



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUCAS ALEM MARTINS  
MATRÍCULA 08/34718**

**A INCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NA CONDENAÇÃO À  
REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS**

**BRASÍLIA/DF  
2012**

LUCAS ALEM MARTINS

A INCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NA  
CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS

Monografia apresentada ao final do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Hércules Alexandre da Costa Benício.

BRASÍLIA/DF  
2012

LUCAS ALEM MARTINS

A INCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NA  
CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS

Monografia apresentada ao final do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Hércules Alexandre da Costa Benício.

Brasília, 19 de setembro de 2012.

Banca Examinadora:

---

Prof. Mestre Hércules Alexandre da Costa Benício.  
Orientador

---

Prof. Doutor Othon de Azevedo Lopes  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Mestranda Roberta Simões Nascimento  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Doutor Mamede Said Maia Filho  
Membro Suplente da Banca Examinadora

## AGRADECIMENTOS

Agradecer se tornou uma tarefa muito mais difícil que o esperado. Não por falta de vontade, mas pela dificuldade em encontrar palavras que retratem com precisão o sentimento de gratidão que tenho por cada um de vocês. Assim, fugindo um pouco das formalidades acadêmicas desse trabalho, tentarei gravar em tinta e papel meu gesto de agradecimento àquelas pessoas que, de diferentes formas, contribuíram para sua realização.

Como não poderia deixar de ser, em primeiro lugar, um agradecimento especial aos meus pais, José e Bene, pelo imenso amor e carinho e por nunca medirem esforços na hora de oportunizar e apoiar cada um de meus objetivos. Também gostaria de agradecer à minha irmã, Luma, pelos divertidos momentos de descontração que, não menos relevantes, contribuíram na preparação deste “bolo”. A cada dia mais importante em minha vida, agradeço à minha namorada, Liliana, pelo apoio e por todo carinho proporcionado durante essa jornada. Você está em cada vírgula deste trabalho.

Agradeço, também, ao meu orientador pela atenção despendida e pelo auxílio, fundamentais à elaboração desta monografia. Igualmente, aos meus amigos pela motivação e pelas brincadeiras, bem como aos colegas de trabalho pela compreensão e incentivo ao longo desta trajetória.

Não poderia deixar de agradecer a todos os funcionários das bibliotecas que compõem a rede RVBI, em especial aos que trabalham na Coordenadoria de Documentação e Informação Jurídica da Procuradoria Geral da República, pela paciência e por todo o material disponibilizado. Sei o trabalho que dei a vocês durante o desenvolvimento desta pesquisa.

Por fim, a esses e a todos os outros, que de alguma forma contribuíram para a realização desta monografia, um caloroso abraço e meus sinceros agradecimentos, pois sei que este trabalho não seria o mesmo sem a participação de todos vocês.

## RESUMO

Atualmente, atribui-se à responsabilidade civil uma série de funções relacionadas ao evento danoso. Além de reparar o dano, espera-se que a disciplina também seja capaz de punir e prevenir condutas lesivas agindo sobre dois pólos de um mesmo fato, o dano e o lesado, de um lado, e a conduta lesiva e o infrator de outro. Ainda assim, a função reparatória assume posição de maior relevo entre os objetivos da responsabilidade civil, que, no desempenho dessa função, pauta a sua atuação, sobretudo, pelo princípio da reparação integral. De acordo com este princípio, a reparação do dano deve fazer com que o lesado seja restituído à situação que estaria caso o dano não tivesse ocorrido. Por essa razão, o ordenamento jurídico preconiza que a reparação será medida pela extensão do dano. Ocorre que, muitas vezes, a reparação do lesado não é obtida naturalmente, fazendo com que este seja compelido a acionar o Poder Judiciário com o intuito de coagir o responsável a repará-lo. Nesse caso, em geral, a contratação do causídico torna-se uma despesa necessária, pois, em nosso sistema, o advogado é indispensável à realização da justiça. Porém, no direito processual, não há mais qualquer condenação do vencido no processo ao pagamento de uma compensação pelo gasto do lesado com a contratação do advogado. Assim, caso a reparação obtida judicialmente não contemple a referida despesa, o proveito obtido será diminuído, impedindo que a vítima seja integralmente restituída do dano. Por isso que, em razão do princípio da *restitutio in integrum*, o lesado tem direito a incluir na condenação o valor gasto com os honorários advocatícios contratuais, o que se mostra possível também no âmbito das ações em que a assistência técnica é prescindível, porque essa faculdade não retira da parte o direito de ser representada pelo advogado, razão pela qual, existindo adequação entre a contratação do advogado e o provimento jurisdicional obtido, a parte tem direito a ser reparada pelo valor gasto com a referida despesa.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Princípio da reparação integral. Reparação judicial. Indispensabilidade do advogado. Honorários advocatícios.

## SUMÁRIO

<b><u>INTRODUÇÃO</u></b> .....	<b>1</b>
<b><u>1. RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL</u></b> .....	<b>4</b>
1.1. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	4
1.1.1. PUNIÇÃO E PREVENÇÃO DAS CONDUTAS LESIVAS.....	6
1.1.2. REPARAÇÃO DO DANO.....	10
1.1.3. SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS.....	14
1.1.4. CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS.....	18
1.2. A REPARAÇÃO INTEGRAL.....	20
1.2.1. MODOS DE REPARAÇÃO.....	21
1.2.2. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL.....	23
1.3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	29
1.3.1. REPARAÇÃO POR EQUIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INCAPAZES.....	30
1.3.2. CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA REPARAÇÃO – O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	31
1.3.3. CULPA CONCORRENTE.....	35
1.3.4. CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS.....	36
<b><u>2. A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA A VEICULAÇÃO DE DIREITOS PERANTE O PODER JUDICIÁRIO</u></b> .....	<b>38</b>
2.1. A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO PARA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL.....	39
2.1.1. CAPACIDADE POSTULATÓRIA E A IMPRESCINDIBILIDADE DA DEFESA TÉCNICA.....	40
2.1.2. INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO E ACESSO À JUSTIÇA.....	46
2.1.3. INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO E GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	49
2.2. A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NA VISÃO DO STF.....	51
2.3. A EXCEPCIONAL PRESCINDIBILIDADE DA DEFESA TÉCNICA.....	58
2.3.1. O ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 8906/94 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1127-8, DO DISTRITO FEDERAL.....	58
2.3.2. A DISPENSABILIDADE DO ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS.....	61
2.3.3. A DISPENSABILIDADE DO ADVOGADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	64
2.3.4. A DISPENSABILIDADE DO ADVOGADO NO <i>HABEAS CORPUS</i> E NA REVISÃO CRIMINAL.....	65
<b><u>3. A INCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NA CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS</u></b> .....	<b>68</b>
3.1. FUNDAMENTO DA INCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS.....	68
3.1.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	68
3.1.1.1. Desvinculação e perda da natureza reparatória dos honorários de sucumbência.....	71
3.1.2. INCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS.....	78
3.1.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	83
3.2. A VIABILIDADE DA INCLUSÃO DE PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO VALOR PAGO A ADVOGADO CONTRATADO CUMULADO COM PEDIDOS CONSTITUTIVOS OU DECLARATÓRIOS.....	91

**3.3. A VIABILIDADE DA INCLUSÃO DE PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO VALOR PAGO A ADVOGADO CONTRATADO EM DEMANDAS QUE PRESCINDEM DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA.....**

**CONCLUSÃO.....**

**REFERÊNCIAS.....**

# **A INCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NA CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS**

## **INTRODUÇÃO**

Nos dias de hoje, sofrer um dano é cada vez mais comum. A todo instante, algum indivíduo sofre alguma espécie de prejuízo, seja uma diminuição patrimonial decorrente de uma simples batida de carro, ou do inadimplemento de um negócio que, frustrado, não só reduziu seu patrimônio, como também impediu seu crescimento, seja uma lesão à sua integridade física, ou quem sabe a um direito de personalidade; o dano, em qualquer de suas espécies, é um acontecimento recorrente na vida de qualquer ser humano.

Como se não fosse o bastante, a cada dia diminuimos ainda mais as barreiras que de alguma forma limitam as interações humanas. O homem progressivamente consegue se fazer mais presente em mais espaços e, por conseguinte, está cada vez mais sujeito aos riscos e aos mais variados tipos de dano.

Nesse cenário, a responsabilidade civil, como ramo do direito incumbido de lidar com evento danoso, torna-se ainda mais importante para a tutela e regulação do convívio humano em sociedade. Tanto que, na evolução da disciplina, houve significativa ampliação do sistema reparatório, numa tentativa de melhor adequar a responsabilidade civil ao número crescente de danos.

No entanto, apesar de o dano ser cada vez mais frequente na vida dos homens, parece que, não obstante os avanços da responsabilidade civil, muitos danos não dão ensejo à correspondente reparação prevista pelo sistema reparatório.

Com efeito, além de expandir o campo de abrangência da responsabilidade civil, é preciso facilitar o acesso à reparação. Pouco adianta alargar o sistema reparatório se o lesado que carece de sua tutela passa por transtornos e dificuldades para alcançá-la. Mais do que isso, deve-se aprimorar a reparação, pois, se a tutela oferecida não é capaz de cumprir o objetivo a que se propõe, não haverá o interesse do lesado em lidar com os transtornos necessários a sua obtenção. E parece ser esse o problema que ocorre com a nossa responsabilidade civil.

O ordenamento jurídico brasileiro é carente<sup>1</sup> em medidas que facilitem a reparação do evento danoso. Assim, a reparação do dano quase sempre decorre de um processo judicial que, bastante lento e oneroso, faz com que as vítimas simplesmente prefiram abrir mão da reparação devida a ter que passar pelos transtornos de obtê-la pela via judicial.

Desse modo, se deixar o processo mais célere e eficiente exige mudanças profundas no direito processual, cabe à responsabilidade civil, ao menos, aperfeiçoar a reparação judicial para que a medida seja capaz de lidar com os transtornos inerentes a sua obtenção e, assim, tornar-se mais acessível e atraente ao lesado que pretende tutelar.

Entre os principais fatores que tornam a reparação judicial onerosa e, portanto, desinteressante ao lesado, temos os gastos com os honorários do advogado que dá início ao processo e representa o lesado perante a atividade jurisdicional do Estado.

Questionamos, então, se esse gasto necessário à reparação judicial não pode ser incluído na condenação do responsável à reparação das perdas e danos do lesado. E, de início, podemos dizer que a responsabilidade civil possui elementos suficientes e bem consolidados para garantir que a reparação judicial do responsável abarque também os valores despendidos com a contratação do advogado.

No primeiro capítulo, analisaremos as funções atribuídas à responsabilidade civil para, entre elas, destacar, como principal função, a reparatória. Em seguida, exploraremos o princípio da reparação integral, visto que este princípio está no núcleo da função reparatória e, consequentemente, em um dos mais importantes objetivos da responsabilidade civil.

No segundo capítulo, vamos tratar da necessidade de contratação de advogado para reivindicar direitos perante o Poder Judiciário. Nesse capítulo, abordar-se-á o porquê de o advogado ser indispensável à realização da justiça, bem como alguns julgados do Supremo Tribunal Federal – STF a respeito do assunto, para, depois, apreciar as hipóteses em que, excepcionalmente, o direito brasileiro confere às partes a possibilidade de postularem seus direitos em juízo sem a necessidade de estarem assistidas por profissional da advocacia.

Por fim, com base nos capítulos anteriores, no terceiro capítulo, vamos analisar a possibilidade de inclusão dos honorários advocatícios contratuais na condenação à reparação por perdas e danos. De início, abordaremos as modalidades de honorários que compõem a remuneração do advogado, com o objetivo de esclarecer e delimitar o problema, para, então, apresentar o fundamento para inclusão da verba honorária no montante reparatório e, em

---

<sup>1</sup> Convém esclarecer que o que se pretende dizer é que o sistema jurídico brasileiro é muito centrado na atividade judiciária, que, por sua vez, é lenta, custosa, e nem sempre conseguirá solucionar os problemas que lhe são apresentados. Não há um incentivo a solução extrajudicial de conflitos, tampouco uma quantidade significativa de fundos reparatórios e seguros obrigatórios.

seguida, examinar a jurisprudência existente sobre o assunto.

Depois disso, discutiremos a viabilidade de estender a reparação dos honorários contratuais às ações constitutivas e declaratórias, uma vez que o direito processual carece de institutos destinados à preservação da situação patrimonial do litigante vencedor do processo. Ao final do capítulo, vamos tratar da possibilidade de incluir o pedido de condenação pelo valor despendido com a contratação de advogado nas ações que prescindem de assistência técnica.

## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

### 1.1. Funções da Responsabilidade Civil

“Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”<sup>2</sup>. Tendo em vista a dualidade do direito como realidade social, pois, a um só tempo, representação social e modo de intervenção na sociedade<sup>3</sup>, parece claro que a responsabilidade civil ocupa papel de especial importância no direito e, conseqüentemente, na própria sociedade.

A evolução da responsabilidade civil no decorrer dos séculos, em que os indivíduos “insistem” em causar danos uns aos outros, demonstra como o instituto é, em relação aos demais ramos do direito, mutável e dinâmico frente às mudanças sociais<sup>4</sup>.

Isso poderia nos levar a acreditar que a responsabilidade civil, com uma evolução tão longa quanto a da própria humanidade, teria funções consagradas e bem definidas pelo tempo. Isso não é verdade<sup>5</sup>.

A função da responsabilidade civil é questão que permeia os mais variados aspectos da área e, conseqüentemente, do direito e da sociedade. Por isso, têm sido objeto de investigação e intenso debate por diversos juristas, podendo-se afirmar que o estudo da matéria tornou-se campo de batalha das teorias jurídico-sociais<sup>6</sup>.

No entanto, por mais intrigante que possa ser o debate da questão, não há espaço para, e nem se insere entre os objetivos deste capítulo, realizar uma análise mais profunda sobre o tema, cuja riqueza é suficiente para o desenvolvimento de pesquisas e obras inteiras.

Desse modo, dentro dos limites traçados para esta monografia, faremos uma análise ao menos introdutória dos principais pontos que integram a discussão sobre as funções da responsabilidade civil, evitando, na medida do possível, a realização de cortes teóricos que venham a ocultar a complexidade da questão.

A doutrina estrangeira não é uniforme quanto ao elenco de funções da responsabilidade civil. No entendimento de Guido Alpa, os estudiosos do ramo acolhem quatro funções fundamentais, quais sejam: a) a função de reagir ao ato ilícito danoso, com

---

<sup>2</sup> DIAS, 2011, p.1

<sup>3</sup> ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. XX

<sup>4</sup> HIRONAKA, 2000, p. 109

<sup>5</sup> TUNC, 1989, p. 133

<sup>6</sup> PROSSER *apud* LEVY, 2010, p. 29

o escopo de ressarcir os sujeitos prejudicados por eles; b) função de reprimir ao *status quo ante*, ou seja, colocar a vítima na situação anterior ao dano; c) a função de reafirmação do poder sancionatório ou “punitivo” do Estado; d) a função preventiva (*deterrence*) para intimidar a repetição de atos prejudiciais a terceiros. A esta última, Alpa acrescenta duas funções de caráter econômico: e) a distribuição das perdas de um lado; f) a alocação dos custos, de outro<sup>7</sup>.

Por sua vez, sem maiores divergências, André Tunc entende que, no decorrer dos séculos, atribuiu-se à responsabilidade civil cinco funções inter-relacionadas: punição do culpado; vingança da vítima; indenização da vítima; restabelecimento da ordem social e prevenção dos comportamentos antissociais.<sup>8</sup>

De acordo com o autor, no desenvolver do século XIX, três importantes fatores modificaram essas funções que vinham, até então, conforme as circunstâncias de cada caso, exercendo harmonicamente maior ou menor importância.

O primeiro fator, decorrente dos estudos da criminologia, aponta para os problemas do julgamento do homem pelo próprio homem; o segundo se refere às mudanças sociais promovidas pela industrialização que elevaram o número de danos acidentais, cuja ausência de culpa, somada ao primeiro fator, deu ensejo à perda gradativa de três funções, a vingança, a punição e o restabelecimento da ordem social; ganhando destaque a função indenizatória<sup>9</sup>.

Daí o terceiro fator consistir na alteração do modo de reparação do dano que, diante dos danos acidentais, supera a tradicional prestação individual, passando a decorrer de fontes coletivas e acrescentando à responsabilidade civil uma nova função: a diluição dos danos<sup>10</sup>.

