

**Parecer sobre o cabimento de honorários de advogado
na execução provisória**

Eduardo Talamini

Livre-docente em Direito Processual Civil - USP

Doutor e Mestre em Direito Processual - USP

Professor de Direito Processual Civil- UFPR

OAB/PR 19.920

SUMÁRIO

I -	Consulta	3
II -	Os fundamentos constitucionais dos honorários de sucumbência	5
II - a)	Efetividade e plenitude da tutela jurisdicional.....	6
II - b)	Acesso à Justiça.....	16
II - c)	Responsabilidade jurídica	21
II - d)	A essencialidade do advogado à administração da justiça: seu caráter instrumental em face dos princípios antes destacados.....	29
II - e)	Arremate do tópico.....	33
III -	Os critérios gerais para a atribuição de honorários	34
III - a)	Atividade processual técnica (“carga de trabalho”).....	34
III - b)	Causalidade e sucumbência: dar motivo, sem razão, a atividade processual	37
III - c)	Responsabilidade objetiva x responsabilidade por ato lícito ...	40
IV -	Os honorários advocatícios na execução em geral.....	43
V -	O regime jurídico da execução provisória.....	48
VI -	A repercussão dos traços essenciais da execução provisória sobre o regime de fixação judicial de honorários de advogado.....	52
VI - a)	O título executivo, na execução provisória, representa obrigação exigível	52
VI - b)	Dever de cumprimento pelo condenado.....	54
VI - c)	Direito à execução provisória	58
VI - d)	A causalidade na execução provisória	59
VI - e)	A “opção” do exequente.....	60
VI - f)	A consequência única extraível da circunstância de ser uma “opção” do credor	62
VI - g)	Provisoriedade.....	63
VI - h)	“Conta e responsabilidade”: significado	65
VI - i)	O exemplo do processo cautelar	68
VI - j)	A repercussão da provisoriedade do título e da cláusula do “por conta e responsabilidade” sobre o regime de responsabilidade processual na execução provisória.....	69
VI - k)	Uma última “prova real”: CPC, art. 587, parte final.....	71
VI - l)	Síntese	73
VII -	Multa do art. 475-J, CPC, versus honorários de sucumbência: diferentes regimes jurídicos	74
VIII -	Conclusão	77

PARECER

O **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB** honra-me com a solicitação de parecer sobre o cabimento da fixação judicial de honorários de advogado na execução provisória. A questão é objeto de incidente de julgamento de recursos repetitivos no E. Superior Tribunal de Justiça (CPC, art. 543-C), tendo sido selecionado como recurso-amostra o REsp 1.291.736-PR.

I - **Consulta**

1. A ora Consulente participa como *amicus curiae* do incidente acima referido. Seu ingresso foi provocado pelo próprio Exmo. Ministro Relator do recurso, ao instaurar o procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil.
2. Reiteradas decisões do STJ vinham reconhecendo o cabimento de honorários advocatícios na execução provisória – a ponto de tal entendimento ser qualificado como “assente”, “firmado”, “consolidado” etc., em diversos julgados daquela E. Corte.¹

¹ Vede, p. ex., REsp 66.370, AREsp 5.484, AREsp 5.733, AI 1.334.618, AREsp 5.922, entre muitos.

No início de outubro de 2011, a C. 4ª Turma proferiu acórdão no sentido oposto, negando a possibilidade de fixação judicial de verba advocatícia na execução provisória.²

Mesmo depois dessa decisão, outros julgados do E. STJ tornaram a afirmar o cabimento da verba honorária na fase executiva provisória.³

Por isso, houve a instauração do incidente do art. 543-C.

2. A Consulente interveio no incidente e apresentou os fundamentos pelos quais reputa cabível a fixação dos honorários na execução provisória.

Também o Ministério Público emitiu parecer favorável à fixação da verba honorária no cumprimento de sentença provisório.

O incidente aguarda julgamento pela E. Corte Especial.

3. A questão posta para o julgamento por amostragem concerne ao caso em que, intimado da instauração da execução provisória, o executado não cumpre o mandado executivo – permanecendo inerte ou apenas depositando a quantia executada estritamente para o fim de garantir o juízo (e não como pagamento da condenação).

Nessa hipótese, como não ocorre o pronto pagamento, surge a necessidade da prática de atos processuais executivos. Em muitas dessas execuções, tais atos se multiplicam na medida em que o executado

² REsp 1.252.470, rel. Min. L. FELIPE SALOMÃO. O julgamento foi unânime, mas os fundamentos dos votos, divergentes – o que é bastante relevante para o enfrentamento da questão, como se procura mostrar adiante.

³ Vede, por exemplo, AgRg nos EDcl no Ag 1.375.149-SC, julgado em 18.10.2011, pela 3ª T. (rel. Min. RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA), e AREsp 44.904, julgado em 30.10.2011, rel. Min. MASSAMI UYEDA.

suscita diversas questões processuais.⁴ Em muitos dos casos, nota-se haver uma multiplicidade de recursos no bojo da execução provisória.

3. Nesse cenário, a Consulente formula-me os seguintes quesitos:

- a) O título executivo judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo representa obrigação juridicamente exigível?*
- b) Existe o dever jurídico de o executado cumprir condenação líquida e certa sujeita a recurso sem efeito suspensivo?*
- c) A circunstância de a execução provisória (cumprimento de sentença provisório) consistir em uma “opção” do credor é motivo suficiente para excluir a incidência de honorários advocatícios em tal fase processual?*
- d) A circunstância de o título executivo judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo ser ainda passível de reforma ou cassação é motivo suficiente para excluir a incidência de honorários advocatícios em tal fase processual?*
- e) O regime jurídico da execução provisória é compatível com o regime jurídico de imputação judicial de honorários advocatícios?*

Passo a respondê-los.

II - Os fundamentos constitucionais dos honorários de sucumbência

4. Ainda que a questão diga respeito à interpretação e aplicação de normas legais federais, a imputação judicial de honorários advocatícios atende a imposições constitucionais. Vale dizer: no ordenamento brasileiro, a determinação, pelo juiz, de que a parte que não

⁴ O Consulente, a título exemplificativo, apresentou oito casos que aguardam a definição da questão. Em todos, houve diversas manifestações, impugnações e recursos sobre os mais variados temas (cabimento da própria execução provisória, limites da penhora, necessidade de caução etc.). Foi o que ocorreu, aliás, no próprio caso objeto do recurso-amostra, conforme se pode verificar nos registros eletrônicos do andamento do feito de origem.

tem razão pague honorários à parte vencedora está longe de constituir simples opção de política legislativa. Não se trata de mero favor da lei. Pelo contrário, na realidade forense brasileira, a fixação judicial dos honorários é elemento relevante para a consecução de garantias fundamentais do processo.

II - a) *Efetividade e plenitude da tutela jurisdicional*

5. Está superada, há muito, a ideia de que a garantia constitucional do art. 5º, XXXV, da Constituição assegura apenas o direito de ingresso no Judiciário ou mesmo o direito à obtenção de uma sentença. O direito fundamental ali consagrado vai muito mais longe – e é muito mais rico de consequências.

5.1. Isso repercute no próprio debate clássico sobre a natureza do direito de ação. Discutiu-se por muito tempo se a ação seria (a) o direito de levar qualquer pretensão ao juiz e dele receber uma resposta, ainda que desfavorável (teoria da ação como direito abstrato)⁵ ou (b) o direito daquele que tem razão, i.e., o direito a uma sentença favorável (teoria da ação como direito concreto)⁶ ou ainda (c) um direito abstrato, mas sujeito a condições vinculadas à situação conflituosa (teoria eclética).⁷

⁵ Nesse sentido, p. ex., ALFREDO ROCCO, *La sentencia civil* (trad. de M. Ovejero), Tijuana, Cardenas Ed., 1985, p. 128-129. Essa concepção é atribuída originalmente a DEGENKOLB e PLOSZ (v., v.g., CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 250). No Brasil, entre outros, CALMON DE PASSOS aderiu a esse entendimento (*A ação no direito processual civil brasileiro*, Salvador, Progresso, 1960, p. 145-146).

⁶ ADOLF WACH, *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho* (trad. Juan M. Semon, da ed. alemã 1889), Buenos Aires, EJE, 1962, *passim*; CHIOVENDA, “L’azione nel sistema sistema dei diritti”, em *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milão, Giuffrè, 1993 (reimp. da 3ª ed.), *passim*, e *Instituições de direito processual civil* (trad. Guimarães Menegale; introdução A. Buzaid; notas E. T. Liebman), 2ª ed., v. 1, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 21-24.

⁷ LIEBMAN, “L’azione nella teoria del processo civile”, em *Problemi del Processo Civile*, Nápoles, Morano, 1962, *passim*.

Nenhuma dessas concepções é incorreta. Mas cada uma delas é *insuficiente* para retratar toda a dimensão e repercussões da garantia fundamental inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição.

5.2. As diferentes teorias da ação tomam em conta não apenas diferentes traços da realidade histórica de cada ordenamento – como destacava CALAMANDREI, há décadas, em seu ensaio sobre a relatividade do conceito de ação.⁸ Elas também consideram distintos aspectos presentes todos em um mesmo ordenamento – conforme nota COMOGLIO.⁹

Não é casual que, na grande maioria dessas formulações, seus autores, ao lado do instituto que reputam caracterizar-se como a “ação”, identificam ainda outras posições jurídicas que, por sua vez, correspondem às concepções de ação das teorias adversárias. Assim, CHIOVENDA, embora preconize a ação como direito concreto, reconhece a existência de outro direito, absolutamente abstrato, de acesso aos tribunais. Do mesmo modo, LIEBMAN afirma a existência de um direito de todo abstrato e incondicionado (a “ação constitucional”, expressão do simples direito de petição), por um lado, e, por outro, o direito à tutela jurisdicional, titularizado por aquele que tem razão e recebe a sentença favorável – nenhum dos dois confundindo-se com o direito abstrato mas submetido a condições, que seria, na ótica do grande mestre italiano, propriamente o direito de “ação processual”.

⁸ “La relatività del concetto d’azione”, em *Opere giuridiche* (org. Mauro Cappelletti), v. 1, Nápoles, Morano, 1965, *passim*, esp. p. 448-449.

⁹ “Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale”, em *Rivista di diritto processuale*, v. 2, 1993, p. 469-470.

5.3. Nesse panorama, é perfeitamente visível uma escalada de posições jurídico-subjetivas:¹⁰ (a) o direito, completamente abstrato, de acesso ao Judiciário, de ser ouvido pelos tribunais e deles receber uma resposta. Isso corresponde à concepção abstrata da ação; (b) o direito de obter um pronunciamento sobre o mérito (em ação de cognição exauriente ou sumária) ou de obter o processamento executivo, uma vez observados os pressupostos de admissibilidade antes referidos (ou seja, pressupostos processuais e condições da ação, compreendendo-se nestas apenas as questões processuais). Isso corresponde, em alguma medida, à concepção de “ação condicionada”; (c) direito a uma resposta jurisdicional favorável (i.e. que lhe outorgue o bem jurídico que foi pedido) – a que o autor faz jus quando, mais do que presentes os pressupostos de admissibilidade, ele tem razão naquilo que pede. Nesse sentido, tem-se uma concepção concreta.

Essa escalada já era posta em destaque, por exemplo, na obra de FRIEDRICH LENT,¹¹ e é também ressaltada por L. PAOLO COMOGLIO, em texto mais recente.¹² Essas diversas posições jurídicas estão não só escalonadas, mas encadeadas. É impossível pensar na terceira delas, sem cogitar das anteriores. E as duas primeiras existem em função da terceira.

No entanto, há ainda mais a acrescentar.

6. O art. 5º, XXXV, da Constituição dá amparo a todas essas três posições jurídicas. Todavia – e essa é a questão fundamental –, *a norma constitucional em questão tampouco se exaure nisso* (daí por que se

¹⁰ A expressão é tomada de empréstimo de CÂNDIDO DINAMARCO, que alude a uma “escalada de situações jurídicas”, ao referir-se ao aspecto ora em destaque (“Tutela jurisdicional”, em *Fundamentos do processo civil moderno*, 3ª ed., t. II, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 820-823).

¹¹ *Diritto processuale civile tedesco* (trad. E. F. Ricci, da 9ª ed. alemã de *Zivilprozessrecht*, de 1959), Nápoles, Morano, 1962, p. 146.

¹² “Note riepilogative...”, cit., p. 470.

afirmou a insuficiência das concepções até aqui examinadas). Ou melhor, cada uma das três posições acima referidas deve ser detalhada, enriquecida do ponto de vista dos valores fundamentais.

6.1. O direito abstrato de ser ouvido e receber uma resposta, por um lado, pressupõe mecanismos técnico-processuais e materiais que permitam que o jurisdicionado diga o que tem para dizer (i.e., que permitam o efetivo acesso à Jurisdição) e, por outro, exige que todo o *iter* entre o pleito e a resposta respeite as demais garantias fundamentais do processo.

6.2. Os pressupostos de admissibilidade, que condicionam a segunda posição subjetiva mencionada acima, devem ser limitados ao estritamente necessário para o desenvolvimento razoável do processo.

6.3. A “resposta jurisdicional favorável” ao que tem razão, atinente ao terceiro direito antes mencionado, não pode ser entendida como um simples e qualquer pronunciamento do juiz. Há o direito, de ambas as partes, a uma decisão justa (o que supõe a preordenação de meios aptos a propiciar uma decisão justa).

Além disso, a “resposta favorável” ao que tem razão precisa traduzir-se em uma tutela *adequada, efetiva e tempestiva* – tomando em conta as peculiaridades da situação material a que ela se destina.

Em suma, assegura-se a todos não só o direito de pedir proteção ao órgão jurisdicional. Mais do que isso: direito de receber uma decisão justa, em um processo justo, que reconheça e assegure o que foi pedido por aquele que tem razão. E mais: aquele que tem razão precisa receber uma proteção rápida, eficiente e completa – que mais se aproxime daquilo que ele receberia, caso não tivesse sido necessário recorrer ao Judiciário. Enfim, trata-se de dar cumprimento à célebre máxima de

CHIOVENDA, formulada ainda em 1903: “O processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito”.¹³

7. A fixação judicial de honorários em favor da parte vencedora, tal como a condenação do vencido ao pagamento de custas judiciais, tem em vista o atendimento dessa imposição constitucional. Se alguém tem um crédito inadimplido de 100 e obtém em juízo a satisfação desse crédito, mas tem de destinar 25 dos 100 ao pagamento de honorários advocatícios e custas judiciais, a rigor, não terá recebido “tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito”.

A condenação em verbas de sucumbência visa a reparar ou ao menos mitigar esse dano imposto pela necessidade de recurso ao processo.

Aliás, o próprio CHIOVENDA dedicou-se ao específico tema da condenação em despesas judiciais (custas e honorários), relacionando-a diretamente com a diretriz da máxima eficiência da tutela jurisdicional: “o processo, como meio para a atuação da vontade da lei que garante a alguém um bem, não pode senão conduzir ao reconhecimento deste bem na maior integridade possível”. Por isso, “(...) tudo o que foi necessário ao reconhecimento” do direito “concorreu para diminuí-lo e deve ser reintegrado ao sujeito do próprio direito, de modo *que esse não*

¹³ “L’azione nascente dal contratto preliminare”, em *Saggi...*, I, cit., p. 110. Na atual doutrina brasileira, essa imposição tem sido constantemente destacada. BARBOSA MOREIRA, ao identificar os pontos que configuram a “problemática essencial da ‘efetividade’”, refere-se à necessidade de que, “em toda extensão da possibilidade prática”, o resultado do processo assegure ao vitorioso “o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento” (“Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual: terceira série*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 28). Também CÂNDIDO DINAMARCO inclui, entre os quatro “aspectos fundamentais” para a “efetividade do processo”, a “utilidade das decisões judiciais” (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 77-145, p. 270-273 e 297-303).

sofra prejuízo pelo processo”.¹⁴ E em suas *Instituições*, o grande processualista italiano assim lecionava:

O fundamento dessa condenação é o fato *objetivo* da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante.¹⁵

E essa noção é partilhada por praticamente todos que se dedicam ao assunto, de modo a dispensar maiores referências.¹⁶

Em síntese, a condenação do vencido ao pagamento de honorários do advogado do vencedor é elemento integrante da garantia à tutela jurisdicional plena e efetiva. A falta de tal condenação, em valor compatível e adequado com as dimensões econômicas e as características do litígio e com a carga de trabalho processual implicada, importa em dar a quem tem razão menos do que ele teria obtido se não tivesse precisado recorrer à proteção jurisdicional.

8. Nem se diga que a regra geral da atribuição da titularidade dos honorários de sucumbência ao próprio advogado (Lei 8.906/1994, arts. 22 e 23), e não à parte, frustraria essa finalidade. Tal observação não desautoriza a conclusão acima apresentada, por várias razões.

¹⁴ *La condanna nelle spese giudiziale*, 2ª ed., Roma, Foro Italiano, 1935, p. 175 (o destaque é do original): “Il giudizio, come mezzo per la attuazione della volontà della legge che garantisce ad alcuno un bene, no può che condurre al riconoscimento di questo bene nella maggior possibile integrità. (...) tutto ciò che fu necessario al suo riconoscimento è concorso a diminuir-lo e deve essere reintegrato al subbietto del diritto stesso, in modo *che questo non soffra detrimento dal giudizio*.”

