa ao processo contraria o comando do princípio constitucional da efetividade do processo, padecendo de vício de constitucionalidade, desde, é claro, que não encontre amparo em outra norma constitucional.

Desse modo, o benefício criado para o advogado do vencedor restringe o direito fundamental desse ao processo efetivo. Isso porque, com a aquisição da natureza remuneratória, a situação aproxima-se àquela de um processo sem condenação em honorários, em que não há tutela integral do direito, já que o próprio processo é mecanismo da diminuição patrimonial daquele que se viu impelido a participar da relação processual (*infra* 4.3).

A restrição desnecessária e, ainda mais, desproporcional a direito fundamental não permite outra conclusão senão a inconstitucionalidade do regramento originário trazido pelo Estatuto da Advocacia⁴⁸.

É importante perceber, porém, que a inconstitucionalidade residia, exatamente, no caráter absoluto com que se dava a retirada da verba sucumbencial da esfera da parte.

A questão muda totalmente de contorno se a norma perde o caráter cogente, ainda quando continue com a mesma destinação. Isso porque, como a atuação da norma supletiva só se dá com a concordância tácita das partes, o que ocorre é, apenas, que a destinação da verba ao advogado que está em sua esfera de disponibilidade. Assim, a parte só

⁴⁸ Restringindo-se o exame ao paradigma da efetividade, o raciocínio aqui exposto não se aplica integralmente. É que, em relação ao valor da condenação em honorários de sucumbência excedente aos gastos com advogado tal argumento não subsiste. Naturalmente não há vedação de que o processo resulte, ao final, em eventual benefício financeiro àquele que dele participou sem ter-lhe dado causa, notadamente porque o valor da condenação em honorários obedece a critérios razoáveis, diante da inconveniência de fixação do efetivo valor da contratação. Por outro lado, esse valor excedente não goza da mesma proteção que a parcela indenizatória, razão pela qual não há vedação a que seja atribuída ao advogado, pela simples razão de que o princípio da efetividade veda a diminuição do direito, mas não assegura um bônus patrimonial da parte vencedora. Essa consideração é importante, contudo, porque a dissociação da parcela excedente do princípio da efetividade no que toca à integridade da proteção judicial serve como limite para a declaração de inconstitucionalidade da norma supletiva, para aqueles que entendem que mesmo ela viola o princípio da efetividade, como era a posição vencida na ADI 1194.

suporta diminuição patrimonial se assim desejar, o que, dentro da noção de autonomia privada, deve ser compreendido como opção por um profissional melhor remunerado.

Ademais, é preciso lembrar que o processo de negociação do contrato de prestação de serviços advocatícios, como qualquer outro, depende de questões de mercado, como oferta e procura. Assim sendo, uma norma dispositiva que pode ser facilmente afastada dificilmente pode suplantar tais questões.

Por último, poder-se-ia questionar se a norma não incentiva a adoção de um modelo remuneratório que leva à diminuição patrimonial daquele que não dá causa ao processo e, conseqüentemente, a um processo com menor efetividade. Não parece que seja assim. A diminuição patrimonial decorrente do processo é bem diferente daquela que tem como causa a autonomia da parte. E, como já dito, se o valor fixado atendeu o parâmetro da efetividade, a diminuição decorre da opção legítima por profissional mais caro e presumivelmente mais qualificado.

Foi, assim, acertada a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1194-4/DF. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 24, § 3º do Estatuto da Advocacia, muito embora o fundamento o princípio da liberdade contratual também tenha sido levado em conta, retirou do ordenamento jurídico um dispositivo contrário à noção de efetividade do processo.

Esse fato ficou bem claro no voto dos quatro ministros – Marco Aurélio, César Peluso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa - que enxergam uma matriz constitucional no regime de responsabilização pelos custos do processo, que, a despeito das terminologias utilizadas, funda-se no que se identificou nesse trabalho como princípio da efetividade do processo. Isso porque não é outro o fundamento da condenação em honorários senão a de impedir a diminuição patrimonial da parte, de modo a aproximar a realidade criada pelo processo daquela que aconteceria com o cumprimento espontâneo da norma.

É interessante o fato de esses quatro ministros irem mais longe com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 21 e não apenas sua interpretação conforme para considerar a destinação aos advogados como norma supletiva. Como afirmado acima, não há, porém, vício de constitucionalidade nessa condição, ao menos sob a ótica do princípio da efetividade, tendo-se em vista tratar-se de simples interpretação da vontade das partes, facilmente modificável.