Além disso, com a valorização do homem e a consagração da segurança por diversos sistemas jurídicos, a doutrina passou a apontar a garantia dos direitos dos cidadãos como mais uma função da responsabilidade civil. Com isso, para TUNC a responsabilidade civil teria quatro funções contemporâneas: indenização da vítima, prevenção de comportamentos antissociais, diluição dos danos e garantia dos direitos dos cidadãos<sup>11</sup>.

Não obstante as quatro funções contemporâneas apresentadas por TUNC, a doutrina, de modo geral e com ressalva das diferentes perspectivas tomadas e da

---

<sup>7</sup> LOPEZ, 2010, p. 78

<sup>8</sup> TUNC, 1989, p. 133

<sup>9</sup> PÜSCHEL, 2005, p. 93-94

<sup>10</sup> TUNC, 1989, p. 134

<sup>11</sup> TUNC, 1989, p. 134

nomenclatura utilizada, dá à responsabilidade civil três funções principais, função reparatória, punitiva e preventiva, que serão mais bem analisadas nos tópicos seguintes em conjunto com a diluição dos danos, de maneira que a garantia dos direitos dos cidadãos será posteriormente abordada com outras ponderações a respeito das demais funções da responsabilidade civil.

### **1.1.1. Punição e prevenção das condutas lesivas**

Se perguntarmos a um cidadão qual ramo do direito se encarrega de proteger a sociedade por meio da punição e da prevenção de condutas danosas, provavelmente o direito civil não estaria entre as respostas e tampouco a responsabilidade civil.

Por outro lado, caso a mesma pergunta fosse dirigida a um jurista contemporâneo, embora talvez não fosse a primeira ideia que lhe surgisse, provavelmente a responsabilidade civil faria parte da resposta. Isso porque, já há algum tempo, boa parte da doutrina civilista tem acentuado a função punitiva e, principalmente, a função preventiva da responsabilidade civil<sup>12</sup>.

A punição é tão antiga quanto o dano, pois decorre de comportamento instintivo do homem em relação a ele e ao seu causador, em uma reação de vingança privada ou coletiva. Assim, em sua origem havia apenas o ilícito, cuja sanção buscava, sem qualquer distinção, a reparação do prejuízo e a punição do ofensor. Foi apenas com o desenvolvimento da escola do direito natural que se deu início à separação entre ilícito civil e ilícito penal e, posteriormente, a distinção entre punição e indenização<sup>13</sup>.

Distinção que, embora tênue, tem sido desconstruída para retomar a função punitiva da responsabilidade civil em razão de melhor adequá-la aos danos insuscetíveis de reparação pecuniária<sup>14</sup>. Assim, com o intuito de reprimir e prevenir a ocorrência desses danos, ressurge a função punitiva da responsabilidade civil como instrumento civil de combate à impunidade<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Cumpre esclarecer que trataremos das funções punitiva e preventiva em conjunto, primeiro, porque, não obstante a importância e o espaço que essas funções têm ganhado para a doutrina moderna, uma abordagem mais detalhada da questão não apresenta maior relevância para o desenvolvimento deste capítulo; segundo, em razão da afinidade das duas funções, que, como veremos, diferentemente da função reparatória, atuam com enfoque no agente e na conduta lesiva e não na vítima e no dano.

<sup>13</sup> VAZ, 2009 p. 25-27

<sup>14</sup> Entre esses, além dos danos extrapatrimoniais, os danos coletivos que decorrem de violação a direitos difusos cujas consequências assumem tamanha dimensão e gravidade que não podem ser avaliadas com precisão pela sociedade.

<sup>15</sup> WALD, 2011, p. 55

Afirma-se, então, que a função punitiva teria o objetivo de retribuir o dano ao agente, a fim de incentivar a conscientização da conduta danosa e prevenir, ou melhor, dissuadir a ocorrência de novos danos.

Autores como Carlos Roberto Gonçalves apontam que o caráter punitivo da responsabilidade civil é puramente um reflexo ou um efeito indireto da reparação<sup>16</sup>. A ideia é que, ao imputar ao agente a responsabilidade por sua conduta, obrigando-o a reparar com seu patrimônio os danos causados à vítima, o agente tome consciência da própria conduta e das suas consequências, daí que, conforme o lado em que se analisa a questão, teremos, respectivamente pela ótica da vítima e do agente, uma função reparatória e uma função sancionatória da responsabilidade civil.

Com maior ênfase na função punitiva da responsabilidade civil, os países de tradição anglo-saxã, desenvolveram a figura dos *punitive damages*<sup>17</sup>, que consistem em conferir em favor da vítima, a cargo do agente, uma soma em dinheiro superior ao necessário para a reparação do dano, buscando punir o causador pela conduta ilícita e desencorajar condutas semelhantes<sup>18</sup>.

A aplicação do instituto estrangeiro no ordenamento jurídico pátrio não é bem aceita por parte da doutrina nacional<sup>19</sup>, que rechaça a ideia por ausência de amparo legal, enriquecimento sem causa da vítima, incentivo à litigiosidade judicial, *bis in idem* e ofensa ao devido processo legal por ausência das garantias do processo penal<sup>20</sup>.

Críticas que, de outro lado, são rebatidas pela doutrina em crescente apoio ao instituto<sup>21</sup>, que já vem sendo utilizado na jurisprudência brasileira, sobretudo na apreciação dos danos morais.

Mais do que a punição do agente causador do dano, a função punitiva da responsabilidade civil tem ganhado a afinidade dos juristas pelo efeito preventivo que a punição pode gerar. É que raramente punição e prevenção estão separadas na prática forense,

---

<sup>16</sup> GONÇALVES, 2010, p. 672

<sup>17</sup> Quanto a tradução do instituto estrangeiro também denominado de *exemplary damages*, *vidictive damages*, *deterrent damages* ou *smart money*, optamos por não traduzi-lo tendo em vista que as traduções mais comuns da doutrina pátria: “danos punitivos” e “indenização punitiva” levam à equivocada compreensão do termo, pois o que assume o caráter punitivo não é o dano, como sugere o primeiro termo, mas sim o valor revertido em favor da vítima pelo dano causado; e igualmente inapropriado o segundo termo por acentuar a reparação da vítima, o que, como vimos, se contrapõe à própria ideia do instituto de superar, acrescer, à compensação do dano.

<sup>18</sup> MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 16

<sup>19</sup> Entre eles, Carlos Roberto Gonçalves, Humberto Theodoro Júnior e Anderson Schreiber.

<sup>20</sup> SEGUNDO, 2010, p. 109 e VAZ, 2009, p. 83.

<sup>21</sup> Ponto que demonstra a simpatia do ordenamento jurídico brasileiro pelo instituto é o Projeto de Lei 6.960/2002 (Projeto Fiuza) que visa a acrescentar um parágrafo ao art. 944 do Código Civil, prevendo o desestímulo ao agente nas indenizações por dano moral; e o Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil com o entendimento de que o *caput* do mencionado art. 944 não afasta a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

de forma que há uma imbricação das funções punitivas e preventivas, principalmente, em sistemas com sanções privadas mais desenvolvidas. Todavia, é importante atentar para que a punição sobrecarregada de intenção retributiva não venha a prejudicar a racionalidade presente na prevenção, pois é mais importante avaliar se o agente buscou tomar as medidas necessárias à prevenção do dano do que julgar a reprovabilidade moral de sua conduta no caso particular. Daí a afirmação de que a prevenção é uma punição racionalizada<sup>22</sup>.

A importância progressiva da função preventiva se deve pela insegurança e incerteza que caracterizam as sociedades contemporâneas e que sucedem um período de fé cega no progresso da humanidade e na segurança sustentada pela previsibilidade de um sistema jurídico fechado e pretensamente completo<sup>23</sup>.

Sem dúvida, no momento atual, a sociedade busca muito mais por prevenção de acidentes do que por indenizações. Os malefícios da sociedade moderna são de tal monta que o medo do pior domina os cidadãos. Há anseios de segurança em todos os setores sociais, apesar de sabermos que não existe segurança total, que o “risco zero” é apenas uma expressão retórica. Mas a população exige isso. Cada acidente ou dano que acontece é cobrado como e os riscos tivessem sido mal gerenciados. O pior é que muitas vezes foi essa mesma a causa do desastre<sup>24</sup>.

Enquanto a reparação lida com o passado, com o que já aconteceu, a prevenção cuida do futuro, buscando desencorajar a conduta lesiva e evitar a ocorrência de danos. E a prevenção, como dissuasão, é um efeito automático da responsabilidade civil, pois a obrigação sucessiva de reparar a vítima deveria servir não só para ressarcir seus prejuízos, como também para ameaçar o culpado e o restante da sociedade<sup>25</sup>.

Daí se dizer que se trata de uma função indiscutível da responsabilidade civil, que, mesmo antiga, permanece válida, ainda que não consiga impedir a ocorrência de danos e que os indivíduos continuem a provocá-los convictos de que não serão responsabilizados por suas condutas<sup>26</sup>.

A doutrina, influenciada pela análise econômica do direito, entende que os efeitos preventivos da responsabilidade civil, em grande parte, decorrem de fatores econômicos. Segundo Guido Calabresi, podem ser divididos em duas formas de prevenção: a *specific deterrence*, decorrente de ações estatais refletindo a preocupação pública em inibir determinadas condutas geradoras de dano; e a *general deterrence*, com o maior ou menor desestímulo em realizar certa conduta com base unicamente na relação custo/benefício de

---

<sup>22</sup> LEVY, 2012, p. 126

<sup>23</sup> MORAES, 2006, p. 237

<sup>24</sup> LOPEZ, 2010, p. 77

<sup>25</sup> LOPEZ, 2010, p.78

<sup>26</sup> TUNC, 1989, p. 134

mercado, isto é, sem intervenção pública<sup>27</sup>.

Assim, a *specific deterrence*, carrega uma valoração política da conduta lesiva de modo a criar medidas para desestimulá-la<sup>28</sup>. Nesse cenário, a responsabilidade civil constitui um dos instrumentos de concretização dessa política.

De outro lado, na *general deterrence*, é o funcionamento de mercado que irá circunscrever as atividades lesivas, através de uma análise de custo/benefício da conduta danosa, o que pode gerar a prevenção em dois momentos. Primeiro, incentivando os indivíduos a optarem pelo desenvolvimento de atividades mais seguras ao invés de atividades mais perigosas já que o custo dos acidentes eleva o preço da atividade e, depois, estimulando os indivíduos a tornar mais segura a atividade desenvolvida a fim de diminuir os gastos com os danos provocados<sup>29</sup>.

Portanto, na *general deterrence* a responsabilidade civil atua sobre uma conduta lesiva que reflete o desprezo do agente pelos custos da atividade em prol de seus benefícios, ao passo que, na *specific deterrence*, atinge condutas que desprezam as regras de ordem pública que regulam aquela atividade<sup>30</sup>.

A tese apresentada é criticada por estar ligada às teorias capitalistas e se basear demais na frieza dos mecanismos de mercado, ignorando fatores de natureza não econômica que influem na prática de condutas lesivas.

Nesse contexto de prevenção por meio dos mecanismos de mercado, interessante observar como os *punitive damages* podem intensificar o efeito preventivo ao majorar o valor devido em razão do dano provocado, evitando que o agente seja incentivado a realizar ou manter a conduta lesiva, porque, através de um cálculo de custo/benefício, concluiu ser mais

---

<sup>27</sup> CALABRESI *apud* LEVY, 2012, p. 135-136

<sup>28</sup> Importante observar que a responsabilidade civil não deve ser o único meio de prevenção, visto que, embora possa contribuir com ela, não substitui medidas que possam promover mudanças de comportamento realmente pedagógicas, tais como educação pública, tratamento de delinquentes, geração de emprego, etc. Assim, a prevenção não é obtida apenas com a obrigação de reparar o dano causado, pois pressupõe técnicas mais elaboradas do que isso. Deve, na verdade, estar consubstanciada em um conjunto de atores sociais, por esse motivo o efeito preventivo da responsabilidade civil difere de caso a caso. Nos crimes violentos, por exemplo, o agente não é impedido pela ameaça de vir a reparar a vítima ou o bem lesionado. No entanto, nas infrações de ordem financeira, o temor de ter que arcar com indenizações gordas em virtude de violação à propriedade intelectual, à livre concorrência ou à ordem econômica pode inibir o agente de realizar a conduta lesiva de forma mais eficiente do que a possível condenação na esfera criminal. Da mesma forma, nos casos de violação aos direitos de personalidade, muitas vezes, a sanção penal é insuficiente e depende de critérios rígidos para sua aplicação, de maneira que a responsabilidade civil mostra-se mais adequada para lidar com a situação, evitando que danos graves à personalidade passem impunes. TUNC, 1989, p. 135-136

<sup>29</sup> LEVY, 2012, p. 137-138

<sup>30</sup> Assim seria um exemplo de *general deterrence* o *recall* das fábricas de carro com o intuito de evitar acidentes e os futuros gastos com as respectivas reparações ou, ainda, a adoção de equipamentos de proteção individual (EPI) mais modernos, buscando diminuir os custos com acidentes de trabalho. Já um exemplo de *specific deterrence* seria as normas públicas de proteção ambiental a fim de inibir condutas lesivas ao meio ambiente, que não seriam incentivadas se não fosse a atuação governamental sobre a atividade.

proveitoso reparar o dano do que preveni-lo.

Atualmente, a função preventiva da responsabilidade civil não se limita mais a evitar o dano por meio do efeito dissuasório da reparação, o que seria uma prevenção posterior ao dano. Entendendo que a prevenção teria duas facetas, crescem os estudos sobre a prevenção anterior ao dano, fundada, principalmente, no princípio da precaução, em que se busca evitar que o dano ocorra por meio de medidas jurídicas que viessem a sanar a ameaça de danos graves e irreversíveis<sup>31</sup>.

Pelo que já foi apresentado, pode-se notar que as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil atuam com enfoque na conduta lesiva do agente. Desse modo, justamente por avaliar a conduta é que o desempenho dessas funções deve vir relacionado à responsabilidade subjetiva, principalmente no âmbito da punição, em especial nos *punitive damages*, em que a culpa constitui fundamento essencial de sua aplicação<sup>32</sup>.

Por agir sobre a conduta do ofensor é que a função preventiva da responsabilidade civil é ainda mais limitada na prevenção de danos acidentais, em que, diante da ausência de culpa, há menor influência da responsabilidade civil sobre a conduta<sup>33</sup>. No entanto, como vimos, isso não impede que a gestão da atividade busque a prevenção de danos em razão dos custos que a responsabilidade civil pode gerar diante da ocorrência de acidentes. Ainda assim, a observação é válida para demonstrar que, embora a responsabilidade civil possa contribuir significativamente para a prevenção, essa é uma tarefa a ser desempenhada por um conjunto bem estruturado de instrumentos jurídicos e sociais.

### 1.1.2. Reparação do dano

Ao tratarmos da função reparatória, logo pensamos no sistema jurídico que cuida das perdas e danos. Sem dúvida, essa função é a razão de ser da responsabilidade civil.<sup>34</sup> E,

---

<sup>31</sup> LOPEZ, 2010, p. 78-79

<sup>32</sup> Interessante notar como, por vezes, a adoção de institutos jurídicos estrangeiros é feita sem a observância dos pressupostos teóricos e sociais que lhe deram origem e circunscrevem sua aplicação. Entre as críticas à aplicação dos *punitive damages* pela jurisprudência brasileira, destaca-se a insuficiência, se não inexistência, de critérios para incidência do instituto, o que não ocorre no direito estadunidense em que os critérios de aplicação dos *punitive damages* são bem assentados pela doutrina e pela jurisprudência. Um dos critérios para sua aplicação é a existência de conduta culposa, a fim de evitar que o instituto se aplique a casos de responsabilidade objetiva. No Brasil, a inexistência desses critérios deu ensejo a decisões que desvirtuam os pressupostos e fundamentos do instituto estrangeiro, ao aplicá-lo em casos de responsabilidade civil objetiva do Estado, como no AI 455846/RJ, disponível no informativo n. 364 do STF publicado em 11 de outubro de 2004.