¹⁵ *Instituições de direito processual civil* (trad. Guimarães Menegale; introdução A. Buzaid; notas E. T. Liebman), 2ª ed., v. 3, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 207.

¹⁶ No direito brasileiro, HELIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, São Paulo, RT, p. 165; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 109. No julgamento de procedência da ADIn 2.736 (em que se reconheceu a inconstitucionalidade da supressão, mediante medida provisória, de honorários em ações sobre FGTS), seu relator, Min. PELUSO, invocou mais de uma vez a doutrina de CHIOVENDA acima citada (Pleno, v.u., j. 08.09.2010, *DJe* 28.03.2011).

8.1. Primeiro, cabe responder que, quando menos, o sistema adotado pela legislação brasileira presta-se a mitigar os prejuízos havidos pela parte detentora da razão. Afinal, se não houvesse a perspectiva de o advogado ser remunerado mediante os honorários de sucumbência, os honorários contratuais seriam pactuados em valor ainda maior. Como escreve BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, “de algum modo a ideia de ressarcimento é preservada, pois eventual condenação em honorários certamente será considerada na estipulação dos honorários contratuais, o que contribuirá para diminuir o seu valor”.¹⁷

O processo trabalhista brasileiro fornece demonstração bastante clara a esse respeito. É pacífica a orientação de que, em regra, não cabe condenação em honorários sucumbenciais nas reclamações trabalhistas.¹⁸ Como consequência, os honorários contratuais pactuados entre os reclamantes e seus advogados atingem usualmente proporções maiores do que aqueles estipulados no processo civil, em que há a perspectiva de acréscimo dos honorários sucumbenciais.¹⁹

8.2. Depois, é sempre possível pactuação em sentido diverso, de modo a se atribuir à própria parte a totalidade ou uma parcela dos honorários estabelecidos pelo juiz. Lembre-se que o STF declarou inconstitucional, em controle direto e abstrado, o art. 24, § 3º, da Lei

¹⁷ *Honorários advocatícios no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 49.

¹⁸ Nos termos da Súmula 219 do TST, “a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família”. Tal orientação foi confirmada pelo TST após a Constituição de 1988 (Súmula 329) – e é também ratificada pelo STF (v., v.g., Súmula 633 e ED-RE 191.754-7-SC, 2ª T., v.u., rel. Min. Carlos Velloso, j. 06.08.1996, *DJU* 14.11.1996).

¹⁹ É frequente a pactuação de honorários de até 30% do valor do benefício auferido pelo reclamante – percentual incomum nas relações contratuais de prestação de serviços advocatícios no processo civil.

8.906/1994.²⁰ Nessa hipótese – não incomum na prática –, a fixação judicial dos honorários assume diretamente a função reparatória aqui destacada.

8.3. Em terceiro lugar, o advogado em muitos casos recebe apenas os honorários de sucumbência, não fazendo jus a nenhuma remuneração adicional diretamente de seu cliente. Nesse ponto, o signatário permite-se um testemunho pessoal. Em debates de que participa em diferentes regiões do país, o signatário tem constatado que é muito significativa a quantidade de casos em que os advogados atuam apenas pela perspectiva de remuneração mediante os honorários de sucumbência. Especialmente em cidades do interior do país, é usual essa modalidade de ajuste.

8.4. Além disso, a questão deve ser analisada também sob uma perspectiva macroprocessual – isso é, tomando-se em conta não um específico processo, mas o panorama geral da experiência forense brasileira.

A cumulação de honorários contratuais e honorários sucumbenciais, hoje ainda frequente, é uma clara decorrência da prática reiterada de fixação judicial de honorários sucumbenciais irrisórios, distanciados de efetivo custo da atuação do advogado. Não há segurança e previsibilidade, muitas vezes, quanto ao montante que será estabelecido em juízo, a título de honorários. Mais do que isso, é comum a condenação

²⁰ “(...) 4. O art. 21 e seu parágrafo único da Lei n. 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente. 5. Pela interpretação conforme conferida ao art. 21 e seu parágrafo único, declara-se inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual ‘é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência’. 6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 21 e seu parágrafo único e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 24, todos da Lei n. 8.906/1994” (ADIn 1.194, Pleno, rel. Min. CARMEN LUCIA, j. 20.05.2009, DJe 10.09.2009).

sucumbencial diminuta, nomeadamente nos casos em que a lei não impõe em termos explícitos a observância do parâmetro percentual mínimo e máximo (entre 10% e 20%, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC), franqueando ao juiz a “apreciação equitativa” (CPC, art. 20, § 4º). E o universo de hipóteses em que isso ocorre está longe de ser pequeno: sentenças terminativas, sentenças de improcedência, sentenças de procedência declaratórias e constitutivas, sentenças que impõem obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa diversa de dinheiro, com “valor inestimável”, sentenças condenatórias da Fazenda Pública, execuções embargadas ou não...²¹ Nesse contexto de indefinição ou, pior, de razoável perspectiva de fixação de honorários sucumbenciais insuficientes, esses, em muitas ocasiões, acabam tendo pouca relevância na pactuação entre a parte e seu advogado.

Na medida em que se estabeleça uma cultura sólida de fixação de honorários sucumbenciais em valores que efetivamente reflitam a complexidade e a dimensão econômica de cada litígio – e que se prestem, portanto, a remunerar integral e adequadamente a atividade advocatícia –, a tendência é de que o advogado deixe de receber cumulativamente honorários contratuais e os honorários sucumbenciais. Nesse futuro (e desejável) cenário, ou bem passam a estabelecer-se contratações que atribuam à parte a titularidade da verba sucumbencial, ou os honorários contratuais passam a reduzir-se ou eliminar-se, diante do forte prognóstico de honorários de sucumbência sólidos. Trata-se de uma tendência natural

²¹ A rigor, mesmo nas hipóteses do § 4º do art. 20 do CPC, na medida do máximo possível, deveriam ser fixados honorários que tomem em conta a efetiva dimensão econômica do litígio e que se coadunem com os parâmetros do § 3º do mesmo artigo. Quanto ao ponto, o signatário remete a escrito seu anterior, bem como às referências doutrinárias e jurisprudenciais lá feitas (EDUARDO TALAMINI, *Direito processual concretizado*, Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 109-111).

do mercado, assegurada inclusive pela intensa competitividade vivenciada no setor.

Há exemplos que dão lastro a essa suposição.

Na experiência brasileira, em determinadas categorias de causas em que se constituiu prática consolidada a fixação de honorários que efetivamente refletiam a dimensão da controvérsia, tornou-se comum a atuação remunerada precipuamente pela verba sucumbencial. Foi o que se deu, por largo período, no âmbito das execuções promovidas por instituições financeiras, por exemplo.

No direito comparado, pode-se mencionar a experiência da Alemanha. PETER L. MURRAY e ROLF STÜRNER relatam que “o princípio de que ‘o derrotado paga’” está muito “bem impregnado na cultura legal alemã”. Há a fixação de honorários de sucumbência em conformidade com tabelas e parâmetros amplamente consagrados. Como consequência prática, a pactuação de honorários entre a parte e seu advogado invariavelmente se funda nesses mesmos parâmetros (embora eles não sejam cogentes), com os honorários fixados judicialmente sendo usados, pela parte vencedora, para ressarcir-se do montante antes pago.²²

9. Enfim, em qualquer caso, o mecanismo da fixação judicial de honorários de sucumbência presta-se a quando menos mitigar os custos em que incorreu a parte revestida de razão que teve de recorrer ao processo. É instrumento relevante na busca da tutela jurisdicional plena e efetiva.

²² “Although lawyers are free to contract with their clients for compensation in excess of the statutory schedule, in practice this seldom occurs in litigated matters. One reason is that in most cases the loser is required to reimburse the winner of litigation for court costs and attorneys’ fees as computed according to the official schedule. The principle of ‘loser pays’ is so well ingrained in the German legal culture that few clients are willing to incur fees greater than would be reimbursed if they won their suits” (MURRAY e STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham, Carolina Academic Press, 2004, p. 10).

Nessa linha, há interessante precedente na jurisprudência constitucional da Itália. O art. 641, *ult. comma*, do CPC italiano (na red. dada pelo art. 2.o, da Lei 358, de 1976) havia excluído a incidência de verbas sucumbenciais, na ação injuntiva de pagamento, quando a prova apresentada pelo autor já fosse título executivo. Em acórdão relatado pelo renomado processualista VIRGILIO ANDRIOLI, a Corte Constitucional italiana reputou constitucionalmente ilegítima essa parte do dispositivo, precisamente em face das garantias da igualdade (art. 3º, Const. Italiana) e da inafastabilidade da tutela (art. 24, *comma* 1).²³

Note-se que o primeiro *comma* do art. 24 do texto constitucional italiano é redigido nos seguintes termos: “todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos”.²⁴ E dele extrai-se – tal como na ordem constitucional brasileira, relativamente ao art. 5º, XXXV – não apenas o acesso à Justiça, como também a garantia da tutela jurisdicional plena, integral e efetiva.

II - b) *Acesso à Justiça*

10. Mas a técnica de condenação em verbas de sucumbência é diretamente relevante também para a concretização da própria garantia do acesso à Justiça.

Os custos econômicos do processo constituem um dos possíveis obstáculos para o ingresso e atuação perante o órgão jurisdicional. Entre esses custos, estão as custas judiciais e os honorários advocatícios. A atuação do advogado é essencial ao desenvolvimento da Jurisdição, é ela há de ser devidamente remunerada (v. tópico adiante).

²³ Sent. n. 303, de 21.12.1986 (acessível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0303s-86.html>). Sobre o tema, v. EDOARDO GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milão, Giuffrè, 1991, p. 97-98.

²⁴ “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”.

A existência de um mecanismo que se presta a assegurar que a parte destituída de razão arque com os honorários do advogado da parte à qual se reconhece do direito à tutela jurisdicional funciona como um mecanismo facilitador do acesso à Justiça. Confere ao jurisdicionado – especialmente aquele com perspectiva concreta de ter sua razão reconhecida – uma possível fonte de custeio de seu advogado.

Não é uma fonte certa, pois o resultado do processo é imprevisível. Mas, quanto maior a estimativa de êxito, mais plausível é sua incidência. É também uma fonte eventualmente incompleta, por não dispensar, muitas vezes, os honorários contratuais. Mas, quanto a esse aspecto, valem as considerações feitas no tópico anterior: a condenação em sucumbência serve ao menos para mitigar os custos da contratação do advogado, por um lado; por outro, quanto mais firmemente se estabelece cultura de fixação judicial de honorários efetivamente compatíveis com as dimensões e características do litígio, mais completa se tornará essa fonte.

A relevância da condenação em verbas de sucumbência como instrumento diminuidor dos custos da parte investida de razão é notada pela doutrina que se dedica ao tema do acesso à Justiça. Como escreveram MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH: “O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob o ‘Sistema Americano’, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado.”²⁵

12. Nem cabe dizer que o óbice econômico ora destacado haveria de ser superado exclusivamente pelo instituto da assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV).

²⁵ *Acesso à Justiça* (trad. Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre, S. Fabris, 1988, p. 16.

12.1. Primeiro, note-se que um sistema de assistência jurídica gratuita eficaz e abrangente de todo o território nacional nem sequer é ainda realidade – e deve demorar a vir a ser. Portanto, não se deve desprezar a conjugação de todos os expedientes aptos a facilitar o acesso à Justiça.

12.2. De resto, a condenação em honorários de sucumbência é mecanismo que aproveita também aos próprios órgãos de assistência judiciária. Quando o beneficiário da justiça gratuita for sucumbente, apenas responderá pelas verbas de sucumbência se, em cinco anos contados da condenação, deixar de ter a condição legal de necessitada (Lei 1.060/1950, arts. 11 e 12). Mas, por outro lado, se o beneficiário da assistência jurídica for o vencedor da ação, a verba advocatícia será devida pelo derrotado. E se o beneficiário da assistência jurídica estiver sendo representado por defensor público, os honorários sucumbenciais destinar-se-ão aos cofres da pessoa administrativa a que se vincula a defensoria pública que atuou no processo.²⁶

Vale dizer: os honorários de sucumbência poderão contribuir no próprio custeio do serviço de defensoria pública.

12.3. Pondere-se ainda que o jurisdicionado hipossuficiente não pode ser obrigado a se valer da defensoria pública. Quando ele tiver a chance de escolher o advogado de sua confiança, essa opção deve prevalecer.²⁷ E a perspectiva de honorários de sucumbência contribui para ampliar essa chance.

²⁶ Sobre o tema, veja-se YUSSEF CAHALI, *Honorários advocatícios*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2011, p. 177-179. Fica ressalvada apenas a hipótese, de todo razoável, prevista na Súmula 421 do STJ.

²⁷ Por isso, em outros países, têm destaque os planos e seguros de assistência jurídica, que dão ao indivíduo a possibilidade de definir “qual advogado constitui a melhor escolha” (CAPPELLETTI e GARTH, *Acesso à Justiça*, cit., p. 150). Esse aspecto é também destacado por EGAS MONIZ DE ARAGÃO (“O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício)”, em *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, 1978, p. 82 e nota 40).

12.4. Aliás, há ainda outro aspecto a se atentar. Os mecanismos de minoração ou eliminação dos óbices ao acesso à Justiça devem ser concebidos não apenas em favor daqueles que se enquadram nos requisitos para a obtenção da assistência jurídica integral. Devem ser engendrados para aproveitar a todos os jurisdicionados.

Mesmo porque uma larga parcela deles encontra-se no que se poderia chamar de “zona fronteira”: ao mesmo tempo em que não se enquadram nos pressupostos para a obtenção do benefício, nem por isso deixam de ser sacrificados com os custos do processo.

12.5. Por fim, na medida em que outros mecanismos de facilitação de acesso sejam eficientes, isso contribui para a própria operacionalidade e eficiência da assistência judiciária. Estabelecem-se outros canais de suprimento das necessidades dos jurisdicionados menos favorecidos, evitando-se a sobrecarga dos serviços de assistência judiciária.

Como notam CAPPELLETTI e GARTH, “a assistência judiciária (...) não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita do acesso à Justiça. Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária”, entre os quais a limitação do número de advogados e as restrições orçamentárias – “o que é um problema básico dos esquemas de assistência judiciária”.²⁸

Até porque o Poder Público não tem como prover recursos ilimitadamente, é fundamental que se impute à parte sem razão no litígio a plena responsabilidade pelas despesas do processo (custas e honorários). Quanto mais integral e efetiva for essa imputação, maiores serão as chances de autossuficiência do custeio da atuação do advogado das partes necessitadas – sem que se precise recorrer ao custeio público.

²⁸ *Acesso à Justiça*, cit., p. 47.

13. Não bastassem essas considerações, convém lembrar que as verbas de sucumbência têm relevo não apenas na dimensão subjetiva do acesso à Justiça, mas também sob o aspecto objetivo. Não se trata apenas de saber *quem* conseguirá litigar em juízo, mas também *quais direitos* terão efetivas condições de serem trazidos ao crivo jurisdicional.

Nessa hipótese, os parâmetros para a atribuição de assistência jurídica são inclusive irrelevantes. Eles tomam em conta a condição econômica do jurisdicionado (que há de se ser “necessitado”, economicamente hipossuficiente...) – e não a dimensão econômica do bem jurídico que é objeto do litígio.

Há o risco de que direitos de pequena dimensão patrimonial deixem de, em termos concretos, ser tuteláveis em juízo, na medida em que os custos do processo superem o valor do bem.

Para que isso não aconteça, é fundamental que o titular do direito possa ser ressarcido desses custos, direta ou indiretamente.

CHIOVENDA, após citar regra excepcional do Código italiano, segundo a qual o autor da ação arcaria com os custos do processo, complementava:

Mas seria profundamente danoso ao comércio jurídico que isso fosse regra geral. Os patrimônios, particularmente os menores, adquiririam uma perigosa elasticidade. Não apenas um direito poderia diminuir ou não, mas simplesmente existir ou não, conforme as despesas necessárias a seu reconhecimento superassem o seu conteúdo econômico ou a ele se igualassem. Bastaria esse último inconveniente para ter-se por racional o princípio da condenação absoluta do vencido: afinal, é fato que frequentemente ocorre, mas que o legislador não pode tornar sistemático, que os obstáculos à atuação tornam praticamente inexistente um direito”.²⁹

²⁹ *La condanna...*, cit., p. 174-175. No original: “Ma sarebbe profondamente dannoso al commercio giuridico che questo fosse regola generale. I patrimoni, particolarmente minori, acquisterebbero una pericolosa elasticità. Nè soltanto un diritto potrebbe diminuire o no, ma a dirittura essere o no, secondochè le spese necessarie a farlo riconoscere superassero o uguagliassero il suo contenuto economico. Basterebbe quest’ultimo inconveniente a far ritenere razionale il principio della condanna assoluta del vinto: poichè, è un fatto che spesso avviene, ma che il legislatore non può elevare a sistema, che gli ostacoli dell’attuazione rendono praticamente inesistente un diritto”.

II - c) *Responsabilidade jurídica*

14. A imputação das verbas de sucumbência à parte que não tem razão na lide funda-se também no princípio da responsabilidade. Cada sujeito de direito deve responder por seus atos, assumir as consequências de suas escolhas, arcar com os custos gerados por sua condutas.