4.3 PROCESSOS SEM CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS

Embora desde o advento da Lei 4.769/65 a condenação em honorários de sucumbência seja a regra geral no processo civil brasileiro, a legislação é pródiga em casos nos quais não se aplica o regime geral de responsabilização pelos custos do processo, normalmente com a adoção da teoria da pena, isto é, somente há responsabilização se houver má-fé de quem deu causa ao processo.

Dada a relação entre a efetividade do processo e a distribuição de seus custos, não há dúvidas de que, em tais situações, há uma perda de efetividade, distanciando-se o processo da tutela integral do direito.

Isso, por si só, não torna ilegítima a opção do legislador, pela simples razão de que o direito ao processo efetivo não é absoluto, podendo ser válida a razão para sua limitação. Contudo, a consciência de que o sistema legal de distribuição dos custos do processo é exigência do direito constitucional à efetividade, mostra, a mais não poder, que o legislador não dispõe de ampla margem de liberdade nesse aspecto⁴⁹. Assim, a ausência de condenação do causador do processo em honorários somente estará em harmonia com a Constituição, se amparada em razão jurídica capaz de permitir a superação parcial daquele princípio constitucional.

Cada caso merece um estudo próprio, verificando-se se as razões consideradas pelo legislador permitem a restrição do princípio da efetividade, que não será realizado nos estritos termos desse trabalho. Para três situações, entretanto, é possível fazê-lo, já que o fundamento para tanto é, basicamente, o mesmo: facilitar o acesso à Justiça. São os casos da ação civil pública⁵⁰ (arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/1986), os juizados especiais⁵¹ (art. 55 da Lei nº 9.099/95) e do mandado de segurança⁵² (art. 25 da Lei nº 12.016/2009)⁵³.

⁴⁹ Na lição de Robert Alexy há um campo de discricionariedade estrutural do legislador, mas apenas em relação àquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem. (ALEXY, 2008, p. 584).

⁵⁰ A despeito de o artigo somente se referir à associação autora, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplica essa regra também quando o Ministério Público é o autor da ação (MEIRELES; WALD; MENDES, 2009, p. 218).

⁵¹ Segundo a doutrina, o objetivo da norma é estimular as partes a não recorrerem (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES; 1995, p. 229), ao passo em que estimula o acesso ao Poder Judiciário (FRIGINI, 1995, p. 421, 422).

⁵² Nesse caso, o legislador foi influenciado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (enunciado 512 da Súmula, editado em 1969) e, em seguida, do Superior Tribunal de Justiça (enunciado 105 da Súmula, editado em 1994) no sentido do não cabimento da condenação em verba honorária nas ações de mandado de segurança.

⁵³ É também a situação da ação popular, mas com a significativa diferença de ter seu fundamento em norma constitucional (art. 5º, LXXIII), o que obsta qualquer consideração quanto à constitucionalidade, embora não quanto à conveniência.

Em todos esses casos, colocando-se a questão à luz da teoria dos direitos fundamentais, pode-se visualizar um juízo de ponderação previamente realizado pelo legislador que conduziu à precedência do acesso à Justiça, com a extinção de um elemento encarado como barreira ao acesso à Justiça, os honorários de sucumbência, mas que, contudo, é exigência da efetividade do processo.

Nessa linha, existem dois graves problemas à eliminação dos honorários de sucumbência com o propósito de resguardar o acesso à Justiça.

O primeiro deles diz respeito à adequação da medida para a finalidade proposta. Como demonstrado acima, a previsão de condenação em honorários de sucumbência não conflita com a noção de acesso à Justiça, havendo mesmo forte crítica no sentido oposto de que estimula a litigiosidade. Pelo contrário, funciona como elemento de incentivo para quem tem uma posição jurídica mais sólida e de cautela para situações mais questionáveis. Esse elemento acautelador também interessa ao acesso à Justiça, na medida em que a contenção da litigiosidade irresponsável diminui a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário.

E o mais importante é perceber que o acesso à justiça não se confunde com o mero ingresso em juízo. O resultado que se tem, desse modo, é que em tais processos a ausência de condenação em honorários de sucumbência incentiva a conduta daquele que dá causa ao processo, o que, por si só, aumenta o uso de tais recursos processuais, com consequente sobrecarga do Poder Judiciário, o que diminui a qualidade da prestação jurisdicional, o que também desinteressa ao acesso⁵⁴.

A limitação, do modo como feita, ao princípio da efetividade também se mostra desnecessária. Como o objetivo das normas é promover o acesso à justiça, a exclusão da condenação em honorários insere-se no contexto de tentativa de superação dos óbices financeiros à concretização desse intuito.