<sup>33</sup> TUNC, 1989, p. 137

<sup>34</sup> LOPEZ, 2010, p. 76. Como veremos, essa função terá papel fundamental no desenvolvimento desta monografia e constitui o principal objeto deste capítulo, razão pela qual será melhor abordada nos tópicos seguintes.

de todas as funções atribuídas à responsabilidade civil, a função reparatória parece ser a única função incontestável da responsabilidade civil, não obstante a enorme divergência sobre em que medida e de que forma essa função deve ser exercida.

O direito de reparar o dano que lhe foi causado é, para muitos autores, um direito imanente ao homem, uma consequência lógica e natural de reação ao dano<sup>35</sup> e de proteção à propriedade:

Esta necessidade de proteger ou de recuperar aquilo que se encontra na nossa esfera patrimonial, ou, ao menos de compensar o reflexo desta perda ou desgaste na circunstância jurídica de cada um de nós, tudo isto é absolutamente jungido à condição humana, pois o homem atavicamente não admite ser lesado, espoliado, agredido, ofendido. Essencialmente, mais do que naturalmente até, este sentimento de rejeição ao desconforto, ao prejuízo, à perda, à ofensa, está vinculado à condição humana mesma.<sup>36</sup>

Apesar dessa conotação natural da função reparatória de tratar a reação ao prejuízo sofrido como algo inerente à condição humana, a responsabilidade civil, inicialmente, estava mais relacionada ao rompimento da ordem social e ao pecado. Assim, na medida em que essa concepção inicial perde destaque, é que a função reparatória passa a se firmar como função fundamental da responsabilidade civil.

Nessa perspectiva, todas as preocupações voltam-se para a satisfação do interesse da vítima na busca de garantir que esta não venha a sofrer nenhuma alteração do seu status pessoal ou patrimonial<sup>37</sup>.

O restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico rompido pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil<sup>38</sup>. Surgindo uma necessidade fundamental de recompor esse equilíbrio, o que se procura fazer é repor a vítima ao *status quo ante*, isto é, à situação anterior ao dano, por meio de uma indenização fixada conforme a extensão do dano provocado<sup>39</sup>

Por isso, afirma-se que as obrigações decorrentes da responsabilidade civil exercem, sobretudo, mas não exclusivamente, uma finalidade estática de proteção da esfera jurídica do indivíduo, que possui uma expectativa legítima de preservação dessa situação, ou seja, de manutenção do *status quo*<sup>40</sup>.

TUNC aborda duas funções que estariam diretamente relacionadas à reparação. Trata-se do apaziguamento da vítima e da realização da justiça. Acredita-se que a

---

<sup>35</sup> SEGUNDO, 2010, p. 84

<sup>36</sup> HIRONAKA, 2000, p. 109

<sup>37</sup> BITTAR FILHO, 2002, p. 37

<sup>38</sup> DIAS, 2011, p. 43

<sup>39</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13

<sup>40</sup> NORONHA, 2010, p. 459

indenização, ou a esperança desta, teria o condão de satisfazer a revolta e o desejo de vingança que surgem como reação ao dano sofrido<sup>41</sup>. Contudo, convém ressaltar que muitas vezes uma declaração judicial em prol da vítima exerce melhor a função do que qualquer soma em dinheiro revertida em seu favor. Diante disso, extrai-se que a realização da justiça ocorreria com a composição do dano. Todavia, o referido autor reconhece nas controvérsias existentes a dificuldade de determinação do que seria uma reparação justa para o agente e para vítima<sup>42</sup>.

Se a reparação da vítima é um objetivo indiscutível, é, também, um objetivo difícil de se alcançar<sup>43</sup>. Pois, conforme esclarece WALD,

Existem diversos aspectos da vida de um indivíduo (direitos e bens) que, muito embora componham sua personalidade, seu patrimônio ideal, não possuem uma valoração direta, e, portanto não podem ser ressarcidos.  
É o caso de uma lesão à intimidade, à privacidade, à imagem de um indivíduo. Nesses casos, a aplicação da função ressarcitória se torna inviável, tendo em vista que o retorno ao *statu quo ante* é impossível. A lesão sofrida é indelével, porquanto atinge o “ser” do indivíduo e não o “ter”<sup>44</sup>.

Nesses casos, não se pode falar em indenização ou ressarcimento, mas sim em uma satisfação compensatória como forma de tentar minorar, por meio de uma soma em dinheiro, danos, por natureza, irreparáveis<sup>45</sup>. É da (im)possibilidade de recompor o dano que surgem as diferentes nomenclaturas para a função que aqui optamos por chamar de reparatória<sup>46</sup>.

Além da dificuldade de reparar integralmente o dano sofrido, há outros limites no desempenho dessa função. Muitas vezes, parte dos danos sofridos pela vítima, principalmente

---

<sup>41</sup> Vale ressaltar que esse efeito de satisfação da revolta e desejo de vingança da vítima também é alcançado ante o caráter retributivo presente na função punitiva da responsabilidade civil.

<sup>42</sup> TUNC, 1989, p. 145

<sup>43</sup> DIAS, p. 143

<sup>44</sup> WALD, 2011, p. 54. Interessante observar que, diante da impossibilidade de ressarcir determinados danos, o autor divide a presente função, abordando separadamente as funções ressarcitória e compensatória da responsabilidade civil.

<sup>45</sup> LOPEZ, 2010, p. 77. Para este autor, vale ressaltar, com exceção da responsabilidade contratual, mesmo nas perdas materiais é impossível recolocar a vítima ao estado anterior ao dano. Nesse ponto, ganham destaque as dificuldades apresentadas pela doutrina na complexa tarefa de fixação do valor pago à vítima a título de compensação por danos a bens jurídicos extrapatrimoniais, ou seja, por definição, economicamente imensuráveis. Diante deste paradoxo, questiona-se o real efeito compensatório de uma medida, que, para nós, embora imprópria, constitui em favor do lesado bem fungível por excelência, com potencial para propiciar à vítima proveito compensatório, i.e., substitutivo do dano sofrido.

<sup>46</sup> Cumpre esclarecer, quanto às possíveis nomenclaturas para a função ora em análise, que optamos pelo termo “função reparatória” por se mostrar mais adequado em razão de sua amplitude. Desse modo, concordamos com o entendimento de NORONHA ao explicar que “indenização e ressarcimento são palavras praticamente sinônimas na língua portuguesa [v. 2, cap. 9], ambas parecendo mais adequadas para referir a reparação por danos patrimoniais. Compensação, por seu turno, fica melhor para danos extrapatrimoniais [v. 2, cap 10]: indenizar é apagar o dano, o que só se consegue fazer através da reposição do patrimônio na situação em que estava antes, enquanto compensar é dar algo que contrabalance o mal causado, mas sem poder apagar este.” (NORONHA, 2010, p. 460).

no campo dos danos acidentais, não são reparados pela responsabilidade civil, mas sim por seguros, seguridade social e serviços de saúde pública. Ademais, é comum que a reparação seja precedida de intermináveis discussões judiciais cujos dispêndios, frequentemente, inibem ou reduzem significativamente seu papel reparatório.<sup>47</sup>

O dano sofrido pela vítima repercute na coletividade que se comove com a lesão de um dos seus membros e logo procura o responsável pela recomposição, que restituirá não só a vítima, mas a própria ordem social daquela coletividade. Por isso, não se trata de um aspecto puramente patrimonial, a repercussão coletiva é essencialmente uma repercussão social, pois “o maior interessado na manutenção das situações é a sociedade e não o indivíduo”<sup>48</sup>.

Assim, como a responsabilidade civil faz com que o risco de insolvência do responsável corra por conta da vítima, não basta que o direito à reparação supere a exigência da culpa e se estabeleça, também, na teoria do risco ou na ideia de garantia, busca-se que a reparação ultrapasse os limites da relação individual e se fundamente na ideia de solidariedade.

Este terceiro modelo vai além da ideia de uma simples responsabilidade objetiva, pois esta permanece uma ideia vinculada a parâmetros individuais, ao passo que o modelo ao qual agora nos referimos transcende o indivíduo e socializa as perdas. Não se trata, portanto, de condenar alguém individualizado a ressarcir um prejuízo, mas sim de transferir para toda a sociedade, ou para um setor desta, uma parte do prejuízo.<sup>49</sup>

A ideia consiste em desvincular a reparação do agente e a conduta danosa. Se antes a reparação estava condicionada à presença da culpa e, posteriormente, à do risco, a recomposição do dano ganha tamanha importância social que, atingindo dimensões coletivas, passa a ser garantida por uma estrutura coletiva de socialização das perdas, fundada na solidariedade.

A diluição dos custos dos danos é considerada por TUNC uma função contemporânea da responsabilidade civil. Assim, em que pese restar dúvidas se a socialização

---

<sup>47</sup> TUNC, 1989, p. 143

<sup>48</sup> MIRANDA, apud DIAS, 2011, p. 8

<sup>49</sup> FACCHINI NETO, 2010, p. 27

dos riscos seria uma função da responsabilidade civil<sup>50</sup>, diante dos contornos e peculiaridades da ideia, o tema será tratado separadamente no tópico a seguir.

### 1.1.3. Socialização dos riscos

Como vimos anteriormente, a responsabilidade civil ampliou progressivamente a sua abrangência, de modo a tutelar a reparação de um número cada vez maior de danos. Nesse contexto, o direito a reparação ganha espaço em uma dimensão coletiva, fortalecendo uma vontade social de reparar todo e qualquer dano. Pois, “o dano por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda sociedade”<sup>51</sup>.

No entanto, diante desse alargamento, não é raro se deparar com casos em que, apesar da vontade coletiva de reparar o dano, torna-se injusto atribuir sua reparação a um agente cuja conduta, por vezes ainda que lícita, deu causa ao dano<sup>52</sup>.

A solução para o conflito de atribuir a um indivíduo os custos para a satisfação de uma vontade social é a socialização dos riscos. Desse modo, natural que seja uma coletividade quem venha a arcar com as despesas de um interesse, também coletivo, de reparar um dano, a princípio não tutelado pela responsabilidade civil.

Oportuno diferenciar a socialização dos riscos da atribuição de responsabilidade pelo dano a determinadas classes de indivíduos ou atividades que estão em melhores condições de suportá-la, o que ocorre independentemente da ocorrência ou não da socialização do risco. A confusão ocorre, porque aqueles em melhores condições de arcar com custos elevados geralmente são sujeitos com poder para redistribuir esses custos a uma coletividade<sup>53</sup>. Assim, a mera atribuição à determinada sociedade empresária do dever de reparar os danos causados por sua atividade, por si só, não promove a socialização dos

---

<sup>50</sup> Conforme veremos, a socialização dos riscos está intrinsecamente ligada à reparação da vítima, inclusive, podendo-se afirmar que a finalidade da diluição é garantir a sua restituição integral, colocando o dano e sua reparação a frente dos demais aspectos que circunscrevem a responsabilidade civil. Por isso, diante da resistência de denominar de função algo cuja função é garantir o desempenho de outra função, questiona-se se a socialização dos riscos seria um meio de implementação da responsabilidade civil e de suas funções, ou um resultado/efeito produzido, entre outras maneiras, pela responsabilidade civil de forma a integrar uma de suas funções, tal como ocorre com a punição e a prevenção, que não deixam de ser efeitos ou resultados produzidos por meio do instituto. A questão, sem maiores repercussões para o desenvolvimento dessa monografia, parece se resumir à perspectiva adotada. Pela perspectiva da reparação do dano, a socialização dos riscos se apresenta como um instrumento de garantia, por outro lado, pela perspectiva do custo da reparação e a quem ele deve ser atribuído, a socialização dos riscos mais se aproxima de um efeito gerado pela exigência de reparação através da responsabilidade civil.

<sup>51</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 156

<sup>52</sup> TUNC, 1989, p. 145

<sup>53</sup> TUNC, 1989, p. 146

riscos, que ocorrerá apenas caso a sociedade empresária repasse o custo dos danos a uma coletividade, no caso, seus próprios clientes.

Verifica-se, portanto, que a atribuição do dever de reparar a sujeitos ligados a uma coletividade constitui, na realidade, instrumento direto de socialização do risco por meio da responsabilidade civil, que também poderá gerar a socialização por via indireta, é o caso dos seguros.

O seguro de responsabilidade civil, cuja finalidade, conforme dispõe o *caput* do art. 787 do Código Civil<sup>54</sup>, é garantir o pagamento de perdas e danos devidos pelo seguro a terceiros, evoluiu com o avanço da responsabilidade objetiva como forma do agente recuperar a proteção perdida com a teoria do risco através da diluição dos danos entre todos os segurados<sup>55</sup>.

Nesse ponto, interessante trazer a ponderação de NORONHA ao observar que

a coletivização, neste aspecto ligado ao seguro de responsabilidade civil, como se vê, começa sendo consequência da objetivação, para num segundo momento realimentar o movimento em direção a cada vez maior objetivação: ao garantir a reparação dos danos sofridos, ela potencia a evolução da responsabilidade no sentido da progressiva objetivação.<sup>56</sup>

Observa-se, então, com maior clareza, a relação dialética no desenvolvimento da responsabilidade civil e do seguro de responsabilidade<sup>57</sup>, pois enquanto a primeira provoca indiretamente a socialização do risco por meio do segundo, este supre as necessidades daquela propiciando a sua expansão.

O seguro de responsabilidade se apresenta como auxiliar da responsabilidade civil, ao menos em sua função reparatória, pois proporciona garantias não só para o agente, permitindo uma maior previsibilidade do custo dos acidentes, mas também para a vítima, possibilitando a sua indenização imediata<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

<sup>55</sup> Convém diferenciar o seguro de dano do seguro de responsabilidade. O primeiro visa proteger um bem contra a ocorrência de um dano, independentemente de sua origem e da culpa de quem o causou. Já o segundo, como visto, busca garantir a responsabilidade civil do segurado pelos prejuízos que vier a causar a terceiros. No âmbito da responsabilidade civil, a doutrina critica o seguro de danos ao afirmar que a sua maior facilidade, isto é, o ressarcimento do dano com a sua mera comprovação sem qualquer discussão sobre a conduta do ofensor, é também o seu maior problema, visto que há limites quantitativos para a indenização de forma a comprometer sua eficiência reparatória. Por essa razão, na maior parte dos casos a vítima terá que comprovar a conduta culposa do ofensor para complementar a reparação pela via judicial. (LEVY, 2012, p. 186-190)

<sup>56</sup> NORONHA, 2010, p. 568

<sup>57</sup> TUNC, 1989, p. 146

<sup>58</sup> LEVY, 2012, p. 187. Além dessas vantagens, TUNC destaca a importância da socialização dos riscos para evitar que a responsabilidade civil não torne inviável o desempenho de determinadas atividades (TUNC, 1989, p. 146). E NORONHA destaca que, com o seguro de responsabilidade, os juízes puderam apreciar melhor a situação da vítima garantindo-lhe uma reparação integral, antes comprometida por uma análise mais comedida do juiz diante do fato, uma vez que cabia ao responsável arcar com todo o peso da reparação.

Por conta desses benefícios, a doutrina defende o incremento de seguros de responsabilidade civil, sobretudo como seguro privado obrigatório, previsto no art. 788 do Código Civil, que consiste basicamente na imposição legal de contratar seguro para proteção de terceiros, como condição de exercício de determinadas atividades especialmente lesivas. É que o seguro privado obrigatório supera o microuniverso da ação indenizatória apresentando múltiplas vantagens em relação ao sistema puro da responsabilidade objetiva, entre elas

(i) assegura a reparação mesmo a quem não tenha acesso por razões variadas, ao Poder Judiciário; (ii) assegura reparação mesmo em caso de insolvência do causador do dano; (iii) permite o pronto pagamento da indenização, evitando o longo e tormentoso itinerário das ações de indenização, marcado, mesmo quando teoricamente imune à discussão da culpa, pelo intenso antagonismo entre autor e réu, a deflagrar, não raro, uma sucessão interminável de recursos e expedientes processuais protelatórios; (iv) permite que o pagamento da indenização ocorra de modo progressivo, proporcionalmente à recuperação da vítima em concreto, ao contrário das ações de indenização, em que o *quantum* indenizatório vem fixado, quase sempre, em um momento único; (v) afasta, ao transferir do causador do dano para a seguradora, instintos punitivos que tendem a elevar imensamente o valor das indenizações; e, por fim, com especial importância; (vi) possibilita a diluição do dano por todo o universo de segurados, sem onerar exclusivamente um único réu, que nas ações de indenização acaba muitas vezes, condenando apenas para que não se deixe a vítima sem qualquer reparação<sup>59</sup>.