Essa é uma decorrência essencial da dignidade humana. O homem, na ordem jurídica, há de ser sempre *sujeito*, e não objeto. Deve ser tratado sempre como *fim*, e não como meio. Reconhece-se que o homem possui atributos que o diferenciam de todos os outros seres. Atributos que justificam a própria existência do Direito. O ser humano é o único capaz de pautar suas condutas por regras que ele mesmo estabelece, *cria*. Não age apenas instintivamente. A dignidade do homem deriva da sua capacidade de estabelecer normas que possam valer para si e os demais – e, ao atuar como “legislador universal”, há de respeitar essa dignidade, tratando a si mesmo e aos demais, sempre, como fim e não como meio.³⁰ A dignidade humana, compreendida nesses termos, constitui o alicerce de legitimidade da ordem jurídica e condiciona todos os outros valores fundamentais (Preâmbulo da Carta da ONU; Declaração Universal dos Direitos do Homem, Preâmbulo e art. I; CF, art. 1.º, III). É o fundamento último do Estado brasileiro: todos os demais “fundamentos” mencionados no art. 1.º da Constituição são desdobramentos dele.³¹

Precisamente porque não age apenas por instinto – mas faz escolhas, cria – é que cada sujeito deve responder por suas condutas. Portanto, imputar a cada um a *responsabilidade* por suas *escolhas* – que

³⁰ Tal formulação remonta a KANT (*Fundamentos da metafísica dos costumes* [trad. L. de Q. Henkel], Rio de Janeiro, Tecnoprint, s.d., cap. II e III).

³¹ Sobre o tema, o signatário remete a anterior ensaio seu (EDUARDO TALAMINI, “Dignidade humana, soberania popular e pena de morte”, em *Revista Trimestral de Direito Público*, 11, 1995, p. 185 e seguintes).

não são meras ações instintivas – é um dos modos de reconhecer a especial dignidade de que se revestem os sujeitos de direito.³²

Como escreve GIUSEPPE UGO RESCIGNO, a noção geral de responsabilidade

pressupõe um certo grau de liberdade nos homens, ou melhor, pressupõe a convicção de que os homens sejam em alguma medida livres, de modo que faz sentido imputar seus fatos e fazê-los responsáveis por eles apenas se se parte do pressuposto de que eles podiam comportar-se diversamente de como agiram (tanto é verdade que, ao contrário, quando se tem a convicção de que o fato não pode ser imputado, então não há responsabilidade).³³

15. A responsabilidade jurídica que recai sobre cada sujeito em sua vida jurídico-material igualmente se põe na esfera processual. Os sujeitos do processo respondem por seus atos segundo regime jurídico que guarda razoável simetria com aquele vigente no direito material.³⁴ Eis mais um dos campos em que se confirma a feliz constatação de CÂNDIDO DINAMARCO de que o processo apresenta-se como “microcosmo democrático do Estado de direito”.³⁵

A responsabilidade processual concerne não apenas ao dever de litigar de boa-fé. Também diz respeito ao dever de arcar com os custos do processo (custas judiciais e honorários advocatícios). FERNANDO LUSO SOARES, em obra dedicada à responsabilidade processual civil, alude à responsabilidade subjetiva e à responsabilidade

³² Obviamente, a dignidade humana é diretamente atribuível à pessoa natural. Mas a pessoa jurídica não é mais do que instrumento da atuação criativa do ser humano, aplicando-se-lhe, portanto, a mesma ordem de ideias.

³³ “Responsabilità (dir. cost.)”, verbete na *Enciclopedia del diritto*, v. XXXIX, Milão, Giuffrè, 1988, item 3 (versão digital, em DVD). No original: “Questa generale nozione presuppone un qualche grado di libertà negli uomini, o, meglio, presuppone la convinzione che gli uomini siano in qualche misura liberi, cosicché ha senso imputare loro fatti e farli responsabili di essi solo se si muove dal presupposto che essi potevano comportarsi diversamente da come hanno agito (tanto è vero che, al contrario, dove si è convinti che il fatto non possa essere imputato, ivi non vi è responsabilità)”.

³⁴ Adiante, alude-se, ainda que não diga respeito ao cerne deste parecer, à discussão relativa à autonomia da responsabilidade processual em face do direito material.

³⁵ *A instrumentalidade do processo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 25.

objetiva, para referir-se a cada uma dessas duas hipóteses, respectivamente.³⁶

Adiante, examinam-se os pressupostos para a atribuição da responsabilidade pelos custos do processo. De todo modo, a ideia geral é de que essa carga econômica recaia sobre a parte que não tem razão no conflito posto em juízo. Confere-se a todos o direito de postular em juízo. Mas o jurisdicionado há de atuar sabendo que arcará com as despesas processuais na medida em que não tenha razão quanto à posição que defende no processo.

16. STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, em seu célebre livro sobre o “custo dos direitos”,³⁷ demonstram ser falsa a ideia de que apenas os “direitos de segunda geração” demandam providências positivas do Estado, implicando custos para sua satisfação. Também os clássicos direitos de liberdade impõem pesadíssimos custos ao Poder Público. Também eles dependem de intervenções estatais concretas e positivas.

16.1.1 As liberdades de locomoção, expressão, associação, os direitos à intimidade, à propriedade, enfim, todos os direitos do Estado liberal, exigem igualmente providências (administrativas, judiciais...) estatais de proteção, tanto preventivas quanto sucessivas a possíveis lesões. Sob essa perspectiva, “todos os direitos são direitos positivos”,³⁸ no sentido de direitos a prestações estatais positivas. Entre essas providências, destaca-se a manutenção e atuação do aparato de tutela judicial.

³⁶ *A responsabilidade processual civil*, Coimbra, Almedina, 1987, *passim*.

³⁷ *Il costo dei diritti: perché la libertà dipende dalle tasse* (trad. de Elisabetta Cagliero, da ed. americana de *The Cost of Rights. Why Liberties Depend on Taxes*, de 1999), Bolonha, Il Mulino, 2000.

³⁸ *Il costo dei diritti...*, cit., p. 51.

Não por outra razão, ALEXY enquadra o direito à tutela jurisdicional entre os “direitos a ações positivas do Estado”. Sob certo aspecto, a garantia de proteção jurisdicional insere-se entre os “direitos fundamentais à proteção” (que “são direitos subjetivos constitucionais frente ao Estado para que esse realize ações positivas fáticas ou normativas que têm por objeto a delimitação das esferas dos sujeitos jurídicos de igual hierarquia, bem como a imponibilidade e a imposição dessa demarcação”).³⁹ Em outra perspectiva, o direito à tutela jurisdicional é também enquadrável entre os “direitos a organização e procedimento” (i.e., o estabelecimento, interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, bem como a organização e manutenção de estruturas orgânicas – uns e outros preordenados à asseguaração e realização dos direitos).⁴⁰

16.2. Como escrevem HOLMES e SUNSTEIN:

Na medida em que a proteção dos direitos depende da ação do Poder Judiciário, os direitos custam, no mínimo, tanto quanto custa contratar, capacitar, dotar de meios, pagar e, por sua vez, controlar os guardiães judiciários de nossos direitos fundamentais.⁴¹

A tais custos agregam-se os da atuação dos advogados – em regra, indispensáveis ao desenvolvimento do processo jurisdicional, no Brasil e em outros países (v. tópico seguinte).

16.3. HOLMES e SUNSTEIN demonstram também o desacerto da noção corrente de que a ampliação do rol de direitos fundamentais implica o afrouxamento dos deveres e a exoneração de responsabilidades dos indivíduos e instituições. O que se passa é precisamente o contrário: “os direitos e as responsabilidades dificilmente

³⁹ ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés, da ed. alemã de 1986 de *Theorie der Grundrechte*), Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (1ª reimp.), p. 436.

⁴⁰ ALEXY, *Teoria...*, cit., p. 456-459.

⁴¹ *Il costo dei diritti...*, cit., p. 47.

podem ser separados, estando assim estritamente correlacionados”. Há recíproca dependência entre um e outro.⁴²

A intensificação dos direitos fundamentais traz consigo uma nova carga de responsabilidade do Estado. Acarreta também o incremento de responsabilidade de outros sujeitos a quem caiba respeitar os direitos alheios. Por fim – e não menos importante –, amplia-se a responsabilidade do próprio titular do direito: “a existência de um direito não comporta apenas deveres da parte de terceiros em face de quem lhe é titular, mas por vezes é o próprio titular de um direito que, ao exercitá-lo, assume maiores responsabilidades”.⁴³

É o que se dá no exercício do direito fundamental de acesso à Justiça. No moderno Estado de Direito, o direito constitucional de ação (assim como do seu correlato, a defesa) é absolutamente abstrato. A todos é dado o direito de pedir proteção em Juízo e de se defender das demandas contra si formuladas – independentemente do grau de plausibilidade das pretensões ou defesas formuladas. Em qualquer caso, assegura-se ao jurisdicionado o direito de receber uma resposta do próprio agente jurisdicional, observando-se o *due process of law*. Mas em contrapartida, o jurisdicionado responsabiliza-se pelos custos do processo na medida em que não tenha razão quanto às suas pretensões e defesas.

17. Nem se diga que o discurso da responsabilidade pelo exercício dos direitos autorizaria igualmente imputar a cada parte que litiga os custos dos atos por ela praticados ou provocados – independentemente de sua razão no conflito. Não se ignora a adoção desse modelo em alguns

⁴² *Il costo dei diritti...*, cit., p. 146.

⁴³ *Il costo dei diritti...*, cit., p. 155.

ordenamentos (ainda que ele seja cada vez mais raro no direito comparado).

17.1. Mas esse sistema – de cada parte arcar com suas próprias despesas, sem nenhum ressarcimento do sucumbente ao vencedor –, por um lado, viola, como visto, outro princípio fundamental, a efetividade e plenitude da tutela.

17.2. Por outro lado, ele vai contra um dos aspectos fundamentais do próprio princípio da responsabilidade. A imputação de responsabilidade a cada sujeito de direito tem uma dimensão preventiva. A perspectiva de responder futuramente por seus atos, na medida em que não tenha razão, torna cada sujeito mais ponderado, providente, razoável, na escolha de suas condutas.

Não por acaso, na linguagem comum, o adjetivo “responsável” presta-se a indicar alguém que se revista de tais qualidades (ponderação, razoabilidade, seriedade: “com o passar dos anos, Fulano tornou-se mais responsável”). Essa é uma das acepções do vocábulo nos dicionários. “Responsável” é aquele que “cumpre suas obrigações, que é sério, confiável” (AULETE); alguém “que tem condições morais (...) de assumir compromisso” (HOUAISS); “que tem noção exata de responsabilidade; que se responsabiliza pelos seus atos; que não é irresponsável (‘É rapaz honesto, *responsável*’)” (AURÉLIO).

E essa dimensão da responsabilidade tem também relevo jurídico, conforme destacam os civilistas:

- Esta função da responsabilidade civil [preventiva] é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não

só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos).⁴⁴

- De fato, não só reparatória, mas ainda preventiva é a missão da sanção civil, que ora frisamos. Possibilita, de um lado, a desestimulação [sic] de ações lesivas, diante da perspectiva desfavorável com que se depara o possível agente, obrigando-o, ou a retrair-se, ou, no mínimo, a meditar sobre os ônus que terá de suportar.⁴⁵

17.3. Essa dimensão funcional da responsabilidade jurídica tem evidente carga ética. Mas é também mecanismo pragmático, utilitário, de desestímulo às condutas ilícitas ou juridicamente desnecessárias.

Isso fica muito evidente no plano da responsabilidade processual. A atribuição dos custos do processo (custas e honorários) à parte destituída de razão na lide funciona como importante instrumento de incentivo à litigância responsável. A perspectiva de responder pela carga econômica do processo constitui, para o jurisdicionado, importante fator a ponderar antes de litigar em juízo. A formulação de pretensões levianas ou defesas infundadas ou procrastinatórias é, sob essa perspectiva, desaconselhada.

Como escreveu CARNELUTTI, a atribuição dos custos do processo à parte sem razão – em vez de simplesmente imputar a cada parte os custos pelos atos que lhe interessam – atende a razões de duas ordens. A primeira é um princípio de justiça distributiva: é justo que quem tornou necessário o processo suporte-lhe o encargo econômico. A segunda é uma razão de “higiene social”:

(...) a previsão desse encargo produz efeitos sobre o comportamento [da parte] no sentido de torná-lo mais cauteloso. Assim, a responsabilidade da parte, que deu causa ao processo, pelas despesas apresenta desde logo aquela função de contraestímulo à ação, pelo que entra na noção ampla de risco processual.⁴⁶

⁴⁴ FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 441.

⁴⁵ CARLOS ALBERTO BITTAR, *Reparação civil por danos morais*, 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.121.

⁴⁶ *Sistema di diritto processuale civile*, v. I, Pádua, Cedam, 1936, p. 436: “la previsione di questo carico reagisce sul suo contegno nel senso da renderlo più cauto. Così la responsabilità della parte, che ha dato

DANIELA MARCHESI desenvolveu interessante análise econômica sobre a eficiência da Justiça Civil. Entre outros fatores examinados, está a distribuição das despesas da lide e suas repercussões. Tratando de normas vigentes no direito italiano, que restringem o ressarcimento das despesas processuais em favor da parte credora na sucumbência e, em princípio, eliminam-na na transação judicial, MARCHESI constata que

a cota de despesas que a parte sem razão estima ter de ressarcir (...), quando calcula a sua vantagem em adotar ou não um comportamento oportunístico, é limitada no caso de sucumbência e nenhuma no caso de transação. *Disso deriva um evidente incentivo à produção de demanda 'patológica'*.⁴⁷

Logo a seguir, a autora coteja diferentes modelos de distribuição das despesas processuais no direito comparado. Examinando o modelo em que “cada parte paga pessoalmente as próprias despesas de defesa” (i.e., o vencido não tem de ressarcir o vencedor), ela constata, mediante a consideração de fórmulas econômicas, que, em tal sistema, “o incentivo para a parte sem razão dotar comportamentos oportunísticos é muito forte”.⁴⁸

Enfim, como pondera HEITOR VITOR SICA, “a modicidade das verbas sucumbenciais representa um potente incentivo à litigiosidade”.⁴⁹ A pura e simples exoneração de tais verbas torna ainda mais intenso o incentivo à litigância irresponsável...

causa al processo, pre le spese mostra fin da ora quella funzione di costrostimolo all'azione, per cui essa rientra nell'ampia nozione del rischio processuale”.

⁴⁷ DANIELA MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati: diritto ed economia del processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 94 (original sem destaque). No original: “la quota di spese, che la parte in torto conta di dovere rifondere (...), quando calcula il suo vantaggio a tenere o meno un comportamento opportunístico, è contenuta in caso di sconfitta e nulla in caso de transazione. Ne consegue un evidente incentivo alla produzione di domanda ‘patologica’”.

⁴⁸ *Litiganti...*, cit., p. 94. No original: “l’incentivo per la parte in torto a tenere comportamenti opportunísticos è molto forte”.

⁴⁹ “Breves comentários ao art. 20 do CPC, à luz da jurisprudência do STJ”, em *Revista de Processo*, v. 207, 2012, p. 384.

II - d) *A essencialidade do advogado à administração da justiça: seu caráter instrumental em face dos princípios antes destacados*

18. Há ainda um quarto fundamento constitucional a considerar. A atuação do advogado é essencial ao adequado desenvolvimento da Jurisdição (CF, art. 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça...”).

Normalmente, os debates sobre o valor constitucional dos honorários de sucumbência centram-se nesse princípio – deixando de lado, em maior ou menor medida, os vetores constitucionais antes examinados.⁵⁰ É comum que tanto aqueles que defendem quanto os que pretendem mitigar ou negar a relevância constitucional da fixação judicial da verba honorária dediquem sua atenção precipuamente (se não exclusivamente) a tal norma.

A imprescindibilidade do advogado à Jurisdição é elemento relevante para a questão, mas se põe em relação de instrumentalidade em face dos demais valores constitucionais antes expostos (bem como perante diversas outras garantias fundamentais do processo). A essencialidade da atuação advocatícia não é um valor em si mesmo. A intervenção de profissional com formação técnica especializada é aspecto imprescindível para assegurar ao jurisdicionado efetivo acesso à Justiça, adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, obtenção de proteção jurisdicional plena e adequada – e assim por diante.⁵¹

⁵⁰ Foi o que se deu, por exemplo, na ADIn 2.736 (de todo modo, nesse caso, o STF limitou-se a declarar inconstitucional o dispositivo impugnado apenas por vício formal, de processo legislativo – sem ingressar no exame de possíveis vícios de inconstitucionalidade material).

⁵¹ Como notava CALAMANDREI, o advogado, na condição de representante da parte, desempenha no processo uma atividade “essencialmente parcial”, na busca da vitória de seu constituinte. Mas essa sua “parcialidade insitucional”, quando conjugada com a contraposta parcialidade do defensor adversário, “transforma-se em uma força que auxilia à descoberta da verdade e que responde ao interesse público da justiça” (*Instituzione di diritto processuale civile secondo il nuovo codice* – volume 4 das suas *Opere giuridiche* [org. Mauro Cappelletti], Nápoles, Morano, 1970, p. 486-487).