Assim, mesmo que se considere que os honorários representam um óbice para o acesso à justiça, é possível que ele seja superado sem a medida drástica de sua simples eliminação do âmbito de alguns processos. Isso é simples e amplamente consolidado no direito brasileiro, qual seja, com o manejo da assistência judiciária.

⁵⁴ Nesse sentido, Joel Dias Figueira Júnior e Fernando da Costa Tourinho Neto (2007, p. 358) critica a eliminação do ônus de sucumbência nos Juizados Especiais, argumentando que “o sistema tal como está formulado, onera injustamente o vencedor, que acaba arcando com os honorários de seu advogado – e seria lida ingenuidade imaginar que os causídicos prestarão seus serviços profissionais gratuitamente –, ressaltando-se sempre as hipóteses de assistência judiciária. [...] Foi ilusão (ou ingenuidade) do legislador imaginar que somente os menos afortunados economicamente acorreriam aos Juizados Especiais Cíveis”.

É que o custo financeiro do processo somente dificulta o acesso à justiça por parte daqueles que não tem condições financeiras de adimplir com essa verba. Em relação aos demais, funciona, no máximo, como fator de desincentivo ou acautelador, o que, como tratado acima, não conflita com o acesso à justiça.

E, assim, se os honorários representam um problema apenas para a parte economicamente hipossuficiente, a extensão de sua exclusão a quem não se insere nesse contexto limita, desnecessariamente, o direito de quem litiga com essa e fazia jus à verba. Isto é, a parte que dá causa ao processo goza de um benefício legal que não necessita impondo ao outro litigante, impelido a participar de um processo, a limitação de seu direito com pagamento de advogado.

Assim, quando muito se poderia admitir a exclusão da condenação em honorários em benefício de sujeitos hipossuficientes, não fosse o fato de a Lei nº 1.060/50 trazer disposição mais conciliadora de direitos. Nos termos do artigo 12 dessa lei, a “parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.” Embora a lei tenha sido editada antes da adoção do chamado princípio da sucumbência, o que explica a referência, apenas, a custas, parece razoável interpretar extensivamente pela sua aplicabilidade também em relação aos honorários de sucumbência, já que esse também representa um custo que recairia sobre o beneficiário da justiça gratuita⁵⁵. Desse modo, prevalece uma melhor conciliação entre acesso à justiça e direito aos honorários, que não confere a prévia exclusão da verba, mas tenta otimizar a possibilidade do adimplemento com prazo para alteração da situação financeira da parte.

5 CONCLUSÃO

Na linha da concepção de que o processo é instrumento a serviço para proteção de direitos e da paz social, estudou-se a relação entre um instituto já clássico, os honorários de sucumbência, com a realização do princípio constitucional da efetividade do processo.

⁵⁵ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, para quem a Lei nº 1.060/50 não dispensou o pagamento de honorários de sucumbência, mas a condenação “só se tornará *exigível* se e quando ele vier a ter condições econômicas” (2004, p. 681). O Supremo Tribunal firmou entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário 184841 / DF, julgado em 1995, no sentido de que o artigo 12 da lei de assistência judiciária foi recepcionado pela Constituição.

Ao longo desse estudo foi possível conceber, no segundo capítulo, a efetividade do processo como realização de seus escopos jurídico e social, bem como sua inserção na teoria dos direitos fundamentais. Já no terceiro capítulo, estudou-se os honorários de sucumbência, seu desenvolvimento histórico e natureza jurídica.

Assim é que no quarto capítulo foi possível perceber a relação entre os honorários de sucumbência e o princípio constitucional da efetividade do processo. O direito fundamental à efetividade do processo é norma princípio que orienta no sentido de que o processo cumpra sua finalidade de tutelar direitos, o que pode ser bem sintetizado com a famosa máxima chiovendiana segundo a qual o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que se tem direito, percebe-se facilmente que esse fim só pode ser obtido se os custos do processo não ficarem por conta daquele que não pôde obter fora do processo o que já era seu. Do contrário, o processo não conferirá tutela integral, mas causará diminuição do patrimônio de quem obteve a tutela jurisdicional.