Nota-se, então, que o seguro de responsabilidade, como meio de socialização dos riscos, corrige em vários aspectos os problemas de concretização da função reparatória não só da responsabilidade objetiva, mas da própria responsabilidade civil.

No Brasil, há o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores (DPVAT), regulado pela Lei 6.194/74, que, apesar dos limites indenizatórios fixados pelo artigo 3º, destaca-se pela socialização dos riscos presente no artigo 7º da referida lei, ao prever indenização para vítimas com seguro não realizado ou vencido a ser paga pela sociedade de seguradoras que compõe o DPVAT<sup>60</sup>.

Além dos seguros, há outros meios de socialização dos riscos como os fundos indenizatórios e a seguridade social, meios em que a reparação dos acidentes se baseia principalmente na solidariedade social.

No âmbito da responsabilidade civil, o fundo indenizatório é um conjunto financeiro, formado por recursos públicos e/ou contribuições dos ofensores, com o objetivo de subsidiar a reparação dos danos decorrentes de acidentes específicos.

---

<sup>59</sup> SCHREIBER, 2011, p. 729-730

<sup>60</sup> Art. 7º A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta lei.

Comum na França, os fundos indenizatórios não parecem ser uma prioridade para o Brasil, que, priorizando o sistema de reparação da responsabilidade civil, recorre a demandas coletivas para o caso de grandes desastres<sup>61</sup>.

Aproximando-se da atividade de um fundo indenizatório, a Lei 12.190/10 concede compensação moral a pessoas com deficiência física em decorrência da utilização de talidomida, substância tardiamente proibida pelo Estado que pode provocar a má formação de fetos. A referida lei incumbiu o INSS de indenizar as vítimas por meio de dotações orçamentárias do Estado com a mera realização de prova pericial, de modo que a socialização dos danos no caso assemelha-se à da seguridade social<sup>62</sup>.

Com a seguridade social, o “Estado assume para si, através dos seus organismos de assistência social, a missão de reparar o dano ingressando na relação privada a fim de garantir o imediato e eficiente ressarcimento da vítima”<sup>63</sup>.

Nesse contexto em que o Estado desenvolve uma política pública de socialização dos riscos, fixando mecanismos para a garantia de uma reparação célere e integral, merece destaque o modelo instituído na Nova Zelândia pela edição do Accident Compensation Act (ACA) em 1972, por meio do qual o Estado assumiu a responsabilidade pela reparação de todos os danos acidentais causados a seus cidadãos, estabelecendo uma completa socialização dos riscos e suprimindo, na maior parte dos casos, o direito de o cidadão pleitear individualmente a reparação do dano pelo acidente<sup>64</sup>.

O modelo neozelandês nasceu em meio ao desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social, em que se constatou a insuficiência da responsabilidade civil como mecanismo de indenização das vítimas de danos acidentais. Assim, firma-se a ideia do seguro público nacional como solução global para o problema da reparação dos danos acidentais. Essa solução aborda o problema sob duas perspectivas complementares, uma anterior ao dano em um processo de prevenção e redução dos danos por meio da reeducação de agentes nocivos, e outra, posterior ao dano, com a organização de fundos indenizatórios para garantir a reparação da vítima independentemente do debate sobre a conduta que deu origem ao dano<sup>65</sup>.

Nota-se, assim, que o modelo neozelandês alargou para toda a sociedade os benefícios decorrentes da socialização do risco, propiciando para todos, entre outras

---

<sup>61</sup> Nesse ponto, destaca-se o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), previsto pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), composto principalmente pelas condenações oriundas de demandas coletivas, porém, com o objetivo principal de reconstruir o bem lesado e não exatamente recuperar as vítimas. LEVY, 2012, p. 198

<sup>62</sup> LEVY, 2012, p. 202

<sup>63</sup> LEVY, 2012, p. 202

<sup>64</sup> LEVY, 2012, p. 203

<sup>65</sup> TUNC, 1989, p. 79-80

vantagens, imediata e pronta reparação pelos danos acidentais, livre dos problemas com gastos, solvência do devedor e discussão da conduta lesiva.

No entanto, a experiência neozelandesa revela que a instituição do modelo implicou a mitigação da função preventiva da responsabilidade civil, provocando o aumento do encargo social e gerando um ciclo vicioso prejudicial ao funcionamento do sistema<sup>66</sup> e até mesmo ao desenvolvimento econômico do país.

Apesar do efeito negativo sobre a função preventiva, o que foi mitigado com alterações posteriores ao implemento do ACA<sup>67</sup>, o sistema merece destaque pela forma como lidou com o problema da reparação dos danos acidentais, colocando a vítima a frente do ofensor e garantindo a reparação do dano independentemente das nuances da conduta danosa.

Assim, o modelo neozelandês, como solução radical ao problema da reparação de danos acidentais, apresenta-se como símbolo de socialização dos riscos, cuja extremidade ressalta os limites, vantagens e desvantagens da socialização dos riscos demonstrando como esta tem revolucionado a responsabilidade civil contemporânea, principalmente, no âmbito da reparação.

#### 1.1.4. Considerações adicionais.

Por trás do papel de prevenir condutas lesivas, evitar danos, punir agentes e reparar vítimas, a responsabilidade civil desempenha função essencial ao sistema jurídico e a toda sociedade.

A responsabilidade civil pode ser analisada pela perspectiva da composição de uma situação jurídica subjetiva. Por essa ótica, a responsabilidade é consequência da insatisfação de um direito subjetivo pela não observância do dever que lhe corresponde. Tratando dessa questão, LOPES esclarece que:

Daí que, no direito subjetivo – *Recht* –, como a mais relevante situação jurídica subjetiva, possam-se distinguir dois momentos básicos. Um primeiro consistente na expectativa juridicamente garantida de obter uma prestação ou uma coisa de outrem – *Recht* –. Em um segundo momento no direito subjetivo, após a não-realização voluntária da prestação, há a exigibilidade, ou seja, a possibilidade de coagir o devedor a realizar a pretensão resistida – *Anspruch*.

O dever, por sua vez, apresenta-se como uma situação jurídica subjetiva correspondente à ideia de direito subjetivo, ou seja, direito e dever são duas perspectivas de uma mesma relação, tendo existência interdependente, simétrica e

<sup>66</sup> MORSELLO, 2006, p. 17

<sup>67</sup> Em 1982, a jurisprudência neozelandesa reconheceu a possibilidade de ajuizamento de ações pessoais para aplicação dos *punitive damages* como meio de fortalecer a prevenção de danos, atentando para que a aplicação desmedida do instituto não viesse a comprometer o sistema indenizatório instituído pelo ACA. MORSELLO, 2006, p.17

reflexa. Como não poderia deixar de ser, assim como o direito subjetivo tem dois momentos, o mesmo acontece com o dever. No dever, há a obrigação (*Schuld* para a doutrina alemã) de realização de uma prestação ou um ato, correspondente à ideia de expectativa juridicamente garantida de prestação. Não cumprida a prestação a tempo e a modo, em correspondência à ideia de exigibilidade, surge a responsabilidade (*Haftung*), pela qual o devedor é chamado a responder pela sanção decorrente do não-cumprimento voluntário da prestação ou do ato.<sup>68</sup>

Se partirmos dessa concepção, podemos afirmar que a responsabilidade civil funciona como mecanismo de proteção de direitos subjetivos, isso porque, ao obrigar que o ofensor arque com as consequências da inobservância do dever correspondente a um direito, a responsabilidade civil propicia a tutela deste direito perante as condutas que venham a comprometer sua realização, motivo pelo qual

na sociedade pós-moderna, o instituto da responsabilidade civil possui papel fundamental para a resolução dos conflitos intersubjetivos e transindividuais, permitindo-se uma melhor compreensão da proteção do direito individual, coletivo e difuso<sup>69</sup>.

Daí se afirmar que “hoje os princípios da responsabilidade civil se tornaram a sanção geral de todas as regras de direito”<sup>70</sup>. Mais do que isso, superando essa ideia, ANDRADE esclarece que

a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário.<sup>71</sup>

Assim, verifica-se que, ao buscar a tutela de novos interesses, a responsabilidade civil age como importante instrumento de comunicação entre sociedade e direito, fazendo com que um atue sobre o outro, na medida em que responsabiliza indivíduos por suas condutas e promove mudanças jurídico-sociais.

Entretanto, teme-se que o excesso de *inputs* e o seu alargamento excessivo gere uma crise de superabundância, levando a responsabilidade civil a exercer funções incompatíveis com a sua natureza, de forma a distorcer sua função principal. Isso chama atenção para o fato de que, sistematicamente, os alicerces da responsabilidade civil não estão bem assentados, não só com relação aos critérios de imputação adotados, como também no que se refere às funções que ela deve desempenhar<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> LOPES 2006, 259

<sup>69</sup> LISBOA, 2010, p. 256

<sup>70</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon *apud* LEVY, 2012, p.29

<sup>71</sup> ANDRADE, 2006, p. 238

<sup>72</sup> ANDRADE, 2005, p. 252-255

Nesse aspecto, a discussão sobre as funções da responsabilidade civil fica mais nítida quando separarmos, de um lado, a vítima e o dano, e, do outro, o agente e a conduta lesiva, demonstrando, assim, que o problema decorre da abordagem unitária de um instituto com dois enfoques distintos e prejuízos mútuos, o que se torna mais complicado quando a reparação se insere no centro do debate como função incontestável do sistema, pois como bem apontado por LEVY:

De uma “responsabilidade-sanção”, centrada no autor e na sua culpa, passando por uma “responsabilidade-indenização”, centrada na vítima, alguns ainda enxergam uma “responsabilidade-antecipação”, todas funções que têm na forma de reparar o dano – ainda que um dano futuro, como no caso da antecipação – o seu principal elemento definidor<sup>73</sup>.

## 1.2. A reparação integral

A função precípua da responsabilidade civil é restituir a vítima à situação que estaria se o dano não tivesse ocorrido. Por essa razão a reparação é medida pela extensão do dano<sup>74</sup> para que corresponda a todo prejuízo sofrido, daí se dizer que a reparação deve ser integral.

Importante esclarecer que agora não se trata do momento de aferição dos elementos da responsabilidade civil e, conseqüentemente, do dever de reparar (*an debeat*), mas sim de um momento posterior à configuração deste, em que se discute o quanto deve-se reparar (*quantum debeat*)<sup>75</sup>, fase que não tem recebido da doutrina ou da jurisprudência a mesma atenção e estudo voltados à fase anterior.

Assim, caracterizada a responsabilidade, cabe ao agente restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico rompido pelo dano. Nesse âmbito, impera o princípio da reparação integral ou, também, princípio da equivalência entre o dano e a indenização, que “busca

---

<sup>73</sup> LEVY, 2012, p. 29-30

<sup>74</sup> DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 371

<sup>75</sup> Sobre esses dois planos de análise da responsabilidade civil, MONTEIRO FILHO destaca que “mister se faz esclarecer quais sejam os dois planos de investigação sucessiva que ora importa retratar. O primeiro envolve a demonstração dos pressupostos da responsabilidade (dano, nexa causal e culpa, quando não dispensada, nas hipóteses objetivas). De fato, diante de uma demanda reparatória, num primeiro momento, o objeto da perquirição do magistrado consiste em verificar a presença dos pressupostos caracterizadores do dever de indenizar. Nesse contexto, podem ocorrer, basicamente, duas situações: ou se comprovam os pressupostos, e assim dá-se origem à obrigação ressarcitória; ou esses não se fazem presentes, e não há que se tratar de reparação. Só se passa à investigação do montante do dever de reparar o dano quando se estiver diante de situação que configure a existência dos seus pressupostos. E, uma vez superado esse primeiro plano (*an debeat*), voltam-se as atenções ao tema da avaliação, da quantificação dos danos já então reconhecidos. Eis o segundo momento na ordem de considerações sucessivas constante das ações de responsabilidade civil (*quantum debeat*), ao qual se chegará tão-somente após se lograr êxito na caracterização dos pressupostos”MONTEIRO FILHO, 2000, p. 124-125.

colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito, ligando-se diretamente à própria função da responsabilidade civil, que é fazer desaparecer, na medida do possível, os efeitos do evento danoso”<sup>76</sup>.

Na busca pela reparação mais completa possível, convém analisar melhor os modos de reparação.

### 1.2.1. Modos de reparação

O modo de reparação do dano consiste na determinação do conteúdo dessa obrigação, assim, há dois grandes modos de reparação: a reparação específica ou natural (*in natura*), e a reparação em pecúnia ou por equivalente em dinheiro<sup>77</sup>.

Pelo modelo da reparação natural, restitui-se ao lesado o mesmo bem subtraído de seu patrimônio<sup>78</sup>, desse modo, a reparação do dano se realiza materialmente, fazendo com que a reparação específica seja a forma ideal de reparação por melhor realizar a ideia de justiça comutativa e o retorno ao *status quo ante*<sup>79</sup>.

Assim, a reparação em pecúnia surge como modo subsidiário de reparação dos danos, aplicável quando a reparação específica não for possível ou não proporcionar a reparação integral do lesado.

Como a reparação natural apresenta-se como meio de reparação mais adequado ao dano, permitindo a sua efetiva remoção, a doutrina defende a adoção deste modelo como principal modo de reparação. Por isso, tenta-se ampliar a incidência do art. 947 do Código Civil, a princípio restrito à responsabilidade negocial, a fim de conferir fundamento legal para este posicionamento<sup>80</sup>.

No entanto, justamente a principal e mais atraente característica desse modelo de reparação é que o torna limitado ante os inúmeros obstáculos para sua implementação. Pois, como o conteúdo da reparação é o bem lesado, a efetividade deste modelo vincula-se à

---

<sup>76</sup> SANSEVERINO, 2010, p. 19

<sup>77</sup> DINIZ, 2010, p. 135

<sup>78</sup> Com base em Carlos Alberto Ghersi, SANSEVERINO apresenta duas possibilidades fáticas para a reparação específica. A primeira consiste na reparação do mesmo bem lesado, conservando os elementos essenciais do bem danificado e suas faculdades funcionais, é o caso, por exemplo, de reparar a infiltração de um imóvel ou o dano à pintura de um automóvel. A segunda possibilidade se caracteriza pela substituição do bem danificado por um bem semelhante com a mesma função. SANSEVERINO, 2010, p.39

<sup>79</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 144

<sup>80</sup> SANSEVERINO, 2010, p. 38

Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

natureza deste bem, razão pela qual acaba sendo mais aplicável nos danos patrimoniais<sup>81</sup>.

Diante dessa relação com o bem lesado, a possibilidade da reparação específica, sua adequação, e real proveito para o lesado, só podem ser aferidos no caso concreto, hipótese em que caberá ao juiz avaliar os interesses da vítima – que pode insistir na reparação natural ou preferir a reparação em pecúnia – e a onerosidade da medida para o devedor, visto que ela pode se tornar excessiva e desproporcional<sup>82</sup>.

Esses fatores têm feito com que a reparação pecuniária culmine como o modo mais comum de reparação do dano por apresentar maiores vantagens de ordem prática<sup>83</sup>, uma vez que promove a reparação do dano, ao restabelecer o equilíbrio patrimonial por meio do pagamento de um valor equivalente à extensão dos danos sofridos pela vítima. Nesse caso, interessante esclarecer que a reparação é uma dívida de valor, já que não tem como objeto direto o dinheiro, o qual é apenas um meio de medir a prestação reparatória<sup>84</sup>. Prestação essa que, por força do princípio da reparação integral, não deve superar o dano sofrido pela vítima, enriquecendo-a, nem ficar aquém de toda extensão do dano, tornando a reparação incompleta e insuficiente no desempenho de sua finalidade<sup>85</sup>.

Observa-se, portanto, que na reparação específica a determinação de como o agente deve reparar o lesado é mais fácil, visto que a prestação reparatória consiste na recomposição do mesmo bem ou na sua substituição por um equivalente. A mesma facilidade não ocorre na recuperação pecuniária, em que há a avaliação do dano sofrido em toda a sua extensão para determinar qual valor em dinheiro corresponde à restituição integral do patrimônio lesado.

Nos dois modos de reparação é possível notar como o princípio da reparação integral se insere como critério fundamental de determinação da reparação devida, ressaltando a importância deste princípio para o desenvolvimento adequado da principal finalidade da responsabilidade civil.