Essa constatação, longe de implicar menoscabo à norma em discurso, evidencia sua importância. Não se trata de idiosincrasia do texto constitucional nem de concessão a reclamos corporativos. É uma imposição da própria complexidade do ordenamento jurídico e dos mecanismos processuais de composição dos conflitos – que está longe de ser um fenômeno recente,⁵² ainda que se tenha intensificado a partir da idade moderna.

Nesse sentido, a “indispensabilidade” do advogado é apenas reconhecida, declarada, pela Constituição, e não propriamente por ela criada. Existiria – e existe – independentemente do texto constitucional.

19. Isso é confirmado pelo fato de que, na generalidade dos ordenamentos dos contemporâneos Estados de Direito, põe-se essa relevância fundamental do advogado. Quando ela não é consagrada no próprio direito positivo – tal como se dá entre nós –, é constatada como dado concreto da experiência jurídica.

Na Itália, vigora princípio geral da necessidade de representação por advogado no processo civil (CPC italiano, art. 82 e seguintes). E a doutrina aponta que o objetivo visado pela exigência legal

⁵² EGAS MONIZ DE ARAGÃO recorda que as Ordenações Filipinas já continham regra para evitar a perda do direito pela parte por deficiência de seu procurador (“O Estado de Direito...”, cit., p. 82). PIERO FIORELLI observa que o papel do advogado, que havia sido bastante relevante no direito romano clássico e depois havia sido reduzido no direito romano tardio, reassumiu importância no “renascimento jurídico” representado pela formação do “direito comum” (fruto da retomada do direito romano e sua conjugação com o direito canônico e com elementos jurídicos dos povos bárbaros): “Le basi romane e canoniche del nuovo processo, la sua impronta dotta e dottrinale, la sua stessa complessità e duttilità giustificano il sempre più frequente ricorso a difensori esperti nel diritto” (“Avvocato e procuratore (dir. rom. e interm.)”, verbete na *Enciclopedia del diritto*, v. IV, Milão, Giuffrè, 1959, versão digital em DVD). MARCELLO CAETANO, tratando dos primórdios do direito português, nota que os reis tentaram inicialmente combater a profissão dos advogados, por atribuir-lhes a responsabilidade pela demora do processo. Porém, “tais esforços foram baldados. A complexidade do processo do tipo romano canônico exigia especialização de conhecimentos e prática do juízo, que tinham de ser atributos de profissionais” (*História do direito português*, 4ª ed., Lisboa, Verbo, 2000, p. 392).

de intervenção do advogado é assegurar à parte o adequado exercício do direito de defesa em Juízo, que depende de um especialista.⁵³

Na França, VINCENT e GUINCHARD observam que, a despeito de diferentes orientações no curso da história, “o direito moderno mostra-se mais favorável à representação [por advogado]. Ele a regulamenta, e, por vezes, até mesmo a impõe, notadamente diante dos tribunais de direito comum”.⁵⁴ Os mesmos autores destacam ainda que o direito de ser assistido por um defensor constitui um “direito fundamental de caráter constitucional”, inerente ao direito à ampla defesa.⁵⁵

Na Alemanha, em que não há semelhante regra geral impositiva da presença do advogado, sua intervenção no processo civil é, a despeito disso, apontada como fundamental:

Os advogados desempenham importantes papéis em todos os aspectos da justiça civil na Alemanha. (...) Embora a justiça civil alemã seja por vezes descrita como ‘conduzida pelo juiz’, na realidade os advogados alemães são largamente responsáveis pela qualidade da litigância em juízo na Alemanha.⁵⁶

Nos Estados Unidos, em que vigora o “sistema adversarial”, que é assumidamente conduzido pelas partes, a essencialidade da intervenção do advogado é ainda mais evidente. Como notam JAMES, HAZARD e LEUBSDORF:

⁵³ GIROLAMO MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, Milão, Cedam, 2009, p. 164: “Lo scopo del legislatore è quello di assicurare all’interessato um adeguato sostegno defensivo, che solo um esperto può dare: tali esperti sono gli avvocati”.

⁵⁴ JEAN VINCENT e SERGE GUINCHARD, *Procédure civile*, 24ª ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 378: “(...) le droit moderne se montre plus favorable à la représentation. Il la régleme, il l’impose même parfois, notamment devant les tribunaux de droit commun.”

⁵⁵ *Procédure civile*, cit., p. 378, com referência a decisão do Plenário da Corte de Cassação, de 30.06.1995.

⁵⁶ MURRAY e STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., p. 9: “Lawyers play important roles in all aspects of civil justice in Germany. (...) Although German civil justice is sometimes described as ‘judge-led’, in reality German lawyers are largely responsible for the quality of German litigation in court”.

Uma vez que são os atos das partes que fazem o sistema adversarial tramitar e uma vez que os procedimentos judiciais são muito complexos para a maioria das partes operá-los, os advogados desempenham papel crucial no processo civil.⁵⁷

Esse aspecto é também notado por ROBERT KAGAN, em sua obra sobre as peculiaridades do “sistema adversarial” americano. Ele observa que os sistemas jurídicos da Europa continental são “*judge-heavy*”, enquanto o sistema americano é “*lawyer-heavy*” – e destaca precisamente o quanto isso repercute nos custos do processo.⁵⁸

20. À relevância da atividade advocatícia para o exercício da Jurisdição corresponde a necessidade de sua adequada remuneração.

Como escreve EGAS MONIZ DE ARAGÃO, “sendo, como é, tamanha a importância da participação do advogado”, por um lado, “é indispensável que o Estado assegure aos que não podem pagar-lhe os honorários a assistência judiciária” prometida constitucionalmente.⁵⁹

Aliás, a previsão constitucional de assistência jurídica integral nada mais é do que confirmação da imprescindibilidade da atuação advocatícia. Se o advogado fosse dispensável, não haveria necessidade de a Constituição assegurar sua disponibilização gratuita aos que não podem pagar por seus serviços.

E prossegue MONIZ DE ARAGÃO: “Por outro lado se é certo que os necessitados não podem ficar desamparados, é também certo que essa assistência não pode ser exigida dos advogados gratuitamente...”.

E em termos ainda mais enfáticos, o grande processualista da Universidade do Paraná conclui afirmando que “constitui

⁵⁷ *Civil procedure*, 4^a ed., Boston, Little, Brown and Company, 1992, p. 7-8.: “Because the acts of the parties make the adversary system run and because court procedures are too complex for most parties to operate them, lawyers play a crucial role in civil proceedings”.

⁵⁸ *La giustizia americana: come il contraddittorio fa il diritto* (trad. de Francesca Cuomo Ulloa, da ed. americana de *Adversarial Legalism. The Way of American Law*, de 2001), Bologna, Il Mulino, 2009, p. 194-197.

⁵⁹ “O Estado de Direito...”, cit., p. 82.

uma farsa impor ao advogado” que preste sua assistência profissional gratuitamente.⁶⁰

21. Tudo isso conduz à relevância da imposição judicial de honorários ao sucumbente. Por óbvio, essa não é a única modalidade possível de remuneração do advogado. Por outro lado, nem sempre ela será concretamente uma providência completa ou mesmo eficaz. Mas, por todas as razões antes postas, cabe empregá-la sempre que possível.

II - e) *Arremate do tópico*

22. Ainda que em caráter de *obiter dictum*, o Ministro CARLOS AYRES BRITTO, em seu voto na já mencionada ADIn 2.736, teceu a seguinte consideração:

Eu acho que não cabe à lei, a lei não tem essa força de excluir honorários sucumbenciais nesse ou naquele caso, só a própria Constituição. Como, aliás, fez a Constituição em matéria de ação popular, dispensou honorários de sucumbência.

Ainda que não se vá tão longe, a ponto de se afirmar em termos absolutos a inconstitucionalidade de toda e qualquer lei que exclua os honorários de sucumbência,⁶¹ suas bases constitucionais, quando menos, prestam-se a evidenciar que o princípio geral é o da sua incidência. É inviável negar sua aplicação pelo tão-só fundamento de que a lei não o previu explicitamente em uma específica hipótese. Pela mesma razão, descarta-se haver limites infraconstitucionais implícitos à sua incidência.

Em suma, a interpretação das normas infraconstitucionais a respeito de honorários de sucumbência há de fazer-se sempre à luz das injunções constitucionais ora destacadas.

⁶⁰ “O Estado de Direito...”, cit., p. 82-83.

⁶¹ Outros valores igualmente constitucionais podem justificar a excepcional exclusão, mediante expressa previsão legislativa.

III - Os critérios gerais para a atribuição de honorários

23. A definição da imputação judicial de honorários envolve duas etapas lógicas. Uma delas destina-se a definir se é cabível alguma atribuição de honorários. A outra consiste em saber a quem os honorários devem ser atribuídos.

III - a) *Atividade processual técnica (“carga de trabalho”)*

24. Na medida em que a parte desenvolva atividade em juízo que exija a prática de atos técnico-processuais, justifica-se a atribuição de honorários. Vale dizer: havendo a intervenção de advogado no processo, para o desempenho de atividade que pressupõe essa qualificação profissional, põe-se a questão dos honorários.

25. E é o efetivo desempenho de atividade técnico-processual que justifica a atribuição dos honorários – sendo irrelevante a sede formal em que tal atividade desenvolva-se (ou seja, se constituiu ou não uma nova ação, novo processo, mera fase etc.). Ou seja, na medida em que se ponha uma nova e específica carga de trabalho advocatício, exigindo de cada parte contar com o concurso de um profissional para o exercício de tal tarefa, cabem honorários.

25.1. Esse foi o entendimento adotado, por exemplo, por ocasião da mudança da natureza jurídica da sede da execução do título judicial de pagamento de quantia.

Com a Lei 11.232/2005, a execução da sentença condenatória ao pagamento de quantia, em regra, deixou de ser realizada em um novo processo, diverso daquele em que se formou o título. O “cumprimento de sentença”, novo nome dado a tal execução, passou a ocorrer como mera fase dentro do próprio processo em que o título já foi constituído. No entanto, permaneceu existindo toda uma carga de

trabalho técnico-processual própria e específica – que é inconfundível com aquela desenvolvida na fase cognitiva do processo e só se fez necessária precisamente porque, mesmo depois de proferida a condenação, o condenado insistiu em descumprir o comando condenatório.

Tal carga de trabalho é exatamente aquela mesma que se tinha no regime jurídico anterior, em que a execução da sentença, formalmente, era feita em um novo processo. Portanto, e a despeito de constituir mera fase no processo já em curso, cabe a imputação de específicos honorários. Foi esse o entendimento que logo se estabeleceu na doutrina⁶² e veio a ser confirmado pela jurisprudência.⁶³

Em muitas das decisões dos Tribunais, o cabimento de imputação de honorários no “cumprimento de sentença” foi embasado na constatação da existência de nova carga de trabalho para o advogado.⁶⁴

25.2. Nem se diga que o critério da “carga de trabalho”, como parâmetro para a definição da incidência de honorários, seria incompatível com o ordenamento processual civil brasileiro, na medida em que esse não contempla a condenação em honorários em cada específico incidente processual e fase recursal (art. 20, § 1º, CPC, *a contrario sensu*).

Quanto aos incidentes processuais, apenas não há específica condenação em honorários ao término de cada um deles. Mas ao fixar honorários na sentença final, caberá ao juiz tomar em conta inclusive

⁶² ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento de sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 264; WAMBIER e TALAMINI, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, 12ª ed., São Paulo, RT, 2012, p. 390 e 501; MARCELO ABELHA RODRIGUES, *A terceira etapa da reforma processual civil* (em coop. Flávio Cheim Jorge e Fredie Didier Jr.), São Paulo, Saraiva, 2006, p. 136 – entre outros.

⁶³ STJ, REsp 1.028.855/SC, Corte Especial, v.u., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 28.03.2008, *DJe* 05.03.2009; REsp 978.545/MG, 3ª T., v.u., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 11.03.2008, *DJe* 01.04.2008; REsp 1.084.484/SP, 2ª T., v.u., rel. Min. ELIANA CALMON, j. 06.08.2009, *DJe* 21.08.2009, entre outros.

⁶⁴ Assim, no REsp 978.545/MG, aludiu-se a nova “atividade do advogado”, ensejadora de “nova condenação em honorários; no REsp 1.084.484/SP também se menciona o novo “trabalho de advogado que dê causa a honorários...” – e assim por diante.

a carga de trabalho havida nos incidentes. Afinal, uma das balizas para a quantificação dos honorários concerne ao “trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço” (CPC, art. 20, § 3º, c, parte final).

Quanto aos recursos, na medida do possível a carga de trabalho por eles gerada também deve ser considerada na definição do montante dos honorários, por ocasião da sentença. Isso é possível relativamente aos recursos contra decisões interlocutórias interpostos e processados antes da sentença final que fixa os honorários: a carga de trabalho gerada por aqueles recursos deverá ser tomada em conta para o dimensionamento da verba honorária. É também possível em relação a recursos interpostos contra a sentença final quando, em grau recursal, inverte-se a sucumbência: a nova condenação em honorários deverá tomar em conta inclusive o trabalho havido com a interposição de recurso e o acompanhamento da fase recursal. O problema obviamente se põe naqueles casos em que a sentença fixa determinada verba honorária e depois é apenas “confirmada” nas posteriores fases recursais. Nessa hipótese, não surge oportunidade para o incremento do valor dos honorários. Mas essa é uma lacuna, um defeito, do sistema – que obviamente não se presta a infirmar a diretriz da “carga de trabalho”. Aliás, no projeto de novo Código de Processo Civil, propõe-se regra destinada a eliminar essa distorção: “A verba honorária de que trata o *caput* será devida também (...) nos recursos interpostos” (art. 87).⁶⁵

26. Por outro lado, é também o critério da “carga de trabalho” que conduz à conclusão de não-cabimento de condenação em

⁶⁵ Projeto de Lei no Senado Federal n. 166/2010; Projeto de Lei na Câmara dos Deputados n. 8.046/2010. O dispositivo citado refere-se ao substitutivo aprovado no Senado e remetido à Câmara.

verba honorária quando, por exemplo, o juiz julga liminarmente improcedente a demanda, nos termos do art. 285-A do CPC, ou quando, sendo o réu revel, ainda assim o julgamento é desfavorável ao autor. Em tais hipóteses, como não houve atuação de advogado do réu (ao qual caberiam honorários, pelo critério da sucumbência, a seguir examinado), não se justifica a imposição de verba honorária contra o autor.

III - b) *Causalidade e sucumbência: dar motivo, sem razão, a atividade processual*

27. Em regra, os honorários serão arcados pela parte que tornou necessário o desenvolvimento da atividade processual. É o princípio da causalidade. Quem dá causa ao processo responde por seus custos, inclusive os honorários do adversário.

27.1. A dimensão mais evidente e aplicada do princípio da causalidade é o critério da sucumbência. De acordo com tal parâmetro, as despesas do processo devem ser arcadas pela parte que não tem razão no conflito – e que, bem por isso, é quem torna necessário o processo. A parte investida de razão não teria precisado litigar – e ter custos processuais –, seja como autor, seja como réu, se o adversário houvesse atuado corretamente no plano da relação ou situação jurídica geradora do litígio.

O critério da sucumbência é a expressão mais frequente do princípio da causalidade, a ponto de a própria condenação ao ressarcimento dos custos processuais acaba por emprestar-lhe o nome (“honorários de sucumbência”, “verbas de sucumbência” etc.). Também por isso, por muito tempo a sucumbência foi vista como o próprio princípio geral. Os outros critérios de repartição dos custos processuais, alheios à

sucumbência, mas também fundados na causalidade, eram vistos como exceção à diretriz geral.⁶⁶

27.2. Mas atualmente prevalece o entendimento de que os demais critérios, tanto quanto a sucumbência, podem ser conduzidos à causalidade.⁶⁷

Por exemplo, “o réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios” (CPC, art. 22). Nessa hipótese, se por um lado a falta de razão do autor deu desnecessariamente causa ao processo como um todo, a negligência do réu ocasionou a desnecessária dilação processual. Por isso, cada parte arca com os honorários do respectivo advogado.

Do mesmo modo, em processos constitutivos necessários e de jurisdição voluntária, em que não há conflito de interesses, os custos processuais são igualmente repartidos entre todas as partes interessadas na produção do resultado final (CPC, arts. 24 e 25). Alude-se, na hipótese, ao “critério do interesse”, que também é expressão da diretriz da causalidade.

28. O critério da sucumbência é aplicável tanto no processo de conhecimento quanto na execução.

⁶⁶ Essa era a concepção de CHIOVENDA (*La condanna...*, cit., p. 246 e seguintes).

⁶⁷ Coube a CARNELUTTI destacar o papel de princípio geral que a causalidade desempenha na definição da responsabilidade pelos custos do processo, qualificando a sucumbência como um dos “indícios” possíveis para a definição do “nexo causal” entre o prejuízo e a atividade da parte (*Sistema...*, cit., p. 443-444; “Causalità e soccombenza in tema di condanna alle spese”, *Rivista di diritto processuale*, II, 1956, p. 241 e seguintes).

A circunstância de não haver, na execução, uma sentença final declarando quem está com a razão e quem está errado não obsta o emprego desse parâmetro. A execução já parte da premissa de que está definido quem tem razão e quem não tem. Isso está estabelecido no título executivo, ao definir quem é o credor e quem é o devedor.

E isso é o que basta para que se aplique o critério da sucumbência. Responde pelos custos do processo ou fase executiva *o devedor*. É ele a parte sem razão na execução, conforme preceitua o título executivo.