Afirmada a relação de necessidade entre a condenação em honorários e o direito fundamental à efetividade do processo, foi possível abordar três importantes consequências disso sobre: a) o valor da condenação embora não possa ser utilizado *diretamente* para arbitramento do honorários sucumbenciais, devem ser levados em consideração para eleição de critérios objetivos, daí a inconstitucionalidade do artigo 20, § 4º do CPC ; b) dada sua natureza indenizatória, a titularidade da verba não pode ser retirada, de modo absoluto, da parte, o que não prejudica, porém, a norma meramente supletiva do artigo 23 do Estatuto da Advocacia; c) a existência de processos sem condenação em honorários, no intuito de otimizar o acesso à Justiça, constitui-se como restrição ilegítima ao direito ao processo efetivo, tendo em vista a inadequação e desnecessidade da medida.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO - AGU. **AGU propõe mudanças nas regras sobre honorários advocatícios previstas no anteprojeto do novo CPC.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=148675&id_site=3>. Acesso em 3 jan. 2011.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EXECUTIVOS DE FINANÇAS, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE – ANEFAC. **Pesquisa de juro de setembro.** Disponível em: <<http://www.anefac.com.br/pesquisajuros/2011/setembro2011.pdf>>. Acesso em 5 jun 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva
São Paulo: Melhoramentos, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**.
10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites
e possibilidades da constituição brasileira**. 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material
sobre o processo**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.
1153100/MG**. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma, julgado em
17/05/2011, DJe 24/05/2011. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1153100&b=ACOR#>. Acesso em: 1 ago 2011.

_____. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 799230 / RS**. Rel. Ministro Vasco
Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em
10/11/2009, DJe 01/12/2009. Disponível em: <
http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200501934109&dt_publicacao=01/12/2009>. Acesso em: 1 ago 2011.

_____. Superior Tribunal De Justiça. **Súmula n. 105**. Na ação de mandado de segurança
não se admite condenação em honorários advocatícios. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em 2 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1194 / DF**.
Rel. Ministro Maurício Corrêa. Plenário, julgado em 20/05/2009, DJ 28/09/2009. Disponível
em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602352>>. Acesso
em 3 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 184841 / DF**. Rel.
Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 21/03/1995, DJ 08/09/1995.
Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=228246>>. Acesso em
3 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 512**. Não cabe condenação em honorários de
advogado na ação de mandado de segurança.. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em 2 ago. 2011.

_____. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 2 ago. 2011.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira São Paulo: Classic Book, 2000a, v. 1.

_____. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000b, v.2.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais e a relação ordinária de cognição v.1**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **La condena en costas v.4**. Tradução de Juan A. de La Puente y Quijano. Madrid: 1928.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ministro Cezar Peluso abre seminário dos 100 maiores litigantes nesta segunda-feira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14158-ministro-cezar-peluso-abre-seminario-dos-100-maiores-litigantes-nesta-segunda-feira>>. Acesso em 2 ago. 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Honorários de sucumbência e princípio da causalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 23, p. 85-94, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil v. 1**. 13 ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

_____. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In: Tellini, Denise Estrela et al. **Tempestividade e efetividade processual**. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil v.1**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil v.2**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR., Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Comentários a lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei 9.099 de 26.09.1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRIGINI, Ronaldo. **Comentarios à lei de pequenas causas**. São Paulo: Livraria e Editora de Direito, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha**. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Honorários advocatícios no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2008.

_____. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2003, p. 298-338, abr./jun. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao código de processo civil t. 1**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o Problema da ‘Efetividade’ do Processo”, in **Temas de Direito Processual**, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 27-42.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2010.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de ética e disciplina da OAB**. Disponível em: <www.oab.org.br/noticiaPrint.asp?id=19579>. Acesso em 3 jan. 2011.

_____. **OAB encaminha a ministro Fux propostas preliminares da advocacia ao novo CPC**. Disponível em: <www.oab.org.br/noticiaPrint.asp?id=19579>. Acesso em 3 mai. 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. **Tabela de Honorários**. Disponível em: <<http://www.oab-ba.com.br/novo/Template.asp?nivel=00040010&identidade=174>>. Acesso em 3 set. 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Tabela de Honorários**. Disponível em: <http://www.oabmg.org.br/tesouraria/honorarios_net.zip>. Acesso em 3 set. 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Tabela de Honorários**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/tabela-de-honorarios/tabela-de-honorarios-completa-nova>>. Acesso em 3 set. 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Tabela de Honorários**. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/sn/paginas/4/Tabela%20de%20honor%C3%A1rios.html>>. Acesso em 3 set. 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da responsabilidade por custas e honorários de advogado na execução de títulos extrajudiciais. **Revista de Processo** – ano 1, n. 3, jul./set., 1976.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Processo**. a. 4, n. 13, jan./mar., 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a relação entre os direitos fundamentais, o processo e o direito à saúde. In: Tellini, Denise Estrela et al. **Tempestividade e efetividade processual**. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil** v.1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**: comentários à Lei 9.099/1995. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.