---

<sup>81</sup> Não obstante a insuficiência da reparação específica para os danos extrapatrimoniais, há medidas reparatórias deste modelo que podem ser tomadas a fim de reparar o dano, é o caso da retratação, retificação ou até mesmo eliminação do ato ilícito nas hipóteses de dano moral.

<sup>82</sup> Em determinados casos, a reparação específica se apresenta mais benéfica ao lesado do que o retorno ao estado anterior ao dano, v.g., a substituição de uma coisa velha por uma coisa nova de maior valor. Ao enfrentar essa situação, Aguiar Dias aduz que caberia ao juiz rechaçar a reparação natural ou determinar este modo de reparação fazendo com que o devedor repare a mais e reclame, posteriormente, a diferença na reparação a fim de evitar enriquecimento indevido. A solução é apreciada por dar primazia à reparação natural, todavia critica-se que, diante das dificuldades no cumprimento da reparação específica deve o juiz determinar a sua substituição pela reparação pecuniária, conforme prevê o art. 947 do Código Civil, de maneira a evitar o prolongamento do litígio com a apuração e cobrança da diferença. DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 439-440

<sup>83</sup> SANSEVERINO, 2010, p. 40

<sup>84</sup> DINIZ, 2010, p. 135

<sup>85</sup> GAMA, 2011, p. 604

### 1.2.2. Princípio da reparação integral

O princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*) ou princípio da reparação plena ou, ainda, princípio da equivalência entre os prejuízos e a indenização, tem como principal objetivo colocar a vítima na situação em que estaria caso não tivesse ocorrido o fato danoso<sup>86</sup>.

A ideia de apagar o dano restituindo o lesado ao *status quo ante* é uma das ficções jurídicas sobre a qual o ordenamento se sustenta, pois, naturalmente, há danos que, embora possam ser compensados, são verdadeiramente irreparáveis, motivo pelo qual o objetivo apontado se opera de forma aproximativa ou conjectural<sup>87</sup>. Assim, como a responsabilidade civil tem como função primordial a reparação mais completa do dano, o princípio constitui a diretriz principal para avaliação dos danos e fixação da reparação, pois, se na prática nem sempre é possível alcançar a reparação integral, “nem por isso deve o Direito deixar de procurar aproximar-se o quanto seja possível da melhor indenização, ou seja, da forma ou do valor que melhor atenda ao ofendido”<sup>88</sup>.

O princípio da reparação integral mostra-se presente, tanto na reparação específica quanto na reparação em pecúnia, sendo, contudo, mais bem concretizado no primeiro modo, pelo fato de a reparação do dano ocorrer materialmente. Vale ressaltar, contudo, que nem sempre a reparação específica é suficiente para alcançar a reparação integral do dano, o que pode ser demonstrado de forma mais clara pelo art. 952 do Código Civil que, ao dispor sobre a reparação no caso de usurpação ou esbulho, determina, além da restituição da coisa, a reparação dos lucros cessantes e de eventual deterioração do bem<sup>89</sup>.

Todavia, o princípio da reparação integral revela sua maior utilidade prática na reparação pecuniária em que se impõe a tarefa de avaliar a extensão dos danos para se determinar qual valor compensará integralmente todos os prejuízos sofridos.

Desde o direito romano – em que responsabilidade civil e responsabilidade penal se confundiam diante da unidade do ato ilícito – já se proclamava que “*Restitutio in integrum in genere sic solet difiniri: Ut sit pristini status amisi recuperatio*” (a integral restituição

---

<sup>86</sup> SANSEVERINO, 2010, p. 48

<sup>87</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 143

<sup>88</sup> CASILLO, 1994, p. 85

<sup>89</sup> Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

assim pode ser definida: que seja a recuperação do estado primitivo do perdido)''<sup>90</sup>. Porém, foi apenas no Renascimento, com a unificação e generalização do ilícito civil por meio do advento de uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva no Código Civil Francês de 1804, que a jurisprudência e a doutrina francesa desenvolveram o princípio da reparação integral a partir da cláusula geral de responsabilidade (art. 1.382) acrescida de um segundo artigo em que se previa, de forma genérica, que a reparação pelo inadimplemento do contrato abrangia os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 1.149).

Embora não houvesse previsão semelhante à do art. 1.149 para a responsabilidade extracontratual, a doutrina francesa não contesta a sua incidência para os demais casos. Ao contrário, parece não haver dúvidas de que o princípio da *restitutio in integrum* é, ao menos implicitamente, aceito por toda doutrina francesa por corresponder a uma exigência fundamental de justiça, havendo apenas objeções quanto à extensão do seu campo de aplicação<sup>91</sup>.

A sistematização francesa influenciou outros ordenamentos jurídicos modernos, sobretudo aqueles de origem romano-germânica, de forma que, no Brasil, a ideia se desenvolveu desde uma previsão genérica no art. 22 do Código Criminal de 1830<sup>92</sup>, passando por um tratamento misto de cláusula geral e tipificação do ilícito civil no Código Civil de 1916<sup>93</sup>, e pela Constituição Federal de 1988 que, superando o debate jurídico em torno do assunto, consagrou a reparação dos danos extrapatrimoniais<sup>94</sup>, até alcançar o Código Civil de 2002 que, inovando na matéria, trouxe não só uma cláusula geral de responsabilidade civil

---

<sup>90</sup> CASILLO, 1994, p. 84

<sup>91</sup> VINEY, 1988, p. 81-82

<sup>92</sup> Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido.

Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes, e consequencias.

Conforme se observa, havia uma atipicidade semelhante a instituída pelo código civil francês, embora ainda não existisse uma separação definitiva do ato ilícito civil e penal.

<sup>93</sup> O Código Civil de 1916 possuía em seu art. 159 um conceito genérico de ato ilícito, porém, optou pela tipificação das principais parcelas indenizáveis nos casos de homicídio e lesão corporal através dos artigos 1.537, 1.538 e 1.539.

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

<sup>94</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Até o advento da Constituição de 1988, a jurisprudência brasileira resistia em reconhecer o dano moral, que, muitas vezes, era apreciado por perspectiva patrimonial sem que fosse possível a cumulação deste dano com o dano material. MONTEIRO FILHO, 2008

subjetiva e objetiva<sup>95</sup>, como também a positivação do princípio da reparação integral no *caput* do art. 944 ao prever que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Pela redação do dispositivo, é evidente que no âmbito da reparação o foco da análise deve recair sobre o dano e não sobre o ofensor, isto é, deve o direito olhar não para o causador do dano, buscando medir-lhe a culpa, mas sim para o dano a fim de avaliar sua extensão<sup>96</sup>.

Assim, na linha do que vem sendo exposto, para o efetivo desempenho da função de reparar o dano, o que convém ressaltar constitui o núcleo duro e função primordial do instituto, deve a responsabilidade civil se ater ao dano e à vítima e não ao ofensor e à conduta lesiva.

O *caput* do art. 944 do Código Civil consagra esse entendimento acolhendo de maneira clara o princípio da reparação integral, cujo fundamento pode ser extraído da Constituição Federal e de um dos princípios mais básicos do sistema jurídico, ou ainda, antes disso, da própria concepção de justiça corretiva da teoria de Aristóteles.

Para o filósofo, a justiça corretiva é aquela que desempenha uma função corretiva na relação entre os indivíduos buscando manter uma igualdade segundo uma proporção aritmética, de maneira que se torna indiferente se a conduta é realizada por um homem bom ou mal. Nesse sentido, a injustiça é caracterizada pela desigualdade, que, por sua vez, pode decorrer de um dano gerador de uma “perda” e um “ganho”. Esse tipo de injustiça é corrigido através do meio termo entre o maior e o menor, isto é, entre o ganho e a perda, a fim de alcançar a justiça pela igualdade existente antes e depois do dano<sup>97</sup>.

A exigência de que haja correspondência entre a reparação e a perda, como forma de proporcionar uma igualdade entre o momento anterior e posterior ao dano demonstra como a concepção aristotélica de justiça corretiva se amolda ao princípio da reparação integral e à noção moderna de responsabilidade civil.

Além disso, é possível consubstanciar o princípio da reparação integral na proteção constitucional à propriedade privada, mais do que isso, na própria função do ordenamento jurídico em, não só buscar a atuação harmônica de cada indivíduo dentro de sua esfera de liberdade, como também garantir que eventual violação à esfera alheia seja integralmente reparada.

---

<sup>95</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>96</sup> ALVIM, 1972, p. 215

<sup>97</sup> ARISTÓTELES, 1984, p.126-127

Daí a brilhante colocação de WALD ao afirmar que, com o princípio da reparação integral, a função reparatória constitui-se como verdadeiro

mecanismo de concretização e manutenção do princípio constitucional da propriedade privada. Não ressarcir a vítima é o mesmo que negar-lhe ou retirar-lhe esse direito.

Desse modo, a obrigação de ressarcir nada mais é do que a garantia de proteção da propriedade dos bens que compõem o patrimônio de determinado indivíduo, que é considerada uma projeção de sua própria personalidade.<sup>98</sup>

É por isso que a reparação mede-se pela extensão do dano, pois o seu objetivo é manter a integridade de todos os bens e direitos que compõem a esfera jurídica individual do lesado.

Por essa perspectiva, parece claro que, pelo princípio da *restitutio in integrum*, o limite da reparação é o próprio dano, de forma que cabe ao responsável reparar “todo o dano, mas não mais que o dano”<sup>99</sup>. É com base nessa ideia que SANSEVERINO sustenta que os danos sofridos pelo lesado não correspondem apenas ao piso mínimo da indenização, mas também ao seu teto máximo, assim, o autor elenca três finalidades, ou funções, do princípio da reparação integral:

A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora ou prejuízo real).<sup>100</sup>

Com efeito, a compensação é a finalidade mais expressiva do princípio da reparação integral, contudo, a função indenitória merece algumas considerações em razão dos aspectos práticos que exerce na determinação da reparação devida.

Com base nessa faceta do princípio da reparação integral impõe-se que a reparação não deve superar a extensão do dano, sob o risco de dar ensejo ao enriquecimento sem causa da vítima. Nesse aspecto, a reparação integral do dano e o enriquecimento ilícito, embora correlacionados, não se confundem<sup>101</sup>, pois pelo primeiro instituto evita-se a

<sup>98</sup> WALD, 2011, p. 53

<sup>99</sup> VINEY, 1988, p. 81

<sup>100</sup> SANSEVERINO, 2009, p. 58

<sup>101</sup> A responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa são duas modalidades de obrigações autônomas. A primeira voltada à reparação dos danos e a segunda à remoção dos acréscimos patrimoniais injustificados, motivo pelo qual prescinde da existência de dano. Assim, uma diferença fundamental é que “o enriquecimento sem causa atua na esfera patrimonial do enriquecido, determinando a restituição da vantagem indevidamente obtida (*restitutio in integrum*) [*sic*], enquanto a responsabilidade civil tem por função a reparação dos danos com a reposição do patrimônio do lesado no estado anterior ao evento danoso (*status quo ante*)”. NANNI, Giovanni *apud* SANSEVERINO, 2009, p. 61

ocorrência do segundo.

Um dos efeitos decorrentes da finalidade indenitária é a compensação das vantagens ou benefícios obtidos pela vítima em razão do fato lesivo, o que se denomina *compensatio lucri cum damno*<sup>102</sup>. A compensação ocorre justamente para evitar que, após a reparação do dano, haja o enriquecimento injustificado da vítima, pois, se um mesmo fato dá origem a um dano e a um benefício, a reparação daquele sem a compensação deste geraria para o lesado um enriquecimento indevido.

Nota-se, então, que o requisito fundamental para que haja a *compensatio lucri cum damno* é que o benefício e a reparação decorram do mesmo fato, ou seja, deve haver identidade de causas tanto para o dano como para a vantagem obtida<sup>103</sup>.

É pela ausência na identidade de causas que a doutrina e a jurisprudência têm afastado a possibilidade de compensação entre a reparação e os benefícios obtidos pela previdência ou pelo seguro de dano, uma vez que o fato lesivo não é o suporte fático do benefício, mas tão somente o suporte fático da regra jurídica que lhe dá ensejo<sup>104</sup>.

Outro efeito da finalidade indenitária do princípio da reparação integral é a incompatibilidade direta deste princípio com os *punitive damages*, pois, se a extensão do dano funciona como limite indenizatório, surge um óbice à superação deste valor com finalidade punitiva ou preventiva<sup>105</sup>.

Tendo em vista a dificuldade prática de alcançar com precisão a extensão do dano e, portanto, o mínimo e o máximo indenizatório, observa-se que a impossibilidade

---

<sup>102</sup> Esta compensação não se confunde com a compensação prevista no art. 368 do Código Civil em que há mutualidade de créditos e débitos entre os indivíduos, pois na *compensatio lucri cum damno* observa-se tão somente o patrimônio do lesado, que obteve vantagens e danos com o fato danoso.

<sup>103</sup> SANSEVERINO, 2009, p. 64-65

<sup>104</sup> Quanto à previdência e ao seguro de danos, a ideia é que o benefício decorre de uma regra jurídica prevista no acordo ou no regulamento existente entre a vítima e a seguradora ou previdência, de forma que a ocorrência do dano seria apenas o implemento da condição necessária ao pagamento do benefício que, na realidade, é uma contraprestação pelo valor pago pela vítima à seguradora ou à previdência. Assim, por exemplo, em um seguro de automóvel, a reparação devida pelo responsável não pode ser compensada pelo prêmio recebido pela vítima, pois, embora dependa da ocorrência do fato danoso, o prêmio é uma contraprestação ao valor pago pelo assegurado no contrato de seguro, sendo esse negócio jurídico a causa do prêmio e não o evento lesivo.

Ademais, o fato de se tratar de seguro de danos, que tem a vítima como assegurada, é relevante, porque a jurisprudência firmou o entendimento de que é possível compensar a reparação com o valor pago pelo DPVAT, uma vez que, em geral, como o assegurado é o ofensor, o DPVAT funcionaria como seguro de responsabilidade civil, fazendo com que o benefício pago em favor da vítima decorra de prestação paga pelo ofensor. Daí a súmula 246 do STJ prevendo que “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”.

<sup>105</sup> Aqui fica evidente o problema de reverter em favor da vítima a majoração da reparação a título de *punitive damages* com o propósito de punir o agente e dissuadir condutas semelhantes. É por isso que, a exemplo do que ocorre no direito estadunidense, a majoração do valor em virtude dessa função deve ser fixada a parte do valor correspondente à função reparatória. Isso não ocorre no âmbito dos Tribunais brasileiros. Todavia, a questão tem sua relevância obscurecida pelo fato dos *punitive damages* virem associados a danos extrapatrimoniais, cuja natureza impossibilita a determinação econômica do referido limite indenizatório.

de a reparação superar o dano devido ao invés de servir como parâmetro para a reparação, por vezes, é usada como freio aos interesses legítimos do lesado, passando a ele o ônus da incerteza. Por isso, alguns doutrinadores defendem que, diante da dúvida, a atenção do juiz deve voltar-se em favor do lesado, ainda que se corra o risco de haver excesso na reparação, pois “o risco inverso de a vítima receber menos do que teria direito é que não pode ser admitido”<sup>106</sup>.

Desse entendimento extrai-se o aforisma “*in dubio pro creditoris*”<sup>107</sup>, pelo qual, diante da dúvida, decide-se em favor do lesado e não do agente, pois

Quem deve merecer por primeiro e com plenitude a proteção da lei e do ordenamento jurídico é a vítima, e não o ofensor, sempre que não houver meios seguros e matemáticos para a fixação do valor devido. Toda a atenção do julgador deve voltar-se para o vitimado, pois se há um risco de o ofensor indenizar mais do que deve, ou de a vítima receber menos do que tem direito, não é o réu que deve ser beneficiado. Quem pratica um ilícito e assume o dever de ressarcir o dano causado deve sujeitar-se ao risco de eventual excesso.<sup>108</sup>

Da dificuldade prática de se mensurar fielmente a extensão do dano, destaca-se, como efeito do princípio da reparação integral, que a fixação da reparação devida ao lesado deve ser feita caso a caso por meio de uma avaliação concreta do juiz. Assim, afasta-se desde logo uma análise abstrata da questão e o tarifamento indenizatório, impondo-se sempre a individualização dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos com a devida atenção ao caso concreto<sup>109</sup>.