Na doutrina, o tema jamais ensejou qualquer dificuldade.

Como escreveu CARNELUTTI:

Mas qual é, entre as duas partes, aquela que deu causa ao processo? O bom senso sugere a resposta: a parte *que não tem razão*. Isso quer dizer no processo de cognição *o sucumbente*; e no processo de execução, *o devedor*, contra o qual está a prova constituída pelo título executivo.⁶⁸

Pelas mesmas razões, CHIOVENDA considerava “absurda” a opinião de NOEST no sentido de que, no caso de lide incontestada mas gerada pela falta de pagamento, as despesas judiciais deveriam ser pagas com a “vantagem” propiciada pela “execução do título”. E respondia:

A atuação judicial dos direitos não é propriamente uma vantagem, mas o remédio para um mal: remédio custoso, que não deve diminuir os direitos, tal como as despesas do pagamento devem ser assumidas por quem paga e não pelo credor.⁶⁹

⁶⁸ *Sistema...*, cit., p. 437 (destaques no original): “Ma qual’è, delle due parti, quella che ha dato causa al processo? Il buon senso suggerisce la risposta: la parte *che ha torto*. Ciò vuol dire nel processo di cognizione *il soccombente*; e nel processo di esecuzione, *il debitore*, contro il quale sta la prova costituita dal *titolo esecutivo*”.

⁶⁹ *La condanna...*, cit., p. 175: “Assurdo è poi il concetto del NOEST, che nel caso di lite incontestata, ma necessitata dal mancato pagamento, il vantaggio dell’attuazione del titolo debba pagarsi colle spese. Non tanto un vantaggio, quanto il rimedio d’un male è l’attuazione giudiziale dei diritti: rimedio costoso, che non deve diminuire i diritti, come le spese del pagamento sono sostenute da chi paga e non dal creditore”.

III - c) **Responsabilidade objetiva x responsabilidade por ato lícito**

29. No direito moderno, a responsabilidade pelos custos do processo – funde-se ela na sucumbência ou nos demais critérios de aplicação da causalidade – é objetiva. Basta a aferição do nexo de causalidade entre as despesas processuais e a conduta da parte. A parte responderá tenha ou não agido com culpa ou dolo (que, se estiver presente, pode implicar responsabilização adicional, por litigância de má-fé).

Essa é noção hoje assente.⁷⁰

30. A possível dúvida ou controvérsia põe-se em um passo adiante. Trata-se apenas de responsabilidade objetiva (i.e., que prescinde de dolo ou culpa, bastando o nexo de causalidade entre a conduta e o *ilícito*)? Ou, mais que isso, trata-se de responsabilidade por ato *lícito*?

30.1. A dúvida é pertinente porque ir a juízo, como autor ou réu, ainda que sem se ter razão quanto ao mérito do pedido ou defesa, não constitui um ilícito. O direito constitucional de ação (e de defesa) é abstrato. É direito que existe e é exercitável independentemente de a parte ter razão quanto ao que sustenta (item II – a, acima). A parte jamais comete um ilícito pelo tão só fato de haver promovido demanda ou se defendido quando não tinha razão.

Sob essa perspectiva, quando o juiz constata a falta de razão da parte e, julgando o feito favoravelmente ao adversário, condena-a ao pagamento das verbas de sucumbência precisamente porque ela *deu causa ao processo*, essa parte estaria respondendo por uma conduta lícita: o exercício da ação ou da defesa, ainda que infundado.

⁷⁰ CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., p. 443. Para amplo panorama da evolução do tema até a concepção atual, vede YUSSEF CAHALI, *Honorários...*, cit., p. 28 e seguintes; e BRUNO V. CARRILHO LOPES, *Honorários...*, cit., p. 25 e seguintes.

30.2. A hipótese em exame, porém, não guarda correspondência com as situações em que reconhecidamente há responsabilidade por ato lícito. O fundamento geral das hipóteses como tal reconhecidas reside na existência de um interesse preponderante de determinado sujeito ou coletividade, cujo exercício legítimo poderia trazer sacrifícios a direitos alheios: ainda que ocasionado por atividade lícita, o dano deveria ser reparado, em respeito aos princípios da solidariedade e da isonomia.⁷¹

31. Não parece, contudo, que esse seja o maior obstáculo à configuração da responsabilidade pelos custos processuais como responsabilidade por ato lícito. A ideia de conciliação de interesses contrapostos (exercício de direito legítimo *versus* prejuízo a outros direitos igualmente legítimos) até bastaria para respaldar a responsabilização sem ilícito nessa hipótese. Mas contra essa tese põem-se dois possíveis argumentos.

31.1. O primeiro é o de que, nos casos em que a condenação decorre da sucumbência no mérito da causa, seu fundamento seria extraível em parte do direito material. Seria uma consequência acessória da falta de razão no âmbito jurídico-material. Se, por um lado, o fato gerador dessa responsabilidade é o desenvolvimento da atividade processual, por outro, o suporte jurídico para a imputação subjetiva da responsabilidade dependeria da consideração de um fator extraído do objeto litigioso.

⁷¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, v. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2008 (5ª reimp. da ed. de 2000), p. 715-717; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, v. II, t. III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 713-714; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 877-878; FERNANDO LUSO SOARES, *A responsabilidade processual...*, cit., p. 128 (que invoca esse fundamento geral para descartar que a responsabilidade pelo custo do processo possa ser considerada responsabilidade por ato lícito – sem, contudo, demonstrar qual seria a ilicitude que a fundamentaria...).

Mas esse argumento implicaria reconhecer que o fundamento da responsabilidade pelo custo do processo não é exclusivamente processual –⁷² ou pelo menos não o é em todos os casos. De resto, é um fundamento incompleto, que não explica todas as hipóteses de responsabilização pelos custos processuais. Por exemplo, no caso em que o autor é condenado em custas e honorários porque deixou de observar um pressuposto processual e o processo foi extinto sem julgamento de mérito, a remissão ao direito material é inútil – recaindo-se na ideia de responsabilidade por ato lícito...

31.2. Há um segundo argumento, porém, que parece ser o correto. A relação jurídica processual não é meramente angular. Não se põe apenas entre cada uma das partes e a Jurisdição. Há também um feixe de posições jurídico-subjetivas que relaciona diretamente as partes do processo. A relação jurídica processual é triangular, portanto. Existem não apenas direitos e deveres entre o Estado-juiz e cada parte, mas também de uma parte perante a outra – sem a intermediação do órgão jurisdicional. E tais direitos e deveres são de cunho processual.

Entre os direitos que se põem entre a parte e a Jurisdição, está a ação (e seu correlato, a defesa), de natureza abstrata. A parte tem o direito de pleitear a tutela jurisdicional (e defender-se do pleito contra si formulado), ainda que ao final se constate que ela não tem razão. Mesmo nessa hipótese, o exercício da ação não é ato ilícito.

Mas, entre as partes, vigora posição jurídico-subjetiva diversa. Há o dever, de uma parte perante a outra, de não afetar

⁷² Essa é, todavia, a concepção absolutamente prevalecente. Veja-se a respeito a resenha doutrinária e as conclusões apresentados por FERNANDO LUSO SOARES (*A responsabilidade processual...*, cit., p. 79-100). Uma crítica severa às formulações que buscam no direito material os fundamentos para a responsabilidade pelos custos do processo é apresentada por FRANCO CORDOPATRI, que defende a natureza radicalmente processual do instituto (“Spese processuale (dir. proc. civ.)”, verbete na *Enciclopedia del diritto*, v. XLIII, 1990 [versão digital, em DVD], *passim*).

desnecessária ou indevidamente a esfera jurídica alheia mediante a litispendência. Há igualmente o dever de submeter-se às pretensões alheias fundadas, procedentes, de modo a, quando possível, fazer com o que o processo nem seja necessário. A parte que demanda sem ter razão viola um dever processual em face do adversário. O mesmo se diga da parte que, dando causa ao conflito, impõe ao adversário a necessidade de recorrer à Jurisdição: incorre em um ilícito processual.⁷³

Para a responsabilização pelos custos do processo, basta a constatação desse ilícito e o nexo de causalidade entre a conduta da parte e as despesas havidas. Prescinde-se de dolo ou culpa. A presença do elemento subjetivo é relevante apenas para a responsabilização agravada (sancionamento por litigância de má-fé).

Assim, a responsabilidade pelos custos do processo é objetiva e advém da violação de um dever processual de uma parte perante a outra.

IV - Os honorários advocatícios na execução em geral

32. A consideração dos parâmetros acima indicados permite concluir-se facilmente pelo cabimento de imposição judicial de honorários no procedimento executivo. Pelo critério da sucumbência, cabe ao executado arcar com honorários do advogado do exequente. Como visto, nas próprias formulações teóricas sobre o princípio da causalidade (CARNELUTTI) e o critério da sucumbência (CHIOVENDA), a questão

⁷³ Em termos similares, veja-se a lição de GIROLAMO MONTELEONE: “Noi riteniamo che al richiamato fine sia necessario distinguere due facce, o due profili, del diritto di agire o resistere in giudizio. In rapporto allo Stato, o all’Autorità giurisdizionale, si tratta sempre di un diritto e di una facoltà pienamente leciti, che non danno luogo a responsabilità di alcun genere; tale profilo però riguarda più il diritto pubblico e costituzionale, che quello processuale e privato. Non altrettanto riteniamo nel rapporto tra le parti in causa: costringere taluno ad agire in giudizio per ottenere il riconoscimento proprio diritto, ingiustamente contestato, ovvero trascinare taluno in giudizio rivendicando ingiustamente diritti, in tutto o in parte inesistenti, è a nostro avviso un illecito generatore de responsabilità” (*Manuale...*, cit., p. 173).

da responsabilidade processual na execução foi expressamente enfrentada, com sua atribuição ao executado.

No processo civil brasileiro, a história dos honorários de sucumbência na execução tem seguido um padrão: inicial controvérsia quanto à sua incidência seguida do prevalecimento da resposta positiva. Foi o que se deu em diferentes épocas, em diversas modalidades executivas. As dúvidas foram sempre superadas pela constatação de que a atividade executiva envolve uma nova e específica atuação advocatícia, que é objeto de remuneração própria, e de que a exigência de tutela jurisdicional plena e efetiva impõe que esse custo seja imputado à parte sem razão, o executado.

32.1. Assim, o Código de 1973 reformulou a disciplina da execução civil. Instituiu um regime geral único de processo executivo, aplicável, ainda que com diferenças pontuais, tanto ao título extrajudicial quanto ao judicial. Quanto à execução do título judicial, ficou claro não se tratar de simples fase do processo condenatório,⁷⁴ constituindo novo processo, ainda que em regra nos mesmos autos do processo cognitivo em que se formou o título. Quanto à execução do título extrajudicial, eliminou-se a natureza mista que lhe conferia o Código de 1939 – que conferia à penhora um caráter quase que meramente acautelatória e não dispensava a necessidade de uma sentença condenando o devedor a cumprir a obrigação representada no título.

Diante da ausência de regra expressa prevendo a imposição de pagamento de honorários pelo executado, logo surgiram vozes negando tal possibilidade. Para tanto, invocavam o art. 20 do CPC, fonte explícita dos honorários de sucumbência: a regra diria respeito apenas

⁷⁴ Conceção que, mesmo sob a égide do Código de 1939, já era descartada pela melhor doutrina (LIEBMAN, *Processo de execução* [atualiz. Joaquim Munhoz de Mello], 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 49).

ao processo de conhecimento, em que há sentença final que decide qual parte tem razão (“A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”). Caberia, então, ao exequente arcar com os honorários de seu advogado. Apenas se houvesse embargos de executado, verdadeiro processo incidental de conhecimento, haveria a condenação do vencido nas verbas de sucumbência.⁷⁵

Uma tese intermediária defendia a fixação de honorários em favor do advogado do exequente apenas na execução do título extrajudicial. No processo executivo fundado no título judicial, não se justificaria nova imposição de honorários, já fixados na anterior sentença condenatória.⁷⁶

Não demorou para prevalecer a tese do cabimento de honorários na execução do título extrajudicial. A necessidade de emprego do processo executivo pelo credor, diante do não cumprimento da obrigação líquida, certa e exigível, não poderia implicar-lhe um prejuízo. Reconheceu-se que o executado haveria sempre de arcar com os honorários do advogado do exequente – cabendo ao juiz estabelecê-los logo ao início da execução.⁷⁷

Mesmo a tese intermediária – que negava os honorários na execução do título judicial – foi sendo progressivamente descartada.

⁷⁵ *Comentários ao CPC*, v. VII, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, s.d., p. 222-223.

⁷⁶ CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao CPC*, v. I, t. I, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 200.

⁷⁷ CALMON DE PASSOS, “Da responsabilidade por custas e honorários de advogado na execução de títulos extrajudiciais”, *Revista de Processo*, v. 3, 1976, p. ***; EGAS MONIZ DE ARAGÃO, “Juros, honorários e custas no processo de execução dos títulos extrajudiciais”, em *Revista de Processo*, v. 6, 1977, *passim*; STF, RE 99.604, 2ª T., v.u., rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 04.03.1983, em *RTJ* 106/880. ALCIDES MENDONÇA LIMA também reconhecia a necessidade de se impor ao executado o pagamento dos honorários de advogado do exequente, mas defendia que isso se desse na sentença final do processo executivo (*Comentários ao CPC*, v. VI, t. I, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 329) – concepção essa que ficou vencida: os honorários hão de ser fixados logo ao início do procedimento executivo, conforme demonstrado nos dois ensaios acima citados.

Contra ela, pesava o argumento de que, quando fixa os honorários no processo de conhecimento, o juiz toma em conta a atividade processual que até ali se desenvolveu. Não tem como prever se haverá a necessidade de subsequente execução.⁷⁸

32.2. De todo modo, a Lei 8.952/1994 veio a explicitar o cabimento de honorários “nas execuções, embargadas ou não”, fundem-se elas em título judicial ou extrajudicial (nova redação do § 4º do art. 20 do CPC).

Posteriormente, a Lei 11.382/2006 também pôs em termos expressos o que já era assente, quanto ao momento da imposição dos honorários: “Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4º)” (CPC, art. 652-A, incluído pela referida lei).

32.3. Antes disso, com o estabelecimento de novo regime para a execução dos títulos judiciais de obrigação de pagamento de quantia, surgiu nova controvérsia, já mencionada em tópico anterior.

A Lei 11.232/2005 estabeleceu, como regra, que tal execução dar-se-ia como simples fase do processo em que se formou o título (“cumprimento de sentença”). Novamente, pôs-se em dúvida o cabimento de honorários advocatícios específicos para tal fase.

Mas, como também já indicado, a controvérsia foi rapidamente superada, com o reconhecimento da necessidade de fixação de honorários específicos para tal fase. Reputou-se irrelevante a circunstância de não haver o estabelecimento de novo processo. O fato de haver nova e específica atividade técnico-processual, a ser desempenhada por advogado,

⁷⁸ JOSÉ DE MOURA ROCHA, “Sucumbência e processo de execução”, em *Revista de Processo*, v. 5, 1977, p. 85; SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *CPC anotado*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 405.

e a exigência de que o exequente receba tutela integral justificam a imposição da verba honorária.⁷⁹

32.4. Essas mesmas diretrizes têm norteado a solução de outras questões referentes aos honorários na execução civil.

Assim, reconheceu-se caber a fixação de honorários advocatícios inclusive na execução individual da sentença coletiva. Rejeitou-se o argumento de que a ausência de prévia individualização dos beneficiários da condenação coletiva justificaria o seu descumprimento pelo condenado. Mais uma vez, prevaleceu a constatação de que a execução individual demanda a atuação específica de advogado, cujo custo deve ser imputado ao devedor. Tal conclusão aplica-se até mesmo ao caso em que o condenado é a Fazenda Pública, que, em regra, não tem como cumprir espontaneamente a condenação por quantia certa, por força do regime constitucional dos precatórios (STJ, Súmula 345: “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”).

Outro exemplo: afirma-se o cabimento de fixação de honorários quando o juiz decide uma objeção na execução (“exceção de pré-executividade”).⁸⁰ A atuação dos advogados das partes, formulando ou rebatendo a objeção no curso da execução, justifica a atribuição de honorários em favor do patrono da parte que detiver razão quanto à questão. Se houver o acolhimento da objeção com extinção do processo, a sentença deverá condenar o exequente ao pagamento de honorários em montante que tome em conta inclusive o trabalho desenvolvido pelo

⁷⁹ Ver acima item III.a.

⁸⁰ STJ, EREsp 756.001-RJ, 2ª S., v.m., rel. Min. CARLOS ALBERTO DIREITO, j. 27.06.2007, *DJU* 11.10.2007; REsp 949.917-SP, 3ª T., v.u., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 18.09.2008, *DJe* 03.10.2008, entre outros.

advogado do executado. Se a objeção for rejeitada, poderá legitimar a ampliação dos honorários já fixados em prol do exequente. Se for acolhida, mas sem a extinção do processo, caberá ao juiz ponderar esse fator, de modo a eventualmente reduzir os honorários impostos, na execução, ao executado.

33. Dessa visão geral sobre a incidência dos honorários na execução civil extraem-se duas constatações relevantes para a questão que é objeto do presente parecer:

(a) o silêncio da lei não exclui o dever de a parte sem razão reparar os custos do processo. A falta de previsões específicas de imposição de honorários na execução não serviu de obstáculo ao reconhecimento de sua incidência em tal sede. O cabimento dos honorários decorre diretamente dos princípios antes examinados;

(b) uma vez reconhecida a incidência de honorários na execução definitiva, a mesma conclusão só não será aplicável à execução provisória se for identificada diversidade de regimes entre ambas que justifique a exclusão da imposição de honorários nessa última.

Por isso, o tópico seguinte é dedicado à recapitulação do regime jurídico da execução provisória, e o subsequente, a verificar-se se (e como) as peculiaridades de tal regime repercutem sobre a incidência de honorários.

V - **O regime jurídico da execução provisória**

34. Execução definitiva é a que se embasa em título executivo judicial que já transitou em julgado ou em título executivo extrajudicial. Execução provisória funda-se em título executivo judicial que ainda não transitou em julgado, mas já é eficaz.

A decisão que lhe serve de título executivo ainda não é definitiva, uma vez que sobre ela pende recurso. O recurso, entretanto, não tem efeito suspensivo (exemplos: apelação nas hipóteses do art. 520; recurso especial; recurso extraordinário; agravo contra denegação de recurso especial ou extraordinário).

Então, uma vez que os efeitos da decisão não estão suspensos, pode ser dado início ao processo executivo. Mas, nessa hipótese, a execução se funda em título que é provisório, pois ainda pode ser alterado ou mesmo deixar de existir: se o recurso for provido, desaparecerá o título (e, conseqüentemente, a execução não poderá prosseguir e terá de ser desfeita – cf. art. 475-O, II).

A Lei 11.382/2006 instituiu nova hipótese de execução provisória. Quando, na execução do título extrajudicial forem opostos embargos de executado e esses receberem efeito suspensivo e depois receberem sentença de rejeição, na pendência da apelação (sem efeito suspensivo) contra tal sentença, a execução será provisória (CPC, art. 587, na redação dada pela referida lei).

35. Por força da diferença quanto à estabilidade do título, execução provisória apresenta as seguintes peculiaridades (art. 475-O):

35.1. O credor terá de ressarcir os danos que o devedor sofra, caso posteriormente o título executivo provisório seja reformado ou cassado (art. 475-O, I). O credor, portanto, assume o risco de executar título que ainda não é definitivo. Os prejuízos do executado serão liquidados no mesmo processo (art. 475-O, II, parte final).

A responsabilidade do credor é objetiva: arcará com a indenização mesmo sem ter agido com culpa ou má-fé quando pleiteou a execução provisória.⁸¹

35.2. A execução provisória poderá abranger atos que impliquem a expropriação de bens do devedor, desde que o credor preste caução idônea, nos próprios autos de execução (art. 475-O, III). Assim, se não houver a prestação de caução idônea, o procedimento executório só irá até a penhora e avaliação do bem; a etapa seguinte, que é sua alienação judicial, não poderá ocorrer (e, conseqüentemente, não se obterá dinheiro para a satisfação do credor).

De todo modo, a disciplina atual (estabelecida basicamente pela Lei 10.444/2002; reiterada e complementada pela Lei 11.232/2005) confere mais eficiência à execução provisória do que a que vigorava antes. No regime original do Código, nem sequer era possível a prática de atos de alienação de domínio (i.e., expropriação de bens) na execução provisória. A execução provisória só era *completa* quando a penhora recaísse diretamente sobre dinheiro – hipótese em que, desde que prestada caução idônea, seria entregue ao credor o montante necessário à satisfação do crédito.

35.3. O credor também terá o ônus de prestar caução idônea quando pretender proceder ao levantamento de dinheiro (art. 475-O, III).

Note-se que, se o dinheiro for resultado da alienação judicial de bens penhorados, já terá sido prestada a caução antes – não sendo necessária a prestação de outra. Mas pense-se na hipótese em que a penhora recair diretamente sobre dinheiro. Nesse caso, não terá havido

⁸¹ A rigor, essa não é peculiaridade da execução provisória. Como se vê adiante, idêntica regra vigora para a execução definitiva (CPC, art. 574).

anterior caução, de modo que, para levantar o dinheiro no momento oportuno (i.e., depois de não interpostos ou não atribuído efeito suspensivo à impugnação ou aos embargos), o credor terá de prestar a caução.

Ademais, o Código prevê a prestação de caução em qualquer outra hipótese em que, no curso da execução provisória, surja o risco de grave dano ao executado (art. 475-O, III).

35.4. Em todos esses casos, ficará dispensado da caução o exequente de crédito de natureza alimentar, no valor de até sessenta vezes o salário mínimo, que se encontrar em estado de necessidade (art. 475-O, § 2.º, I).

Há ainda outra hipótese de dispensa de caução: quando o título executivo judicial “provisório” for objeto apenas de agravo de instrumento perante o STJ ou o STF – excetuados os casos em que a dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação (art. 475-O, § 2.º, II).

35.5. Caso o recurso seja provido, desfazendo-se o título executivo, a execução provisória fica sem efeito: as coisas retornarão ao estado em que se encontravam antes do início da execução provisória (art. 475-O, II). Se houver apenas reforma ou cassação parcial da decisão que servia de título executivo, apenas nessa parte ficará sem efeito a execução (art. 475-O, § 1.º). Reitere-se que, se o devedor sofrer danos por causa da execução, o credor terá de repará-los.

Em princípio, inclusive os atos de alienação de domínio eventualmente praticados na execução serão desfeitos. Nessa hipótese, se um terceiro houver arrematado os bens penhorados, terá de ser ressarcido, pelo exequente, pelo valor que pagou na aquisição do bem e demais despesas em que houver incorrido. É precisamente em virtude da possibilidade de desfazimento da alienação judicial que o Código prevê que

o edital da hasta pública do bem mencione a existência dos recursos pendentes (art. 686, V). Assim, os interessados na arrematação do bem ficam cientes do risco de desfazimento da hasta e da alienação.

VI - **A repercussão dos traços essenciais da execução provisória sobre o regime de fixação judicial de honorários de advogado**

36. O desenvolvimento da execução provisória envolve atividade técnico-processual que exige a intervenção de advogado. De resto, é processo que se destina à satisfação de um crédito. A tutela jurisdicional opera em favor daquele que figura como credor no título executivo.

Sob essa perspectiva, em princípio estariam satisfeitos os pressupostos para a imposição dos honorários em favor do advogado do exequente.

A questão reside em saber se a provisoriedade da execução, derivada da provisoriedade do título (e, portanto, da provisoriedade da definição de quem tem razão), justificaria resposta diversa. Enfim, trata-se de saber se a provisoriedade da execução autorizaria uma incompletude da tutela (com a imputação, ao exequente, do prejuízo advindo dos custos da tramitação processual).

VI - a) ***O título executivo, na execução provisória, representa obrigação exigível***

37. Para que se possa executar jurisdicionalmente é imprescindível a apresentação de título executivo representativo de obrigação líquida, certa e exigível (CPC, arts. 580, 586 e 618, entre outros). E o título retrata obrigação exigível quando não se prevê, para o cumprimento dela, nenhuma condição ou termo, ou quando, conquanto havendo condição ou termo, esse já ocorreu (CPC, arts. 572 e 614, III).

Tais pressupostos põem-se tanto para a execução fundada em título judicial quanto para a amparada em título extrajudicial; tanto para definitiva quanto para a provisória. Não há nesse ponto nenhuma exceção ao regime geral.

37.1. Isso significa que, nos casos em que se admitiu o processamento da execução provisória – e são essas as hipóteses que interessam para o objeto desta análise –, verificou-se estar preenchido o requisito da exigibilidade do título. Não fosse exigível a obrigação, não caberia execução alguma, nem provisória nem definitiva.

Por exemplo, se o juiz emite uma condenação para o futuro (i.e., condena o réu ao pagamento de uma obrigação ainda não vencida – o que é permitido pelo art. 290 do CPC), e pende contra tal sentença apelação sem efeito suspensivo, se ainda não tiver havido o vencimento da obrigação, não caberá execução provisória. E mais, ainda que a condenação seja mantida em sede recursal e transite em julgado, enquanto não vencer a obrigação, não será possível execução nenhuma.

37.2. Se por uma patologia admitir-se o processamento de uma execução provisória fundada em título representativo de obrigação inexigível (i.e., sujeita a condição ou termo ainda não ocorrido), tão logo se constate isso, caberá a extinção da própria execução. E nesse caso obviamente descaberá fixação de honorários para o advogado do exequente não por se tratar de execução provisória, mas porque não era permitida execução alguma.⁸²

38. A provisoriedade da execução e do título que a embasa em nada interfere sobre a exigibilidade da obrigação retratada no título. A

⁸² Honorários caberão, nessa hipótese, em favor do advogado do executado, se tiver havido sua atuação no procedimento executivo – como se vê adiante.

provisoriade concerne à ausência de integral estabilidade (definitividade) da decisão judicial que funciona como título. Ou seja, o direito tutelado na execução provisória é exigível. Apenas não transitou em julgado, ainda, a decisão que reconhece esse direito e autoriza o emprego dos mecanismos executivos caso o inadimplemento permaneça.

E esse aspecto, processual, não tem o condão de alterar a natureza das coisas no plano jurídico-material. O processo é instrumento a serviço do direito material – e não o contrário. Assim, o processo não cria nem desfaz as posições jurídico-materiais. Tampouco lhes modifica as qualidades substanciais.

Isso fica muito claro, por exemplo, na hipótese prevista na parte final do art. 587 do CPC – já referida acima e que tornará a ser examinada adiante.⁸³ A execução do título extrajudicial iniciou-se precisamente porque a obrigação nele retratada era exigível. A posterior pendência de apelação contra a sentença de rejeição dos embargos (que haviam recebido efeito suspensivo) tornará a execução provisória. Mas isso evidentemente não significará que a obrigação representada no título, antes exigível, não mais o será.

39. Em suma, a obrigação retratada no título executivo passível de execução provisória é exigível.

VI - b) *Dever de cumprimento pelo condenado*

40. Sob o plano jurídico material, se a obrigação retratada no título da execução provisória é exigível, isso significa que o executado tem o dever de cumpri-la. São duas faces da mesma moeda.

⁸³ “Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).” Ver, acima, item V e, adiante, VI-k.

41. Sob o plano processual, igualmente há o *dever do jurisdicionado de cumprir as decisões judiciais sujeitas a recurso sem efeito suspensivo*.

41.1. A ausência de eficácia suspensiva no recurso implica, precisamente, que a decisão recorrida produz seus efeitos. E se um desses efeitos desse é a condenação (ou uma ordem ou uma direta determinação executiva), cabe ao condenado cumpri-la, tanto quanto fica autorizado o emprego dos meios executivos se o inadimplemento persistir.

41.2. Condenação sujeita a recurso sem efeito suspensivo é pronunciamento com eficácia provisória. Não é decisão sem eficácia ou com eficácia reduzida ou mitigada. A provisoriedade concerne apenas à estabilidade da eficácia (que pode ainda ser suprimida), não à sua completude, sua inteireza.

42. Basta considerar a hipótese de uma decisão interlocutória, concessiva de tutela antecipada ou cautelar, sujeita a recurso de agravo que não obteve efeito suspensivo.

Não há dúvidas de que a parte à qual se dirige a determinação de conduta ali contida terá de dar cumprimento a tal decisão. É dever seu. O descumprimento da decisão concessiva de medida urgente acarretará o sancionamento da parte renitente, em diversos planos.

As coisas passam-se do mesmo modo na hipótese em que o pronunciamento provisoriamente eficaz é uma sentença final condenatória. O condenado deve cumpri-la. Se não o faz, responde por isso.

43. Nem se diga que a eficácia provisória da condenação judicial permitiria apenas a adoção das providências executivas (penhora, avaliação, expropriação executiva...) – mas não implicaria o dever do condenado de cumprir tal decisão.

As medidas executivas são medidas *sub-rogatórias*. Medidas que *substituem* a conduta de cumprimento da obrigação do próprio devedor por atos de agentes da Jurisdição (o juiz e seus auxiliares), para se ter o mesmo resultado que se teria com aquele cumprimento. Como leciona CÂNDIDO DINAMARCO, a respeito das medidas de sub-rogação:

Elas consistem em uma autêntica substituição de atividades, inclusive no plano físico, quando o Estado-juiz apanha bens pertencentes ao executado (penhora, busca e apreensão), faz incidir sobre eles as providências cabíveis (avaliação, adjudicação, alienação em hasta pública) e termina por fazer aquilo que desde antes do processo o *devedor deveria ter feito*: a entrega do bem ao credor. (...) Daí chamarem-se medidas de *sub-rogação*, o que significa medidas realizadas por um sujeito, o juiz, em *substituição* à conduta de outro sujeito, que é o *obrigado inadimplente* (sub-rogar-se, em direito, é *pôr no lugar de*).⁸⁴

A condição inafastável para o emprego dos meios executivos sub-rogatórios é a existência de uma conduta devida a ser sub-rogada. Só se pode substituir aquilo que existe. Ou bem existe um dever de conduta, e as medidas executivas podem ser usadas para sub-rogá-la; ou não há aquele dever, e então obviamente não cabe sub-rogação nenhuma.

Em síntese, se cabe execução por sub-rogação, significa que há uma obrigação, um dever de conduta a ser sub-rogado.

44. A obrigatoriedade do cumprimento das decisões sujeitas a recurso sem efeito suspensivo é ressaltada pela doutrina, quando analisa a regra do art. 503 do CPC. O *caput* desse artigo estabelece que “a parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer”. E, nos termos do seu parágrafo único, “considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer”.

O exemplo mais comumente citado de “ato incompatível com a vontade de recorrer” é o cumprimento da decisão passível de

⁸⁴ *Instituições de direito processual civil*, IV, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 50-51.

recurso, sem nenhuma ressalva. Mas a doutrina destaca que só configura aceitação tácita o cumprimento, sem reserva, de decisão impugnável por recurso com efeito suspensivo. Se a decisão é recorrível por recurso revestido apenas de efeito devolutivo, ela já é desde logo eficaz – e, por isso, deve mesmo ser cumprida pela parte. Em tal caso, o cumprimento da decisão é mera observância de um dever – e não aceitação espontânea do que foi decidido.

Essa é a lição de BARBOSA MOREIRA:

(...) se a decisão é impugnada mediante recurso sem efeito suspensivo, de modo que já cabe a execução provisória, não se deve entender como aceitação tácita o pagamento feito pelo condenado. É preciso que o ato seja *espontâneo* para configurar aquiescência.⁸⁵

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO apresenta idêntico escólio:

Por outro lado, não caracteriza a aquiescência tácita o cumprimento *forçado* da decisão, como aquele que se dá quando ela já é exequível; somente o cumprimento espontâneo, vale dizer, de decisão sujeita a recurso sem efeito suspensivo é que dá lugar à aceitação tácita do julgado.⁸⁶

Na mesma linha, ARAKEN DE ASSIS observa que o cumprimento de decisão contra a qual pende recurso “desprovido de efeito suspensivo, não traduz aquiescência. Ao contrário, trata-se de comportamento conforme ao direito – o provimento é exequível, seu cumprimento ‘forçado’”.⁸⁷

E essa foi também a conclusão a que chegou o E. TJRS, em julgado relatado pelo então Desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

RECURSO – Agravo de instrumento – Deferimento de liminar – Cumprimento do determinado – Compatibilidade com a vontade de recorrer.

⁸⁵ *Comentários ao CPC*, v. V, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 347, destaque no original.

⁸⁶ *Comentários ao CPC*, v. 7, São Paulo, RT, 2001, p. 62.

⁸⁷ *Manual dos recursos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 177-178.

O cumprimento de liminar deferida não é incompatível com a vontade de recorrer.⁸⁸

Em seu voto, o depois Ministro do STJ feriu o âmago da questão:

Rejeito a prefacial suscitada pela agravada. A petição do procurador da agravante, comunicando ter poderes para proceder à entrega do veículo (...) não implicou “aquiescência” ou ato incompatível com a vontade de recorrer. Cuida-se, isto sim, de conduta de cumprimento da determinação judicial. (...) Como o agravo, em princípio, não tem efeito suspensivo, não poderia a arrendatária recusar-se à entrega do veículo em cumprimento à decisão. Por isso, afasto a prefacial.⁸⁹

45. Em resumo, a parte tem o dever de cumprir as condenações e ordens veiculadas em decisões judiciais sujeitas a recurso despido de efeito suspensivo.

VI - c) *Direito à execução provisória*

46. Se há o dever de a parte cumprir a decisão em tal hipótese, há obviamente o direito do adversário de exigir tal cumprimento. E não havendo cumprimento espontâneo, o beneficiário da condenação tem o direito de promover a execução provisória.

A constatação não comporta nenhuma dificuldade ou dúvida.

O E. STJ já se manifestou expressamente no sentido de que a execução provisória consiste em um “direito do credor”.⁹⁰ Reportando-se a esse julgado, ARAKEN DE ASSIS também afirma que “constitui direito do credor promover a execução provisória” – daí extraindo o próprio cabimento de verba honorária em tal sede,⁹¹ como se vê a seguir.

⁸⁸ AI 585020563, 1ª C., v.u., j. 18.06.1985, em RT 601/190.

⁸⁹ AI 585020563, RT 601/191.

⁹⁰ REsp 246.268-SP, 4ª T., v.u., rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 11.04.2000, DJU 22.05.2000.