Por isso, argumenta VINEY que o princípio da reparação integral tem como uma de suas principais virtudes a adaptação da reparação à situação concreta do dano por meio de um critério objetivo que fornece maior segurança e diminui as incertezas de um critério equitativo<sup>110</sup>.

Contudo, algumas objeções são feitas à aplicação do princípio. Afirma-se que o princípio é marcado pelo seu conteúdo econômico, razão pela qual sua aplicabilidade fica comprometida no âmbito dos danos extrapatrimoniais. Além disso, o princípio não leva em consideração as necessidades reais do lesado, o benefício obtido pelo ofensor e nem a sua capacidade econômica ou o grau de culpa de sua conduta, o que pode levar a situações

---

<sup>106</sup> CASILLO, 1994, p. 87

<sup>107</sup> Arnaldo Marmitt esclarece que “inconfundíveis entre si são os aforismas do *in dubio pro creditoris* e do *in dubio pro reo*. Este último tem destinação totalmente diversa, sendo aplicável apenas na esfera criminal, em face das dúvidas quanto à autoria e a materialidade. Tutela-se aí a liberdade do cidadão, porquanto na indenização por ato ilícito há a confluência de dois interesses privados, postos num mesmo patamar no referente à matéria probante”. MARMITT, 2005, p. 377

<sup>108</sup> MARMITT, 2005, p. 376

<sup>109</sup> SANSEVERINO, 2009, p. 76-77

<sup>110</sup> VINEY, 1988, p. 83

em que a falta de proporção entre a reprovabilidade da conduta e o dano causado afronte a equidade<sup>111</sup>.

É com o intuito de lidar com essa eventual desproporção equitativa que alguns autores enxergam no parágrafo único do já mencionado artigo 944 do Código Civil uma solução para esse problema. Todavia, o parágrafo único desse artigo é bastante controvertido na doutrina, motivo pelo qual ele será mais bem abordado no tópico seguinte.

### 1.3. Aspectos controvertidos da reparação integral no Código Civil de 2002

O princípio da reparação integral exerce relevante papel na determinação do *quantum* reparatório devido à vítima para restituí-la ao *status quo ante*. No entanto, “se na perspectiva da vítima, as vantagens da consagração irrestrita do princípio são evidentes, na do agente causador do dano, a sua adoção plena e absoluta pode constituir um exagero”<sup>112</sup>.

É por essa razão que o Código Civil fixou algumas hipóteses de exceção a regra da reparação integral em que se adota a equidade para fixação do montante reparatório. Entre elas, a principal é a possibilidade de redução da indenização quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano causado, prevista no próprio parágrafo único do art. 944. Além dessa hipótese, o Código Civil previu a reparação por equidade nos casos de responsabilidade civil do incapaz e culpa concorrente, respectivamente nos arts. 928 e 945 da Lei Civil<sup>113</sup>.

Em todos esses casos, o legislador incumbiu o órgão jurisdicional de adaptar a reparação ao caso concreto por meio da equidade, que, nesse sentido, desempenha função integrativa, servindo de instrumento para que o Juiz elabore uma solução que corresponda a especificidades do caso concreto quando a aplicação abstrata da norma não poderia resolver<sup>114</sup>.

A excepcionalidade da utilização da equidade na fixação da reparação não implica afastar a lei conferindo ao juiz o poder de julgar a causa arbitrariamente conforme a sua concepção pessoal de justiça. Ao contrário, a decisão deve atenuar a rigidez abstrata da

---

<sup>111</sup> VINEY, 1988, p. 84-85

<sup>112</sup> SANSEVERINO, 2009, p. 80

<sup>113</sup> Além desses casos, há reparação por equidade nos casos de ofensa à honra por injúria, difamação ou calúnia, e ofensa à liberdade pessoal (arts. 953 e 954 do Código Civil). Porém, nesses casos não se trata necessariamente de mitigação do princípio da reparação integral, uma vez que, pela natureza do dano e da causa, a equidade teria o papel de modificar o critério tarifário anteriormente previsto em função da pena relativa ao crime que deu origem a ofensa.

<sup>114</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 88-89

norma de forma fundamentada e com a observância dos critérios legais que autorizaram o julgamento por equidade<sup>115</sup>.

### 1.3.1. Reparação por equidade na responsabilidade civil dos incapazes.

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil do incapaz<sup>116</sup> é subsidiária. Isso porque, por força do art. 932, I e II do Código Civil, atribui-se ao representante legal a responsabilidade dos atos ilícitos praticados pelo incapaz, independentemente de culpa do representante no dever de vigilância (art. 933 do Código Civil)<sup>117</sup>. Então, o responsável pelo incapaz, a princípio, é também o responsável pelos danos causados por este. Contudo, diz o art. 928:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

A responsabilidade do incapaz por inexistência de obrigação do responsável é mais remota, visto que sua incidência acaba se restringindo às hipóteses de suspensão do poder familiar. Assim, mais comum, a responsabilidade civil do incapaz em razão da insuficiência do representante para arcar com a reparação. Nesse caso, a reparação é fixada por meio da equidade, atendendo às condições econômicas das partes a fim de melhor se adaptar ao caso concreto e conciliar dois objetivos, isto é, garantir a subsistência e a dignidade do incapaz e daqueles que dependam dele e, ao mesmo tempo, propiciar ao lesado a reparação pela conduta do inimputável mesmo diante da ausência ou insolvência do representante legal<sup>118</sup>.

Importante notar que, nessa hipótese, não há necessariamente a impossibilidade de a reparação fixada na equidade compreender todos os danos sofridos pelo lesado, o que, inclusive, deve ser buscado pelo juiz, desde que não prejudique financeiramente o sustento do incapaz.

<sup>115</sup> SANSEVERINO, 2009, p. 93

<sup>116</sup> A incapacidade se caracteriza pela inimputabilidade do causador do dano que, via de regra, decorre da ausência de idade (menores de 18 anos) ou sanidade mental, arts. 3º e 4º do Código Civil.

<sup>117</sup> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

<sup>118</sup> SANSEVERINO, 2009, p. 134-135

### 1.3.2. Cláusula geral de redução da reparação – o parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002

Entre os casos, esta é a hipótese mais ampla e de maior controvérsia na doutrina. Primeiro, porque dificilmente não haverá desproporção entre a gravidade da culpa e o dano e, depois, se não pelos termos ou critérios adotados, ao menos pela racionalidade do dispositivo. Vejamos:

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

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Pela redação do parágrafo único, podemos notar que se trata de uma cláusula geral<sup>119</sup>. Desse modo, a formulação do dispositivo é feita de forma ampla e genérica, permitindo a sua aplicação em todo um domínio de situações em que caberá ao juiz adaptá-la às peculiaridades do caso concreto e à doutrina e à jurisprudência estabelecerem melhor quando haverá excessiva desproporção, o significado e os graus de culpa, os danos englobados, bem como, a maneira de se proceder na redução equitativa da reparação.

Entre os elementos que dão ensejo à aplicação do dispositivo, a necessidade de uma expressiva desproporção entre o grau de culpa e o dano é fundamental para restringir a aplicação da redução por equidade, visto que se trata de exceção à reparação integral, regra acolhida pelo *caput* do dispositivo. Assim, repita-se, como em geral haverá desequilíbrio entre o grau de culpa e o dano, exige-se que a desproporção seja excessiva, manifesta, isto é, em situações extraordinárias.

O foco das discussões doutrinárias sobre o dispositivo está na gravidade da culpa. Primeiramente, cumpre esclarecer que o parágrafo único adotou o grau de culpa como elemento de quantificação da reparação (*quantum debeatur*) e não para sua configuração (*an debeatur*), caso em que mesmo a culpa leve dá origem ao dever de indenizar<sup>120</sup>.

Questiona-se, então, se o dispositivo teria se referido à culpa em sentido lato, incluindo o dolo, ou à culpa em sentido estrito. Com base no direito comparado, a doutrina

<sup>119</sup> De acordo com AMARAL “cláusulas gerais são proposições normativas cuja hipótese de fato (*fattispecie*), em virtude de sua ampla abstração e generalidade, pode disciplinar um amplo número de casos, conferindo ao intérprete maior autonomia na sua função criadora. Diferem das regras jurídicas pelo fato de estas contarem com uma estrutura mais precisa, menos vaga. Apresentam certa indeterminação na hipótese de fato, e por isso elas só se compreendem em cotejo com outras realidades normativas. Seriam, assim, regras incompletas, que se concretizam no âmbito dos programas normativos de outras disposições” AMARAL, 2008, p. 105-106

<sup>120</sup> SCHREIBER, 2009, p. 45

descarta a possibilidade de redução equitativa da reparação com base no dolo, razão pela qual trata-se de culpa em sentido estrito. Outrossim, conforme bem apontado por STOCO, embora possua intensidade, o dolo não possui graduação propriamente dita, o que comprometeria a sua aplicação ao caso<sup>121</sup>.

Descartada a possibilidade de redução da reparação em função do dolo, a redução equitativa da reparação ocorre conforme o grau de culpa, retomando a divisão romana em culpa grave, leve e levíssima<sup>122</sup>, de forma a direcionar a análise do órgão jurisdicional.

Discute-se, assim, se a apreciação da culpa ocorreria *in concreto*, observando a conduta do agente no caso, ou *in abstracto*, diante do comportamento esperado de um indivíduo normal nas circunstâncias do caso. Nesse ponto, SANSEVERINO<sup>123</sup> conclui que, embora a concepção abstrata prevaleça na responsabilidade extracontratual ao verificar a ocorrência do ato ilícito, para redução equitativa da reparação a culpa deve ser analisada em concreto, o que, afinal, mostra-se mais adequado à ideia de equidade presente no dispositivo.

Da necessidade de se avaliar o grau de culpa do agente, surge o problema da possibilidade de redução equitativa da reparação nos casos de responsabilidade objetiva, em que a culpa do agente não é discutida.

Em um primeiro momento, a doutrina se posicionou pela impossibilidade de aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil na responsabilidade objetiva, o que restou consagrado pelo Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Civil promovida em 2002 pelo Conselho de Justiça Federal – CJF e seu Centro de Estudos Jurídicos – CEJ:

46 – Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

O fundamento para se afastar a incidência do dispositivo aos casos de responsabilidade civil objetiva consiste, basicamente, na contradição de se discutir judicialmente a culpabilidade do agente para quantificação de um dever de reparar, cuja imposição prescinde de culpa. Isso, além da preocupação em restringir o alcance de cláusula de redução aos danos pessoais frequentemente produzidos por acidentes<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> STOCO, 2007, p. 1244

<sup>122</sup> TARTUCE esclarece que a culpa *lata* ou grave é aquela em que o agente, embora não quisesse o resultado, se conduziu com tamanha culpa como se o quisesse. Já a culpa leve, ou intermediária, se dá pela inobservância de uma conduta média, de uma conduta esperada para um homem médio, e, por fim, a culpa levíssima é aquela em que o dano só teria sido evitado por meio de uma cautela extraordinária. TARTUCE, 2011, 591-592

<sup>123</sup> SANSEVERINO, 2009, p. 101-106

<sup>124</sup> SANSEVERINO, 2009, 122

Ocorre, todavia, que impossibilitar a incidência do parágrafo único aos casos de responsabilidade objetiva implica uma contradição ainda maior, pois, nas condutas que têm a culpa como pressuposto de responsabilidade deve-se avaliar a sua graduação, a fim de reduzir equitativamente a reparação. Já nos casos em que se dispensa a indagação de culpa, deverá o agente responder por integralmente pelo dano, mesmo que não tenha agido com culpa<sup>125</sup>.

Daí a importante lição de CRUZ ao criticar a distribuição do dano em função da culpa. Esclarece a autora que “nem sempre o agente que atuou com maior grau de culpa foi o que teve maior participação no evento danoso”<sup>126</sup>. Assim, extrai de Pontes de Miranda que não se pesam graus de culpa, mas sim danos em relação a causas, caso contrário haveria a punição do agente que atuou com maior culpa ao invés daquele que contribuiu mais para o dano<sup>127</sup>, critério que serve à responsabilidade penal, mas não à responsabilidade civil.

Por isso, a autora conclui que a extensão do dano deve ser analisada a partir do nexo causal e não da culpa, uma vez que o nexo de causalidade se apresenta como meio mais apropriado para relacionar a conduta do agente ao dano sofrido<sup>128</sup>. Assim, SANSEVERINO sugere que, para a aplicação mais adequada da cláusula geral de redução equitativa da reparação, “basta substituir a expressão 'gravidade da culpa' por 'relevância da causa', de modo que, se houver excessiva desproporção entre o fato causador imputado ao demandado e a extensão dos danos, na responsabilidade objetiva, pode o juiz reduzir equitativamente a indenização”<sup>129</sup>.

Nessa perspectiva o nexo causal possui dupla função, uma vez que é, ao mesmo tempo, elemento da responsabilidade civil e medida para fixação da reparação<sup>130</sup>. Esse critério viabiliza a aplicação da cláusula geral de redução aos casos de responsabilidade objetiva, o que foi posteriormente reconhecido pela doutrina civilista brasileira pelo Enunciado nº 380 da IV Jornada de Direito Civil realizada em 2006:

380 – Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Nota-se, então, que a graduação da culpa não parece ser o critério mais adequado para a redução equitativa da reparação, o que vem sendo objeto de crítica pela doutrina, entre elas STOCO ressalta que

---

<sup>125</sup> STOCO, 2007, p. 1243

<sup>126</sup> CRUZ, 2005, p. 330

<sup>127</sup> CRUZ, 2005, p. 331-333

<sup>128</sup> CRUZ, 2005, p. 334

<sup>129</sup> SANSEVERINO, 2009, p. 123

<sup>130</sup> CRUZ, 2005, p. 334

Não há como negar que a equidade é instrumento válido e poderoso com a virtude de evitar iniquidades e estabelecer critérios dúcteis e adequados. Do que se infere que não somos contra a mitigação do valor da reparação em casos excepcionais, segundo as circunstâncias do caso concreto. O que não nos parece a melhor solução é a adoção do sistema de graduação da culpa para esse mister<sup>131</sup>.

Assim, melhor seria se dispositivo permanecesse com a redação do Anteprojeto do Código Civil, que, antes de ir ao Congresso Nacional, permitia a redução equitativa da reparação “se houver excessiva desproporção entre o ato e o dano”<sup>132</sup>, ou seja, sem menção à culpa como critério de medida para a reparação.

Isso, inclusive, corrobora com o tratamento previsto no direito comparado<sup>133</sup>, em que a redução da reparação não decorre diretamente da graduação da culpa, mas, sobretudo, do confronto da conduta meramente culposa com a situação econômica do devedor.

Busca-se com isso evitar que o devedor seja levado a estado de necessidade, por comprometer seriamente a sua situação econômica em razão da reparação devida por conduta culposa. É por isso que, não obstante a ausência de indicação legal, a doutrina sustenta que o juiz deve considerar a condição econômica do agente ao reduzir equitativamente a reparação, a fim de evitar que a reparação do dano gere a ruína econômica do devedor, trocando-se uma vítima por outra<sup>134</sup>.

Dessa maneira, tutela-se a dignidade do devedor impondo-se um limite humanitário à reparação integral<sup>135</sup>, o que é fundamental para se compreender a racionalidade do dispositivo, pois

se o princípio da reparação integral do dano tem caráter constitucional, a utilização da redução equitativa da indenização com base na desproporção excessiva entre o grau de culpa e o dano deve, além de respeitar os limites do dispositivo, ter por fundamento a aplicação de um outro princípio constitucional que deva prevalecer diante das circunstâncias específicas daquele caso concreto<sup>136</sup>.

Exige-se, dessa forma, um direito igualmente importante para que a vítima seja privada do direito de ser integralmente reparada e, assim, retornar ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano, questão que atenta para a necessidade de se observar não só a situação econômica do devedor, mas também a situação da vítima que, com maior

<sup>131</sup> STOCO, 2007, p. 1242

<sup>132</sup> Anteprojeto do Código Civil: Art. 1.003. A indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano. Todavia, se houver excessiva desproporção entre o ato e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente a indenização. SANSEVERINO, 2009, p. 84

<sup>133</sup> É o caso do art. 494 do Código Civil Português de 1966; art. 64, alínea 2, do Código Suíço; art. 1069 do Código Civil Argentino; e o Código Civil Holandês de 1992, em seu art. 6:109.

<sup>134</sup> MONTEIRO FILHO, 2008

<sup>135</sup> CALIXTO, 2008, p. 325

<sup>136</sup> KONDER, 2007, p. 32

razão, não pode ter sua dignidade comprometida ou arruinada pela redução “equitativa” da reparação.

### 1.3.3. Culpa concorrente

Por fim, temos os casos de culpa recíproca entre o lesado e o ofensor, hipótese prevista no art. 945 do Código Civil:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Verifica-se, então, que há culpa concorrente quando a vítima, paralelamente ao agente, exerce comportamento culposos, sem o qual não haveria o evento danoso.

De início, observa-se que, novamente, o legislador preferiu usar a expressão “gravidade da culpa” quando o critério mais apropriado para avaliação da questão é o nexo de causalidade. Nesse caso de forma ainda mais evidente do que na hipótese tratada no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, visto que se compara o peso de duas condutas com o evento danoso a fim de reduzir a responsabilidade de uma em função da outra.

O que importa na hipótese é a identificação do nexo causal da conduta do agente e da conduta da vítima para a ocorrência do dano. Por essa razão, a doutrina prefere o termo “concorrência de causas” ou “concorrência de responsabilidade” ao termo “concorrência de culpas”, pois somente haverá a incidência do artigo se a conduta do agente e a conduta da vítima forem concausas de mesmo dano, de forma que ambas sejam imprescindíveis à ocorrência do dano<sup>137</sup>.

Tal como na cláusula geral de redução da reparação por equidade, questiona-se a aplicação de culpa concorrente nos casos de responsabilidade objetiva. Como vimos anteriormente, a questão fica superada pela adoção do nexo de causalidade como critério de avaliação da extensão do dano, o que permite a aplicação do dispositivo aos casos de responsabilidade objetiva, uma vez que o nexo causal compõe, também, um de seus elementos.

Ao medir, por meio do nexo de causalidade, a contribuição de cada conduta para a ocorrência do dano, cabe ao órgão jurisdicional fixar proporcionalmente a reparação conforme a contribuição de cada atuação na produção da lesão, e não necessariamente na graduação de culpa. Não sendo possível quantificar a causa, recomenda-se que a reparação

---

<sup>137</sup> DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 406

seja reduzida à metade<sup>138</sup>.

Além disso, é evidente que, se restar comprovada a culpa exclusiva da vítima, não há que falar em redução proporcional da reparação por culpa concorrente, visto que, nessa situação, a culpa exclusiva da vítima é a única causa do dano, excluindo eventual nexo de causalidade entre este e a conduta do agente.

Por fim, cumpre ressaltar que a culpa concorrente pressupõe a inexistência de conduta dolosa, pois se o infrator atua com dolo, mesmo havendo culpa da vítima, não é possível comparar as condutas uma vez que “o dolo do ofensor é suficiente para a causação do dano, se comparado com a culpa do ofendido”<sup>139</sup>.

#### 1.3.4. Considerações adicionais

Pelo que foi demonstrado, nota-se que, embora o Código Civil de 2002 tenha acolhido a reparação integral como regra para a reparação, o princípio da *reparação integral* não tem aplicabilidade irrestrita no campo da responsabilidade civil, sendo mitigado para evitar que a sua adoção incondicional gere iniquidades no caso concreto.

Assim, o Código Civil, em determinados casos, confere ao órgão jurisdicional maior poder decisório, a fim de melhor adequar a reparação aos elementos do caso concreto.

Em que pese as dificuldades decorrentes dos termos utilizados pelo legislador, o entendimento dominante a respeito dessas hipóteses demonstra que, em geral, elas não afastam o princípio da reparação integral, na realidade, propiciam o ajuste entre a reparação e o dano efetivamente atribuído à conduta lesiva, garantindo que a reparação não ultrapasse os limites traçados pelo nexo causal.

Nesses termos, podemos observar que a reparação integral estaria de fato afastada apenas nos casos em que se reduz a reparação realmente devida com o intuito de evitar que ela cause a ruína econômica do responsável, comprometendo o mínimo necessário para sua existência digna.

Apesar desses casos serem comumente analisados pela ótica do devedor, visto que, em geral, a norma coloca sobre ele a sua atenção para tutelá-lo contra eventuais excessos e desproporções da reparação integral, as exceções legais ao princípio podem desempenhar interessante função em favor da vítima. Isso porque, diante de expressiva desproporção, “o juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta

---

<sup>138</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 107

<sup>139</sup> DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 413

meio-termo”<sup>140</sup>.

Isso nos leva a afirmar que as “exceções” ao princípio da reparação integral, ao invés de enfraquecê-lo, apenas confirmam que a reparação integral constitui-se como regra e principal objetivo da responsabilidade civil.

Por essa razão é que o ordenamento jurídico adotou a equidade como critério excepcional de fixação da reparação, devendo ser aplicado de forma extraordinária com o intuito de evitar iniquidades cuja gravidade justifique a tutela de um direito do ofensor à custa da vítima.

Visto que o direito civil consagra o princípio da *restitutio in integrum*, garantindo à vítima a reparação integral de todos os danos sofridos em razão da conduta danosa, vamos agora analisar a indispensabilidade do advogado para alcançar o provimento jurisdicional, uma vez que, frequentemente, a vítima terá que acionar o Poder Judiciário para obter a reparação almejada.

---

<sup>140</sup> ALVIM, 1972, p. 201

## 2. A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA A VEICULAÇÃO DE DIREITOS PERANTE O PODER JUDICIÁRIO

Ocorrido o dano, natural que surja para a vítima a necessidade de recompor o prejuízo sofrido. Necessidade cuja satisfação o lesado atribui ao agente ofensor, pois, caso ela fosse sanada com os próprios recursos, na realidade, estar-se-ia substituindo um dano por outro. Daí o interesse da vítima em apagar o dano, retornando ao *status quo ante*, por meio dos bens do agente<sup>141</sup>, gerando para este um prejuízo em favor do lesado.

Segundo Dias Marques<sup>142</sup>, existem basicamente duas causas para o conflito de interesses. A primeira pela raridade dos bens, e outra pela qualidade destes. Assim, o conflito de interesses pode decorrer da insuficiência de bens para atender a todas as necessidades, ou da impossibilidade de determinado bem satisfazer necessidade alheia, que é exatamente o que ocorre na hipótese apresentada, em que o lesado busca a recomposição do dano com o bem do agente.

Diante dos conflitos de interesses que se propagam na sociedade, o direito, a fim de manter a ordem e assegurar a paz social, regula as relações humanas, de modo a estabelecer categorias de interesse a serem tuteladas pelo Estado<sup>143</sup>. Assim, presentes os pressupostos da responsabilidade civil: conduta, dano, nexos de causalidade e culpa, esta última no caso de responsabilidade civil subjetiva, o ordenamento jurídico brasileiro confere ao lesado o direito à reparação, atribuindo ao agente o dever de reparar.

Entretanto a pretensão da vítima em subordinar o interesse do agente ao interesse próprio pode sofrer resistência por parte do agente, caso em que o conflito de interesses assume a configuração de um litígio<sup>144</sup>.

A insatisfação ou resistência oposta à pretensão da vítima faz com que esta busque meios para resolver a lide e, por conseguinte, obter a reparação almejada para, assim, concretizar o direito subjetivo à reparação. Entre os meios de composição do litígio, importante esclarecer que, com o fortalecimento do Estado, há o monopólio da jurisdição pelo

---

<sup>141</sup> No caso a expressão “bens do agente” não representa, necessariamente, o patrimônio do agente. Aqui, o termo “bem” se refere à ideia de “bem da vida”, que, para o direito processual, corresponde a “tudo o que é apto para satisfazer ou satisfaz a uma necessidade”, ou seja, “bem é o ente capaz de satisfazer a uma necessidade do homem; *bonum quod beat*, porque faz bem” (ALVIM, 2005, p. 2). Igualmente, pela expressão “interesse”, nos referimos à posição ou situação do homem em relação a um bem apto a satisfazer sua necessidade (ALVIM, 2005, pp. 3-4).

<sup>142</sup> ALVIM, 2005, p. 5

<sup>143</sup> SANTOS, 2007, p. 5

<sup>144</sup> Conforme a clássica definição de Carnelutti, conceitua-se litígio, ou lide, como o “conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida (discutida) ou insatisfeita”. (ALVIM, 2005, p. 8)

ente estatal, que, no exercício de sua soberania, concentra no Poder Judiciário a função de solucionar os conflitos.

É que o conflito de interesses ultrapassa a esfera particular dos envolvidos e ganha a atenção do poder público, cujo interesse não recai sobre o bem da vida em litígio, mas sim na própria composição da lide, com o intuito de preservar a ordem e a paz social. Assim, afirma-se que a jurisdição

É função do Estado desde o momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.<sup>145</sup>

O Estado realiza a jurisdição por meio do processo. Por isso se afirma que o processo é o meio pelo qual se faz atuar a lei à espécie, isto é, é uma série de atos coordenados com o escopo de aplicar o direito e compor a lide<sup>146</sup>.

Desse modo, diante do dano e da insatisfação ou resistência à pretensão reparatória, cabe à vítima provocar o Poder Judiciário a fim de demonstrar os pressupostos da responsabilidade civil para obter, ao fim do processo, a tutela jurisdicional do Estado que, compondo o litígio, dará concretude à reparação integral da vítima por parte do responsável.

No entanto, o direito processual, bem como os atos processuais praticados no desenvolvimento do processo e a própria relação jurídica processual que se estabelece entre o lesado, o Estado e o responsável, são eminentemente técnicos. Em razão disso, o ordenamento jurídico pátrio exige que as partes atuem no processo representadas por um profissional legalmente habilitado, cujo domínio sobre o conhecimento técnico necessário ao desenvolvimento do processo garanta uma atuação que não prejudique o direito de cada um dos envolvidos.

Assim, nesse capítulo, realizar-se-á o estudo sobre os principais elementos que tornam o advogado indispensável à atividade jurisdicional do Estado e, por conseguinte, à administração da justiça. Além disso, no âmbito das discussões sobre a imprescindibilidade do advogado, serão apresentados o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF a respeito do assunto, bem como as situações excepcionais em que a atuação desse profissional é dispensável.

## **2.1. A indispensabilidade do advogado para administração da justiça no Brasil**

---

<sup>145</sup> SANTOS, 2007, p. 67

<sup>146</sup> SANTOS, 2007, p. 9

### 2.1.1. Capacidade postulatória e a imprescindibilidade da defesa técnica

Antes de iniciar a discussão sobre a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, cumpre esclarecer o que vem a ser capacidade de ser parte, capacidade processual, capacidade postulatória e *ius postulandi*.

Segundo o art. 1º do Código Civil, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, assim, toda pessoa, natural ou jurídica, com capacidade jurídica também é capaz para os direitos e deveres processuais, razão pela qual tem, então, capacidade de ser parte, ou seja, capacidade de ser sujeito da relação processual. Além das pessoas com capacidade jurídica, por força de disposição legal<sup>147</sup>, têm capacidade de ser parte determinadas massas patrimoniais como a massa falida, a herança jacente ou vacante e o espólio.

A capacidade de ser parte constitui pressuposto do processo e da capacidade processual que consiste na aptidão da parte para agir, isto é, praticar os atos processuais independentemente de assistência ou representação. É que, por vezes, há capacidade para compor a relação processual, mas não há capacidade para agir, caso em que a parte deve ser representada ou assistida por pessoas com plena capacidade civil e, logo, com plena capacidade processual.

Contudo, para o desenvolvimento do processo, não basta que a parte tenha capacidade processual, exige-se também que ela tenha capacidade postulatória, ou seja, capacidade para postular em juízo. Esta, em regra, é privativa aos advogados, de modo que

A parte deve ser representada no processo por pessoa legalmente habilitada a procurar em juízo. Será através dessa pessoa, a quem a lei confere o direito de postular em juízo (*ius postulandi*), que a parte manifestará sua vontade e exercerá as atividades concernentes à formação e desenvolvimento da relação processual. Assim, representada no processo por quem goze do *ius postulandi*, a parte se encontra com *capacidade postulatória*, ou seja, com capacidade de atuar no processo.<sup>148</sup>

Da leitura do trecho em destaque, nota-se que, para Moacyr Amaral Santos, o *ius postulandi* é sinônimo de capacidade postulatória. É que o autor trata do instituto pela definição de Calamandrei, para quem o *ius postulandi* consiste no “poder de tratar diretamente com o juiz, de expor-lhe diretamente os pedidos e as deduções das partes”<sup>149</sup>.

<sup>147</sup> Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

III - a massa falida, pelo síndico;

IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador;

V - o espólio, pelo inventariante;

<sup>148</sup> SANTOS, 2007, p. 375

<sup>149</sup> CALAMANDREI *apud* SANTOS, p. 376

Contudo, a maior parte dos autores que tratam diretamente da indispensabilidade do advogado para a justiça aborda o *ius postulandi* como o direito de a parte postular a sua pretensão em juízo sem a necessidade de estar processualmente representada por um advogado. Por essa concepção, a capacidade postulatória seria, portanto, a capacidade atribuída ao advogado de exercer o direito de postular em juízo o direito da parte representada. Assim, afirma-se que o *ius postulandi* se refere ao sujeito, ao passo que a capacidade postulatória se refere à capacidade de exercício do direito em juízo<sup>150</sup>.

Como o intuito do presente capítulo não é definir se o *ius postulandi* confunde-se com a ideia de capacidade postulatória ou se constitui termo que abrange as hipóteses de exceção à indispensabilidade do advogado, a fim de conciliar o presente trabalho com a terminologia adotada pela doutrina em estudo, optamos por adotar o segundo entendimento, inclusive, porque muitas das discussões acerca da indispensabilidade do advogado passam pelo combate às referidas exceções.

Visto que o processo e o regular desenvolvimento da relação processual exigem que a parte tenha capacidade processual e, ao mesmo tempo, capacidade postulatória para ingressar em juízo, deve-se esclarecer que somente os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB possuem capacidade postulatória plena, isto é, podem postular em nome do constituinte perante qualquer órgão do Poder Judiciário em qualquer jurisdição e instância no território nacional<sup>151</sup>.

A capacidade postulatória se apresenta como característica essencial à advocacia, tanto que se insere no cerne da definição de advogado, o qual, para Mário Guimarães Souza, “é o profissional diplomado, legalmente habilitado a aconselhar, representar terceiros e promover a defesa de seus direitos e interesses em juízo”<sup>152</sup>.

Assim, em que pese haver divergências sobre se as definições de advogado e advocacia devem ou não englobar a consultoria e as demais atividades extrajudiciais desenvolvidas pelo profissional, verifica-se que a capacidade postulatória é característica que marca a figura do advogado, de maneira a compor os elementos que o definem, tanto nos conceitos mais amplos, quanto nos mais restritos.

A capacidade postulatória encontra-se tão inerente à advocacia que o artigo primeiro da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) consagra:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:  
I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

<sup>150</sup> SOARES, 2004, p. 79

<sup>151</sup> AZEVEDO, 2006, p. 17

<sup>152</sup> SODRÉ, 1991, p. 271

Além do art. 1º, I, da Lei 8.906/94, o art. 36 do Código de Processo Civil – CPC – também prevê a necessidade de representação por meio do advogado:

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

Não obstante tenha sido ajuizada ação direta de inconstitucionalidade contra a disposição estatutária, bem como haja críticas doutrinárias quanto ao tema, os referidos preceitos legais acentuam a necessidade de que a parte esteja representada por advogado para postular seu direito perante os órgãos do Poder Judiciário. Isso ocorre porque a correta postulação em juízo pressupõe um domínio sobre a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tornando inviável o exercício da advocacia por leigos<sup>153</sup>.

E não apenas para a correta postulação dos direitos da parte, o advogado é essencial, também, ao bom desenvolvimento da jurisdição, pois, como bem apontado por Moacyr Amaral Santos:

A complexidade da relação jurídica processual, a técnica sutil da sua constituição e desenvolvimento, por um lado; por outro, o conflito jurídico em que se acham as partes, cujos interesses deverão ser postos e defendidos com correção e precisão e, ainda, por um terceiro lado, a finalidade publicista do processo, qual a composição da lide com justiça, por forma a se assegurar a paz social, recomendam e de ordinário exigem que as partes, para postular em juízo, se façam *representar* por *técnicos em direito*, aos quais a lei confere o privilégio do *ius postulandi*.<sup>154</sup>

Verifica-se, então, que a representação processual por meio do advogado é importante não apenas para viabilizar a dinâmica processual, mas também para suprir o interesse privado da parte em litígio com a defesa técnica<sup>155</sup> e, ao mesmo tempo, atender ao interesse público auxiliando-o na composição do conflito.