⁹¹ *Manual da execução*, 12ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 552.

VI - d) *A causalidade na execução provisória*

47. A execução provisória tem de ser promovida pelo credor precisamente porque o condenado não observou seu dever de cumprir a decisão, que já tinha força obrigatória. Ou seja, é o executado que dá causa à execução provisória. É ele que a faz necessária.

Portanto, aplicando-se o mesmo princípio que norteia a responsabilidade pelos honorários nas demais formas processuais, cabe ao executado arcar com os honorários do exequente na execução provisória.

48. Em outros termos, quando requer a execução provisória, o exequente está buscando a tutela de um direito seu – direito esse que não foi respeitado pelo executado: o direito ao cumprimento da condenação, já eficaz. Sob esse aspecto, a execução provisória e a definitiva identificam-se. Logo, não se justifica a exclusão de honorários em favor do advogado do exequente. Isso implicaria uma tutela incompleta em favor do exequente e um prêmio ao executado, que não cumpriu seu dever.

É essa constatação que leva ARAKEN DE ASSIS, em passagem já referida, a afirmar que “não importa o caráter provisório ou definitivo da execução. São devidos honorários em qualquer hipótese (...)”, uma vez “que constitui direito do credor promover a execução provisória (...)”.⁹²

No mesmo sentido, FERNANDO JACQUES ONÓFRIO afirma que na execução provisória, “os honorários devem, também, ser fixados independentemente de requerimento contido na inicial”.⁹³

49. Mas ainda restam três aspectos que poderiam ser invocados como argumentos para excetuar a hipótese em exame do regime

⁹² *Manual da execução*, cit., p. 552.

⁹³ *Manual dos honorários advocatícios*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 246.

geral. São as circunstâncias de que: (a) a execução provisória é uma “opção” do exequente; (b) o título é ainda *provisório*; e (c) a execução provisória corre “por conta e responsabilidade” do credor. Esses aspectos são examinados a seguir.

VI - e) A “opção” do exequente

50. Argumenta-se que o credor tem a “opção” de promover (ou não) a execução provisória. Cabe-lhe escolher, em caso de ausência de observância voluntária da condenação, se pretende desde logo iniciar o cumprimento da sentença ou se aguardará o trânsito em julgado. Pretende-se extrair daí a conclusão de que “a lide ainda é evitável e a ‘causalidade’ da instauração do procedimento provisório deve recair sobre o exequente”.⁹⁴ Como consequência, não seriam devidos honorários pelo executado.

50.1. No entanto, o exercício da ação é sempre uma “opção” do autor. O jurisdicionado tem sempre a possibilidade de escolha entre provocar a atuação jurisdicional ou permanecer inerte. Em um sistema dispositivo como o nosso (CPC, art. 2º), essa é a diretriz geral, com raríssimas exceções.

Sob essa perspectiva, é sempre o autor da ação que dá causa ao processo – no sentido de que opta por buscar proteger o direito que reputa ter, em vez omitir-se. E nem por isso se diz que cabe sempre ao autor arcar com os honorários do seu advogado, por ter sido ele, autor, o “causador” do processo. Ou seja, o argumento ora criticado – de que o exequente provisório responde pelos honorários de seu advogado uma vez que, ao optar por desde já executar, “deu causa” ao procedimento executivo

⁹⁴ É o que se afirma na própria ementa do REsp 1.252.470-RS que, como visto, inaugurou a dissidência à tese aceitante dos honorários na execução provisória, até então prevalecente no STJ.

– provaria demais. Conduziria à conclusão de que sempre o autor, em qualquer ação, teria de arcar com os honorários de seu advogado (ou pior ainda: concluir-se-ia que, como é o autor quem “dá causa” ao processo, ele teria sempre de arcar inclusive com os honorários do adversário!). E esse não é o sistema adotado entre nós.

50.2. O cerne da questão é outro. Não se trata de saber quem deu início ao processo. Não é ele o “causador” do processo, no sentido relevante para a imputação da responsabilidade processual.

Interessa é saber quem, por não cumprir um dever ou por pretender um direito que não tem, tornou necessário um processo. Se o autor tem razão – seja porque seu pedido é julgado procedente; seja porque ele já é reconhecido como credor no título executivo –, fica claro que quem deu causa ao processo foi o réu: foi o réu que fez ser preciso um processo para o reconhecimento ou realização do direito do autor.

O beneficiário da condenação provisória não tem apenas o direito abstrato de propor a execução. Mais do que isso, como visto, ele tem o direito de exigir o cumprimento da condenação, que já é obrigatória para o condenado. Se o condenado houvesse cumprido a condenação – o que, reitere-se, já era devido – não teria sido necessária a execução provisória. Logo, quem *dá causa* ao procedimento executivo provisório, é o executado.

51. Enfim, a promoção da execução provisória é uma *opção* do credor precisamente porque é um *direito* seu. E o credor tem o direito de executar (ainda que sob o regime provisório) precisamente porque tem o *direito de exigir, de cobrar, de receber o crédito, bem como o direito de*

*ver cumprida a condenação – e o devedor tem o dever de pagá-lo, assim como tem o dever de cumprir a condenação.*⁹⁵

VI - f) ***A consequência única extraível da circunstância de ser uma “opção” do credor***

52. De qualquer modo, ainda que se pudesse ver alguma especial peculiaridade na “opção” exercida pelo autor da execução provisória – em contraste com a “opção” que todo e qualquer autor de uma demanda exerce – isso não afastaria o cabimento de honorários. Quando muito, criaria uma condição para sua incidência.

Alguém poderia argumentar que a ativação da eficácia, na sentença sujeita a recurso sem efeito suspensivo, dependeria da provocação do beneficiário da condenação (mediante o requerimento de execução provisória) – por lhe caber avaliar se pretende correr o risco da posterior supressão do título executivo provisório. Nessa ordem de ideias, apenas ao ser intimado da execução provisória o executado ficaria sabendo que o exequente optou por dar efeitos à condenação – de modo que não seria razoável impor-lhe o pagamento de honorários ao advogado do exequente, uma vez que ele não teve antes a chance de cumprir a condenação provisória.

52.1. A premissa não parece correta. Como visto, a decisão judicial sujeita a recurso com efeito meramente devolutivo é por si só desde

⁹⁵ De resto, note-se que, em muitos casos, a margem de escolha do beneficiário da condenação provisória é muito limitada, se não nenhuma. Há situações em que o estado de necessidade do credor provisório praticamente exige que desde logo ele promova a execução, para assegurar sua própria subsistência. Tome-se como exemplo o próprio caso que serve de amostra para o julgamento dos recursos repetitivos sobre a questão jurídica objeto deste parecer (REsp 1.291.736-PR). Tal como dezenas ou centenas de outros recursos que estão retidos aguardando a definição do tema (e de muitos outros atinentes à mesma questão já julgados nos últimos anos), o recurso-amostra provém de execução provisória promovida por pescador em face da Petrobrás para o ressarcimento de danos causados por acidente ambiental no litoral do Paraná. Em casos como esse, o STJ tem reconhecido a situação de necessidade dos pescadores, de modo a dispensar a prestação de caução para a execução provisória da condenação à indenização, nos limites do art. 475-O, § 2º, I, do CPC (v., p. ex., REsp 1.145.353-PR e REsp 1.145.358).

logo eficaz – e deve ser cumprida. Sua eficácia e sua concreta produção de efeitos advêm da própria imperatividade dos atos estatais. Não fica subordinada à manifestação de vontade do beneficiário da decisão.

52.2. De todo modo e ainda que a premissa fosse correta, ela apenas implicaria que, como pressuposto para a incidência dos honorários na execução provisória, teria de ser dada antes ao executado a ciência da “opção” exercida: havendo o cumprimento integral da obrigação pelo executado, tão logo intimado da execução provisória, ele não responderia por honorários advocatícios. Não havendo de plano o adimplemento pelo executado (ou seja, se ele ficasse inerte ou apenas garantisse o juízo), nada justificaria, daí por diante, exonerá-lo da verba honorária.

Parece ser esse o sentido do voto do Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, no já referido acórdão do REsp 1.252.470, que inaugurou a dissidência jurisprudencial no STJ quanto ao cabimento de honorários na execução provisória. Ele não descartou a incidência da verba honorária por reputá-la incompatível com a execução provisória. Apenas reputou-a incabível no caso então julgado porque tinha havido o pronto pagamento pelo executado.⁹⁶

VI - g) *Provisoriedade*

53. A circunstância de o título executivo ser provisório tampouco altera os termos da questão.

Não fica afastada a definição de quem tem e quem não tem razão, ainda que em caráter provisório. Credor e devedor estão definidos como tais no título executivo, mesmo que em definição ainda passível de ser revista.

⁹⁶ Conforme consta de seu voto, “o critério para a fixação do ônus da sucumbência, com a devida vênia do relator, não deve ser a natureza do cumprimento de sentença (provisório ou definitivo), mas sim a resistência por parte do executado”.

Mas é essa a definição existente no momento da execução provisória – e é com base nela que se há de fazer a imputação (ainda que também provisória) da responsabilidade pelos custos do processo.

Se a definição provisória de quem tem razão for posteriormente revista ou desfeita, a imputação da responsabilidade pelos custos processuais também o será (ver adiante).

54. A circunstância de que o direito do exequente provisório possa vir a cair por terra, se a sentença que lhe serve de título vier a ser cassada ou reformada, não só não é razão para negar-lhe honorários advocatícios como *tampouco serve para postergar o momento de sua incidência*. É também insustentável a tese de que os honorários, na execução provisória, apenas deveriam ser impostos no momento em que o título viesse a tornar-se definitivo (o que, aliás, pode ocorrer muito depois do fim da tramitação do procedimento executivo provisório).

Afinal, a perspectiva de o título executivo ser desfeito – alterando-se a definição de qual parte detém a razão – também existe na própria execução definitiva, seja ela fundada em título judicial ou extrajudicial. É perfeitamente possível que os embargos de executado ou a impugnação ao cumprimento de sentença sejam julgados procedentes – desconstituindo-se o título, reconhecendo não existir o crédito executado, anulando-se a execução... Aliás, tal resultado pode até mesmo ser atingido mediante a mera formulação de uma objeção na execução (“exceção de pré-executividade”), nos casos em que essa modalidade de defesa é admitida.

No entanto, nem por isso nega-se o cabimento de honorários para o advogado do exequente, na execução definitiva. Mais ainda, reconhece-se que a verba honorária deve ser imposta logo no início

do procedimento executivo (CPC, art. 652-A). Como já indicado, desde os primeiros anos de vigência do atual Código – e muito antes de existir a regra ora citada – pacificou-se o entendimento de que os honorários devem ser fixados liminarmente, e não apenas ao final do procedimento executivo (v. item IV).

Em suma, quanto a esse ponto, não há diversidade de regimes entre a execução provisória e a execução definitiva.

VI - h) **“Conta e responsabilidade”: significado**

55. A norma que prevê que a execução provisória corre “por conta e responsabilidade” do exequente (CPC, art. 475-O, I) também não constitui obstáculo à incidência dos honorários advocatícios.

O sentido e alcance dessa disposição são inequívocos. Ela se presta a determinar que, se houver reforma ou cassação do título provisório, o exequente terá o dever de reparar os danos causados ao executado, em regime de responsabilidade objetiva. Eis o que significa ela correr “por conta e responsabilidade” do credor. A regra nada tem a ver com a imputação original de responsabilidade pelos custos do processo.

Basta rápida consulta à bibliografia produzida a respeito do tema para confirmar-se essa constatação. Nenhum autor extrai da norma em questão outro significado que não o ora destacado.⁹⁷ Ninguém, na doutrina, invoca a regra do art. 475-O, I, nem a expressão “por conta e

⁹⁷ V., entre outros, CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições...*, IV, cit., p. 906; HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, v. II, 44ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 81-82; ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, cit., p. 347; TEORI ZAVASCKI, *Comentários ao CPC*, v. 8, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 239-240; VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 36; AMÍLCAR DE CASTRO, *Comentários ao CPC*, v. VIII, 3ª ed., São Paulo, RT, 1983, p. 64-65; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, t. IX, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 318-320; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, v. 4, São Paulo, Saraiva, 1976, p. 55.

responsabilidade” para delas extrair a conclusão de que, na execução provisória, caberia ao exequente arcar com todos os custos do processo.

56. Os custos devem recair sobre o devedor, como em qualquer outra execução.

56.1. Considere-se o exemplo das custas processuais. Seria despropositado sustentar que os gastos com cartório, oficial de justiça, avaliador, editais etc., na execução provisória, teriam de ser arcados pelo credor, sem que esse tivesse direito a ressarcimento junto ao devedor.

56.2. Tomem-se em conta, ainda, possíveis despesas com providências executivas sub-rogatórias, destinadas a produzir, mediante a substituição da conduta do executado, o resultado que se teria com o cumprimento voluntário da obrigação.

Aliás, algumas das despesas acima cogitadas – com oficial de justiça (na penhora de bens), avaliação judicial, editais (de hasta pública) etc. – têm precisamente essa função.

Mas para tornar a questão ainda mais evidente, considere-se a hipótese de execução provisória de sentença que determina o cumprimento de uma obrigação de fazer fungível. Diante da recusa do devedor em cumprir a obrigação, é dado ao credor promover a contratação de terceiro que venha a realizar a atividade não desempenhada pelo obrigado.

No mais das vezes, o exequente adiantará a quantia necessária à contratação do terceiro (ainda que nada impeça que a quantia seja antes obtida junto ao devedor para que depois se contrate o terceiro).

Ora, se tal providência sub-rogatória for empreendida em sede de execução provisória, alguém diria não caber o ressarcimento de tal quantia pelo exequente? Ele arcaria com tais despesas e não poderia ser

reembolsado – sob o argumento de que a execução provisória corre “por conta” dele?

Obviamente, a negativa do reembolso seria vista como um absurdo. De que lhe serviria “poder executar provisoriamente”, se isso não lhe traria proveito nenhum? Ele estaria apenas desembolsando nova quantia para ver prestado o serviço a que ele já tinha direito de obter do devedor, sem poder ser ressarcido. Ou seja, se fosse essa a resposta correta, o ordenamento estaria “dando-lhe com uma mão para retirar-lhe com a outra” – solução hermenêutica que deve sempre ser rejeitada, por falta de razoabilidade.

56.3. Não há diferença qualitativa entre essas hipóteses e a hipótese dos honorários advocatícios.

Quando muito, a distinção é quantitativa. Na hipótese dos custos da prestação de terceiro, esses tendem a atingir o próprio valor da obrigação executada; ao passo que os honorários correspondem em regra a apenas uma fração de tal valor.

Mas na essência são verbas com a mesma natureza. Concernem aos custos do processo. Todas elas têm, igualmente, caráter indenizatório.

57. Portanto, na execução provisória, são imputáveis ao executado todos os custos processuais (custas, despesas, honorários advocatícios...) que lhe seriam imputáveis na execução definitiva.

Se depois a sentença que serve de título executivo for cassada ou reformada, caberá ao exequente reembolsar o executado, independentemente de dolo ou culpa. É apenas esse o significado da cláusula do “por conta e responsabilidade”.

Aliás, nada impede que algo semelhante ocorra na execução definitiva. Nos termos do art. 574 do CPC: “O credor ressarcirá

ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”. E essa norma – inequivocamente voltada para a execução definitiva – consagra um responsabilidade objetiva.⁹⁸ Ou seja, também a execução definitiva “corre por conta e responsabilidade” do credor...

Sob esse aspecto, a rigor, não há diferença entre execução provisória e execução definitiva.

VI - i) ***O exemplo do processo cautelar***

58. Nesse ponto, pode-se invocar o exemplo do processo cautelar.

A cognição sumária desenvolvida no processo cautelar conduz a uma sentença que toma em conta apenas a plausibilidade do direito (o *fumus boni iuris*). A providência urgente determinada pela sentença cautelar é provisória (CPC, arts. 807 e 808).

Por outro lado, em caso de revogação da providência urgente, o autor da ação cautelar responde objetivamente pelos danos causados pela execução da medida (CPC, art. 811). Ou seja, a medida cautelar “corre por conta e responsabilidade” do autor.

Vale dizer, estão presentes os mesmos dois traços da execução provisória: provisoriedade e a circunstância de que “corre por conta e risco do exequente”.

No entanto, esses aspectos não são óbices ao cabimento de honorários advocatícios no processo cautelar. É pacífico o entendimento

⁹⁸ Vede, entre outros: TEORI ZAVASCKI, *Comentários ao CPC*, cit., p. 113 e 116; ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, cit., p. 363-364; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, t. IX, cit., p. 108; AMÍLCAR DE CASTRO, *Comentários ao CPC*, cit., p. 28; JOAQUIM MUNHOZ DE MELLO, nota de atualização ao *Processo de execução*, de Liebman (cit., p. 116).

de que, nas medidas cautelares de caráter litigioso e construtivo, é devida a condenação em honorários advocatícios.⁹⁹

59. Assim, se a ação cautelar é julgada procedente, condena-se o réu ao pagamento de honorários – a despeito da provisoriedade da tutela ali deferida e da perspectiva de o autor responder objetivamente se depois a providência urgente for extinta.

Imagine-se que, depois de transitada em julgado a sentença de procedência da ação cautelar preparatória, a medida cautelar vem a ser revogada porque, no subsequente processo principal, verifica-se que o autor não tem razão quanto ao direito afirmado.

Nessa hipótese, o autor responderá objetivamente pelos danos causados pela execução da medida cautelar – e terá inclusive de ressarcir ao réu as verbas sucumbenciais que esse eventualmente já tenha pago.

Similar regime vigora na execução provisória, como se destaca a seguir.

VI - j) *A repercussão da provisoriedade do título e da cláusula do “por conta e responsabilidade” sobre o regime de responsabilidade processual na execução provisória*

60. O regime jurídico da execução provisória não é incompatível com a fixação de honorários advocatícios. Mas o crédito dos honorários passa a seguir tal regime jurídico – nomeadamente no que tange

⁹⁹ Vede, entre outros, YUSSEF CAHALI, *Honorários...*, cit., p. 232 e seguintes; FERNANDO JACQUES ONÓFRIO, *Manual de honorários advocatícios*, cit., p. 231 e seguintes; GALENO LACERDA, *Comentários ao CPC*, v. VIII, t. I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 189. THEOTONIO NEGRÃO, J. R. GOUVÊA, BONDIOLI e J. F. DA FONSECA apresentam panorama jurisprudencial que evidencia estar assente a questão no STJ (*CPC e legislação processual em vigor*, 44ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, nota 18 ao art. 20, p. 145-146).

à provisoriedade e ao dever de ressarcimento em regime de responsabilidade objetiva.

61. Como visto, em caso de reforma ou cassação do título executivo provisório, põe-se ao exequente o dever de indenizar todos os prejuízos sofridos pelo executado. Vigora o regime de responsabilidade objetiva: a ausência de culpa ou dolo não isentará o exequente do dever de ressarcir.

Tal dever abrangerá inclusive o valor recebido a título de honorários advocatícios e ressarcimento de custas processuais. Também essas verbas terão de ser devolvidas ao executado, se o título executivo provisório for cassado ou reformado.

Bem por isso, as regras sobre caução (art. 475-O, III, e § 2º) aplicam-se inclusive ao crédito relativo aos honorários fixados na execução provisória

62. Mais ainda: se ocorrer a supressão do título executivo, terá havido a redefinição da parte que se reveste de razão no procedimento executivo. Isso significa que caberá não apenas o ressarcimento dos honorários antes impostos na execução provisória, mas a imposição, ao exequente provisório, do dever de pagar honorários ao advogado do executado, relativos à efetiva atuação que esse tenha tido na execução provisória.¹⁰⁰

Tal entendimento foi adotado pelo STJ, no já citado REsp 246.268. Na oportunidade, reconheceu-se não apenas o direito do exequente de promover a execução provisória (com o consequente direito a honorários advocatícios), como também se decidiu que, havendo reforma

¹⁰⁰ Todas as considerações aqui feitas aplicam-se também à hipótese de reforma ou cassação parcial da sentença que serve de título executivo – hipótese em que o dever de ressarcimento e a redefinição da responsabilidade pelos custos da execução ocorrerão em termos proporcionais à mudança havida.

ou cassação do título executivo provisório, deve o exequente arcar com honorários em favor do executado. Como constou do voto do relator, “o credor que promove a execução provisória está ao mesmo tempo exercendo o seu direito de levar adiante a sua pretensão de cobrança e assumindo o risco de ver desfeito o título em que fundamenta o pedido”.¹⁰¹

Idêntica é a lição de ARAKEN DE ASSIS, quando afirma que, na execução provisória, “são devidos honorários em qualquer hipótese, incluindo a da extinção em virtude do provimento do recurso pendente”. Citando o julgado ora referido, pondera ainda que “constitui direito do credor promover a execução provisória, sujeitando-se, porém, ‘ao risco próprio da provisoriedade’”.¹⁰²

63. Reitere-se que tudo isso pode igualmente ocorrer na própria execução definitiva. Na hipótese de acolhimento de embargos de executado, impugnação ao cumprimento ou objeção na execução (“exceção de pré-executividade”) que leve à extinção do procedimento executivo, o advogado do executado caberá a integral redefinição da responsabilidade pelos custos do processo.

VI - k) ***Uma última “prova real”: CPC, art. 587, parte final***

64. Uma confirmação adicional do cabimento dos honorários na execução provisória extrai-se da aplicação já mencionada norma da parte final do art. 587 do Código.

64.1. Uma execução fundada em título executivo extrajudicial inicia-se sempre como *definitiva*. É o que prevê a parte inicial do art. 587. Assim, logo em seu início, haverá a fixação de honorários para o advogado do exequente, a serem arcados pelo executado.

¹⁰¹ REsp 246.268-SP, 4ª T., v.u., rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 11.04.2000, DJU 22.05.2000.

¹⁰² *Manual...*, cit., p. 552.

64.2. Imagine-se que posteriormente o executado opõe embargos, aos quais o juiz atribui efeito suspensivo, nos termos do art. 739 do CPC. Suponha-se que depois esses embargos recebem sentença de rejeição. De acordo com o art. 520, V, do CPC, a apelação que então o executado-embargante interponha não tem duplo efeito. Cabe, a partir daí, o prosseguimento da execução do título extrajudicial.

A parte final do art. 587, entretanto, determina que tal continuidade da execução, na pendência da apelação, dê-se sob o regime provisório.

64.3. Em tal cenário, na retomada da execução do título extrajudicial, agora em regime provisório, haveriam de ser excluídos os honorários inicialmente fixados para o advogado do exequente?

A rigor, para aqueles que negam o cabimento de honorários na execução provisória, a resposta haveria de ser positiva. Afinal, todos os argumentos usados contra o cabimento dos honorários no cumprimento de sentença provisória também se poriam nesse caso: levar adiante a execução provisória é uma “opção” do exequente; ele o faz “por sua conta e responsabilidade”; a situação é provisória, podendo ser desfeita em caso de provimento da apelação... Enfim, tudo o que se diz contra os honorários na execução provisória do título judicial haveria de ser dito também nessa hipótese.

No entanto, ninguém cogita de tal solução. É assente, pacífico – a ponto de não se ter notícias de que isso tenha sido em alguma ocasião sequer questionado em doutrina ou jurisprudência – que, a execução provisória, nos termos do art. 587, parte final, abrangerá todos os créditos que vinham sendo executados antes dos embargos – *inclusive os honorários advocatícios relativos a tal execução*.

64.4. E assim o é precisamente porque não há incompatibilidade entre o regime da execução provisória e o regime dos honorários advocatícios em execução.

Se a apelação do executado-embargante vier a ser provida, caberá ao exequente-embargado ressarcir-lhe todos os prejuízos, inclusive honorários que já tenham sido pagos na execução – bem como se inverterá a própria atribuição de honorários na execução, sendo eles então fixados em favor do advogado do executado.

64.5. Enfim, é exatamente o mesmo tratamento a se observar no cumprimento de sentença provisório.

VI - 1) *Síntese*

65. Em resumo:

(i) a obrigação representada no título executivo provisório passível de execução é exigível;

(ii) a sentença condenatória sujeita a recurso sem efeito suspensivo é desde logo eficaz e deve ser cumprida;

(iii) portanto, nessa hipótese, o condenado tem o dever de cumprir a condenação provisória;

(iv) como contraface, o beneficiário da condenação provisória tem o direito a que ela seja cumprida;

(v) bem por isso, ele tem a faculdade de promover a execução provisória, se a condenação não é cumprida;

(vi) o condenado tem como evitar a execução provisória, cumprindo a condenação, que já é eficaz. Se não o faz, dá causa ao procedimento executivo provisório – e devem ser imputados a ele, devedor, os custos respectivos (custas, honorários e outras despesas);

(vii) a regra segundo a qual a execução provisória “corre por conta e responsabilidade do exequente” (art. 475-O, I, CPC) não se presta a exonerar o executado dos custos do procedimento executivo provisório – sob pena de outorga de tutela jurisdicional inadequada ao exequente. A cláusula em questão destina-se a impor a responsabilidade objetiva do exequente pelos danos que causar ao executado, na hipótese de o título executivo provisório ser cassado ou reformado;

(viii) se o título executivo provisório vier a ser cassado ou reformado, o exequente terá o dever de ressarcir o executado, independentemente de dolo ou culpa – inclusive no que tange aos honorários advocatícios que tenham sido eventualmente recebidos pela execução provisória;

(ix) além disso, nessa hipótese, caberá nova imputação de honorários advocatícios na execução provisória, então em favor do advogado do executado.

VII - Multa do art. 475-J, CPC, versus honorários de sucumbência: diferentes regimes jurídicos

66. Esse conjunto de conclusões não é incompatível com o entendimento que se consolidou a respeito do momento de incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC. Assentou-se que tal sanção apenas pode incidir depois do trânsito em julgado da sentença condenatória.¹⁰³

Isso em nada desautoriza a conclusão pelo cabimento de honorários na execução provisória. Trata-se de duas sanções com naturezas jurídicas radicalmente distintas.

¹⁰³ STJ, REsp 979.922, 4ª T., v.u., rel. Min. ALDIR PASSARINHO JR., j. 02.02.2010, *DJe* 12.04.2010; REsp 940.274, Corte Especial, v.m., rel. p/ ac. JOÃO OTÁVIO NORONHA, j. 07.04.2010, *DJe* 31.05.2010.

66.1. A responsabilização pelos custos do processo (imposição de pagamento de custas e honorários) tem natureza jurídica *ressarcitória*. Como indicado, presta-se a *indenizar* a parte detentora de razão dos prejuízos por ela suportados por força da tramitação processual.¹⁰⁴ Como já escreveu EGAS MONIZ DE ARAGÃO, o fundamento da obrigação de o executado arcar com custas e honorários pode até mesmo ser reconduzido ao princípio geral que impõe ao devedor em mora a responsabilidade pelos prejuízos causados.¹⁰⁵ Assim, a imposição do pagamento de custas e honorários não tem caráter de pena, punição. Não é sanção punitiva. Tampouco consiste em meio de coerção (ou medida de “execução indireta”).

Já a multa do art. 475-J tem caráter de meio de coerção. Trata-se de mecanismo destinado a pressionar o condenado ao cumprimento voluntário da sentença: há a imposição de consequência negativa adicional para a hipótese de não cumprimento.¹⁰⁶ Sob outro ângulo, consiste também em sanção punitiva: uma penalidade pelo descumprimento tempestivo da condenação.¹⁰⁷

66.2. Para a incidência de uma medida coercitiva ou de uma penalidade, é necessária expressa previsão normativa. Como lecionava CHIOVENDA, os meios executivos que afrontem a liberdade individual ou

¹⁰⁴ Ver, por todos, FERNANDO LUSO SOARES, aludindo a uma “finalidade compensatória e reconstitutiva” (*A responsabilidade processual...*, cit., p. 117-118).

¹⁰⁵ Tal norma, que estava expressa no art. 956 do anterior Código Civil, na época em que se manifestou MONIZ DE ARAGÃO (“Juros, honorários e custas...”, cit., p. 20), ora está explicitada no art. 395 do atual Código Civil.

¹⁰⁶ LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *Sentença civil: liquidação e cumprimento*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2006, p. 422; ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento de sentença*, cit., p. 213; CASSIO SCARPINELLA BUENO, *A nova etapa da reforma do CPC*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 81-82.

¹⁰⁷ Nesse sentido, entre outros: FERNÃO BORBA FRANCO, “A multa na execução definitiva e provisória”, em *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Prof. Donaldo Armelin* (coord. M. Cianci e R. Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2007, p. 226-230; MARCELO ABELHA RODRIGUES, *A terceira etapa...*, cit., p. 129.

a propriedade, constitucionalmente asseguradas, dependem de norma expressa.¹⁰⁸ Mais especificamente, BARBOSA MOREIRA observa que “as regras que autorizam o emprego de medidas coercitivas não comportam aplicação em hipóteses não previstas”.¹⁰⁹ Portanto, vigora uma tipicidade fechada para as medidas coercitivas e as sanções punitivas (ainda que alheias à esfera criminal).

Já as providências ressarcitórias incidem generalizadamente em todos os casos em que exista um dano indenizável cuja responsabilidade possa ser juridicamente imputável a alguém. Independem de previsão específica para cada caso. Aplicam-se por força de princípios gerais: o princípio que impõe a todo aquele que causar dano o dever de indenizar; o princípio que, consagrando a tutela jurisdicional plena, veda que o processo seja fonte de prejuízos para a parte que tem razão; o princípio que veda o enriquecimento sem causa; o princípio que veda que alguém seja excessivamente sacrificado por força de uma providência de interesse geral – e assim por diante.

66.3. Daí a diferença de conclusões quanto à multa e aos honorários na execução provisória.

Tomando em conta a letra do art. 475-J, sua inserção sistemática e o histórico de seu processo legislativo, o STJ concluiu acertadamente que a sanção ali prevista foi tipificada apenas para a hipótese em que a sentença já transitou em julgado e há condenação definitiva. Por conta de sua natureza coercitiva e punitiva, veda-se sua aplicação extensiva ou analógica. Consequentemente, ela é inaplicável à

¹⁰⁸ *Instituições...*, I, cit., p. 288.

¹⁰⁹ “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, em *Temas de direito processual: segunda série*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 43.

condenação provisória. Para que incidisse também nesse seara, teria sido necessária previsão expressa.

Os honorários de advogado, por sua vez, incidem em todo em qualquer caso em que estejam presentes os pressupostos gerais para a imputação de responsabilidade pelos custos do processo. Isso deriva da função ressarcitória de que se revestem os honorários. O princípio que determina que “o processo dever dar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito” justifica sua incidência generalizada. Como visto, a falta de previsão normativa expressa dos honorários, em diferentes épocas ou modalidades processuais (notadamente, nos procedimentos executivos), jamais foi óbice à sua incidência.

Por isso, uma vez presentes os pressupostos gerais para sua incidência, os honorários advocatícios são cabíveis na execução provisória.

66.4. Em suma, a multa do art. 475-J não é devida, no descumprimento da condenação provisória, *não porque não haja o dever de cumprir a decisão em tal momento*. Tal dever existe. A sanção não se aplica apenas porque *não foi tipificada* para a hipótese – o que seria imprescindível dada sua natureza coercitiva e punitiva.

Já aos honorários advocatícios não se aplica tal tipicidade fechada, por conta de sua natureza ressarcitória.

VIII - Conclusão

73. Em face das considerações acima realizadas, apresentam-se as seguintes respostas para os quesitos formulados:

- a) *O título executivo judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo representa obrigação juridicamente exigível?*

Resposta: Sim. A obrigação representada no título executivo provisório passível de execução é exigível. A provisoriedade do título no âmbito processual não interfere sobre o atributo jurídico-material da exigibilidade.

- b) Existe o dever jurídico de o executado cumprir a condenação líquida e certa sujeita a recurso sem efeito suspensivo?*

Resposta: Sim. A sentença condenatória sujeita a recurso sem efeito suspensivo é desde logo eficaz e deve ser cumprida. Portanto, o condenado tem o dever de cumprir a condenação provisória.

- c) A circunstância de a execução provisória (cumprimento de sentença provisória) consistir em uma “opção” do credor é motivo suficiente para excluir a incidência de honorários advocatícios em tal fase processual?*

Resposta: Não. O beneficiário da condenação provisória tem o direito a que ela seja cumprida. Bem por isso, ele tem a faculdade de promover a execução provisória, se a condenação não é cumprida. A “opção” por ele exercida, sob esse aspecto, nada mais é do que escolha do exercício de seu direito. Isso não faz com que ele tenha “dado causa” ao procedimento executivo provisório – para fins de imputação da responsabilidade processual. É o condenado tem como evitar a execução provisória, cumprindo a condenação, que já é eficaz. Se não o faz, dá causa ao procedimento executivo provisório – e devem ser imputados a ele, devedor, os custos respectivos (custas, honorários e outras despesas).

- d) A circunstância de o título executivo judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo ser ainda passível de reforma ou cassação é motivo suficiente para excluir a incidência de honorários advocatícios em tal fase processual?*

Resposta: Não. Há a definição de quem tem e quem não tem razão, ainda que em caráter provisório. Credor e devedor estão definidos como tais no título executivo, mesmo que em definição ainda passível de ser revista. E é à luz dessa definição que se deve impor a responsabilidade pelos honorários ao executado. Se depois o título executivo for cassado ou reformado, caberá a reparação dos danos e a redistribuição da responsabilidade processual. Mas sobre esse aspecto, a execução provisória em nada difere da execução definitiva: também lá isso pode ocorrer (tanto que o art. 574 do CPC contempla regra expressa para a hipótese).

e) O regime jurídico da execução provisória é compatível com o regime jurídico de imputação judicial de honorários advocatícios?

Resposta: Sim. Caberá a fixação de honorários para o advogado do executado, por todas as razões acima expostas. Se o título executivo provisório vier a ser cassado ou reformado, o exequente terá o dever de ressarcir o executado, independentemente de dolo ou culpa – inclusive no que tange aos honorários advocatícios que tenham sido eventualmente recebidos pela execução provisória. Além disso, nessa hipótese, caberá nova imputação de honorários advocatícios na execução provisória, então em favor do advogado do executado.

É o parecer.

Curitiba, 2 de agosto de 2012.

Eduardo Talamini
Livre-docente em Direito Processual Civil - USP
Doutor e Mestre em Direito Processual - USP
Professor de Direito Processual Civil- UFPR
OAB/PR 19.920