O advogado atua como um intermediário, construindo o elo entre a parte e o Poder Judiciário. Ele extrai das circunstâncias e dos fatos que formam o litígio o que mais interessa ao julgamento, transformando-os em lógica que servirá de substrato à sentença e à realização da justiça<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> ACQUAVIVA, 2002, p. 4

<sup>154</sup> SANTOS, 2007, p. 374

<sup>155</sup> Convém diferenciar defesa de defesa técnica ou específica. Segundo Antônio Carlos Facioli Chedid, “a defesa é toda a atividade das partes no processo, com o objetivo de garantir seus direitos e interesses, seja de ataque ou contra-ataque, dependendo, naturalmente, do pólo em que reside. A defesa específica é aquela exercida por profissional habilitado e com conhecimento técnico-jurídico da arte de postular em juízo.” (CHEDID, 1989, p. 301)

<sup>156</sup> SODRÉ, 1991, pp. 268 e 271

Daí porque, na concepção de CHEDID, desempenhar a atividade jurisdicional sem a participação do advogado é tarefa das mais perplexas e angustiantes, podendo, inclusive, ser temerária<sup>157</sup>, pois, no exercício de sua função, o advogado é elemento integrante da organização judicial, servindo como órgão que promove a intermediação entre o juiz e a parte, fazendo com que o interesse privado de alcançar uma sentença favorável se encontre com o interesse público de obter uma sentença justa<sup>158</sup>.

Por isso se afirma que a justiça se manifesta por meio do advogado<sup>159</sup> e que este, juntamente com o Juiz e o Ministério Público<sup>160</sup>, compõe a trilogia de figuras sócio-jurídicas indispensáveis ao ideal de justiça e ao ordenamento jurídico pátrio<sup>161</sup>.

Dessa forma, nota-se que o advogado exerce função de caráter dúplice, pois, se, em suas relações com o cliente, o advogado funciona como ministério privado, ao postular em juízo e promover a realização da justiça, o advogado exerce função pública.

Função pública a que se acresce a atividade de fiscalização e controle da atuação do órgão jurisdicional pelo advogado, no interesse e no direito da parte representada<sup>162</sup>.

O que ora se apresenta como múnus público do advogado encontra previsão legal no próprio art. 2º, *caput* e parágrafos 1º e 2º de seu Estatuto:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

A função pública desempenhada pelo advogado é fundamental para o desenvolvimento da atividade jurisdicional, tornando-o indispensável à realização da justiça. Isso foi constitucionalmente reconhecido pelo artigo 133 da Constituição Federal, ao dispor que:

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

<sup>157</sup> CHEDID, 1994, p. 967

<sup>158</sup> CALAMANDREI *apud* SODRÉ, 1991, p. 283

<sup>159</sup> SODRÉ, 1991, p. 284

<sup>160</sup> Importa observar que o advogado atua em posição de igualdade com o Juiz e os membros do Ministério Público de modo a inexistir hierarquia ou subordinação entre eles. É, inclusive, o que dispõe o *caput* do art. 6º da Lei 8.906/94:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

<sup>161</sup> CHEDID, 1994, p. 967

<sup>162</sup> TOLENTINO, 2007, p. 188

Nesse ponto, interessante destacar a colocação de PAIVA segundo a qual o advogado não passou a ser indispensável apenas com a promulgação do dispositivo constitucional. Antes disso, sua participação tornou-se essencial a partir do momento em que as partes buscaram alcançar as pretensões asseguradas pelo ordenamento jurídico<sup>163</sup>.

Mesmo assim, inegável que o preceito constitucional confere ao advogado uma dignidade e um peso que não podem ser desprezados, embora a conformação última de suas prerrogativas continue a depender de lei ordinária, tal como previsto pelo texto constitucional<sup>164</sup>.

No que se refere à lei mencionada pelo dispositivo, TOLENTINO entende que a referida lei é o Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei 8.906/1994, em que pesem as ações diretas de inconstitucionalidade contra diversos dispositivos normativos do referido diploma.

Além disso, cumpre esclarecer que, pela expressão “administração da justiça”, compreende-se a participação efetiva na construção do provimento jurisdicional, bem como a fiscalização irrestrita da atividade jurisdicional, visto que não cabe ao advogado desempenhar a administração dos órgãos do Poder Judiciário, muito menos ministrar justiça aos jurisdicionados<sup>165</sup>.

Embora seja inevitável que o direito e, inclusive, a própria doutrina sejam influenciados por questões político-econômicas que circundam a produção jurídica, LÔBO parece ter razão ao colocar que

o princípio da indispensabilidade não foi posto na Constituição como favor corporativo aos advogados para reserva de mercado profissional. Sua *ratio* é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É garantia da parte e não do profissional<sup>166</sup>.

Como vimos, o advogado desempenha importante função pública, sendo essencial à atividade jurisdicional e à realização da justiça, como também ao devido tratamento jurídico que deve ser dado aos direitos dos litigantes. No entanto, conforme bem apontado pelo trecho em destaque, a disposição constitucional apresenta mais um princípio de indispensabilidade do advogado do que uma regra.

Desse modo, o preconizado pelo preceito constitucional é de caráter eminentemente principiológico e, por conseguinte, deve balizar a aplicação e produção do direito, o que não significa que tenha o condão de revogar, por si só, as exceções legalmente

---

<sup>163</sup> PAIVA, 1999, p. 202

<sup>164</sup> BASTOS, 2000, p. 242

<sup>165</sup> TOLENTINO, 2007, p. 182

<sup>166</sup> LÔBO, 2009, p. 26

previstas<sup>167</sup>. Exceções que, por sua vez, também são consubstanciadas em princípios de igual natureza abstrata, motivo pelo qual não podem ser aplicados de forma absoluta. Assim, conforme interessante lição de RANGEL:

pelo princípio da imprescindibilidade do advogado, sua presença no processo constitui fator inequívoco de observância e respeito às liberdades públicas e aos direitos constitucionalmente assegurados às pessoas. A indispensabilidade da intervenção do advogado traduz princípio de índole constitucional, cujo valor político-jurídico, no entanto, não é absoluto em si mesmo. Esse postulado – inscrito na CF, art. 133 – acha-se condicionado em seu alcance e conteúdo, pelos limites impostos pela lei, consoante estabelecido pelo próprio ordenamento constitucional. A constitucionalização desse princípio não modificou sua noção, não ampliou o seu alcance e nem tornou compulsória a intervenção do Advogado em todos os processos. Legítima, pois, a outorga por lei, em hipóteses excepcionais, do *jus postulandi* a qualquer pessoa<sup>168</sup>.

As hipóteses de exceção à indispensabilidade do advogado serão mais bem apreciadas nos tópicos seguintes. Todavia, nesse momento, cumpre destacar alguns pontos referentes ao assunto, visto que é possível extrair bons fundamentos para a indispensabilidade do advogado a partir do debate doutrinário a respeito do *ius postulandi* sem que haja necessidade de dar razão aqueles que defendem ou combatem as referidas exceções.

Entre os principais fundamentos para possibilidade de a parte postular seu direito em juízo sem a necessidade de estar representada por advogado, há a celeridade processual, a diminuição de custos para as partes e a simplificação da atividade jurisdicional tornando-a mais acessível e menos formal<sup>169</sup>.

De outro lado, entre as críticas ao instituto, podemos destacar alguns pontos que demonstram as vantagens da necessidade de estar processualmente representada por advogado. Primeiramente, afirma-se que a atuação por meio do causídico é importante para evitar que a defesa da parte seja perturbada pela emoção. É que, ao postular em juízo o próprio direito, a parte corre o risco de prejudicar o entendimento e comprometer seu direito por ser demasiadamente audaz ou exageradamente temeroso, visto que está frequentemente influenciado pelas emoções que envolvem o litígio<sup>170</sup>. Essa questão assume ainda maior relevância nos casos de responsabilidade civil, em que a parte autora é vítima de um dano pelo qual pleiteia em juízo a reparação.

Além disso, ressalta-se que a dinâmica processual é eminentemente técnica, o que muitas vezes prejudica a atuação da parte, que terá dificuldades tanto para desenvolver um raciocínio jurídico a partir dos fatos ocorridos, quanto para postular corretamente o direito em

---

<sup>167</sup> BASTOS, 2000, p. 249

<sup>168</sup> RANGEL, 2000, pp. 443-444

<sup>169</sup> AZEREDO, 2010, p. 30

<sup>170</sup> PAIVA, 1999, 2003

juízo. Dessa forma, observa-se que a complexidade técnica da relação processual faz com que o conhecimento empírico dê lugar ao conhecimento técnico-jurídico<sup>171</sup>, tornando a assistência do advogado essencial a uma boa defesa dos direitos da parte em juízo.

AZEREDO destaca que as deficiências na postulação promovida pela parte podem desvirtuar o juiz de sua função, fazendo com que este atue direta ou indiretamente em defesa da parte<sup>172</sup>, o que, por conseguinte, compromete a validade da relação processual pela falta de imparcialidade do julgador.

Por isso, caso o juiz, como se espera, permaneça imparcial, a parte que ora se pretendia privilegiar com o *ius postulandi* tem o seu direito prejudicado pela falta de conhecimento técnico necessário a sua defesa, o que, ao final, opera em desfavor daquele que se buscava proteger. Daí a crítica de que o *ius postulandi* é uma forma de incluir excluindo<sup>173</sup>, pois, ao mesmo tempo em que possibilita que a parte postule em juízo sem advogado, possibilita, também, que a deficiência de sua postulação coloque em risco o direito que lhe é devido.

O problema é que se acredita que o *ius postulandi* promove o acesso à justiça, todavia não se observa que a medida compromete a principal contribuição da parte na realização da justiça, que é sua efetiva participação na construção do provimento jurisdicional, o que pressupõe que seus interesses terão o devido tratamento jurídico exigido pela relação processual.

### **2.1.2. Indispensabilidade do advogado e acesso à justiça**

Primeiramente, deve-se esclarecer que o acesso à justiça não se resume à mera possibilidade de provocar o Poder Judiciário. Essa concepção já foi superada em conjunto com o Estado Liberal, em que o acesso à justiça era formalmente garantido a todos, de forma que a jurisdição estava a disposição de todo e qualquer cidadão que a provocasse. No entanto, não havia prestações do Estado para garantir o acesso de todos à jurisdição, de maneira que, na prática, o acesso à justiça se restringia aqueles que possuíam condições de arcar com os custos da prestação jurisdicional<sup>174</sup>.

Com o advento do Estado Social e o surgimento de direitos coletivos e sociais é que se fortaleceu a ideia de que o Estado deve intervir para criar condições que tornem o

---

<sup>171</sup> SOARES, 2004, p. 89

<sup>172</sup> AZEREDO, 2010, p. 31

<sup>173</sup> AZEREDO, 2010, p. 31

<sup>174</sup> AZEREDO, 2010, p. 34

acesso à justiça uma garantia igual para todos. Garantia que foi reconhecida pela Constituição da República de 1988 como direito fundamental do indivíduo.

Nesse contexto, PASTORE identifica que o direito fundamental de acesso à justiça pode ser alicerçado em três pilares<sup>175</sup>: o primeiro diz respeito à possibilidade de levar ao Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF), o segundo se refere às garantias do contraditório, ampla defesa e a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, incisos LV e XXXVII, da CF), e, por fim, o terceiro pilar consiste no direito à assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV, da CF)<sup>176</sup>.

Em importante estudo sobre o acesso à justiça, CAPPELLETTI e GARTH apontaram alguns obstáculos para a efetividade do instituto. Entre eles, além do problema referente à proteção aos interesses difusos, em que os autores destacam a carência de mecanismos de tutela desses direitos pela sociedade, podemos destacar as possibilidades das partes e as custas judiciais.

De acordo com os autores, as custas judiciais compreendem todos os gastos da parte para ingressar em juízo e manter o processo que dá ensejo à almejada prestação jurisdicional. Assim, incluem-se, entre os principais gastos, as custas judiciais e os honorários advocatícios, que, como veremos, no âmbito da reparação de danos, demonstram-se incompatíveis com os princípios e objetivos da responsabilidade civil. Ademais, observa-se que a morosidade do processo aumenta o custo deste para as partes, fazendo com que os litigantes com menores condições financeiras abandonem a causa, mesmo quando convictos de seus direitos<sup>177</sup>.

Os gastos judiciais relacionam-se com o obstáculo referente à possibilidade da parte de ter acesso à justiça na medida em que os custos do processo podem inviabilizar o acesso à prestação jurisdicional. Porém, mais do que isso, esse último obstáculo se refere, sobretudo, ao conhecimento da parte sobre seus direitos e o modo de reivindicá-los, o que é fundamental para que o indivíduo tome as medidas mais apropriadas à garantia de seus direitos e à resolução do conflito<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> PASTORE, 2004, p. 172-173

<sup>176</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

<sup>177</sup> AZEREDO, 2010, p. 35

<sup>178</sup> CAPPELLETTI e GARTH, 1988, pp. 21-24

Na busca pela superação desses obstáculos, CAPPELLETTI e GARTH apresentam por meio de três ondas as medidas que foram tomadas para viabilizar o efetivo acesso à justiça.

A primeira onda consiste, basicamente, na instituição de órgãos estatais para prestar assistência jurídica gratuita aos indivíduos sem condições econômicas de arcar com os custos do processo<sup>179</sup>.

A segunda medida se refere à criação de procedimentos para a tutela efetiva de direitos coletivos, sobretudo, pela representação coletiva de grupos de particulares, o que implica a reflexão de noções tradicionais do processo, ora idealizadas por uma perspectiva individualista da relação processual<sup>180</sup>.

Por fim, a terceira onda, denominada pelos autores como novo enfoque de acesso à jurisdição, preza pela ampliação do acesso à justiça, não só pela alteração de procedimentos e mudança na estrutura dos tribunais, como também pela adoção de políticas públicas a fim de propiciar e incentivar a redução da conflituosidade e a utilização de vias extrajudiciais para a solução de conflitos<sup>181</sup>.

Das medidas tomadas com o intuito de viabilizar o efetivo acesso à justiça, a assistência judiciária destaca-se no âmbito da indispensabilidade do advogado. Isso porque, assim como a sociedade espera que o Estado forneça saúde, educação, segurança, entre outros serviços, o acesso à justiça constitui necessidade social cuja responsabilidade deve ser dividida com o Estado, e não ser deixada aos cuidados exclusivos de cada indivíduo.

É por essa razão que a assistência judiciária<sup>182</sup> à população carente é fundamental para o acesso à justiça, o que não se faz conferindo ao litigante a possibilidade de postular em juízo sem o advogado, mas sim desonerando-o dos custos com assistência jurídica, que é essencial à defesa de seus direitos e ao desenvolvimento do processo<sup>183</sup>.

Nessa perspectiva, AZEREDO reafirma a indispensabilidade do advogado e combate o *ius postulandi* ao sustentar que

a instituição do *ius postulandi* representa a omissão do Estado em viabilizar um procurador para os que não possuem condições de arcar com os honorários de um deles, sob o argumento de que o advogado seria um empecilho para o efetivo acesso à justiça.

<sup>179</sup> CAPPELLETTI e GARTH, 1988, pp. 32

<sup>180</sup> CAPPELLETTI e GARTH, 1988, pp. 66-67

<sup>181</sup> CAPPELLETTI e GARTH, 1988, pp. 71-73

<sup>182</sup> Convém diferenciar assistência judiciária de justiça gratuita, pois esta “diz respeito à dispensa de pagamento de despesas decorrentes do exercício da jurisdição. Já a assistência judiciária engloba todas estas despesas e, ainda, a indicação e amparo por um advogado, ou seja, é mais ampla que aquela” (AZEREDO, 2010, p. 38).

<sup>183</sup> PAIVA, 1999, pp. 206-208

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a presença do advogado no processo judicial jamais será um empecilho para o efetivo acesso à justiça, e sim exatamente o contrário, ela se faz necessária para a efetivação deste.

Portanto, o Estado não deve “facilitar” o acesso à justiça facultando a presença do advogado para os pobres e necessitados, mas sim possibilitando a atividade jurisdicional gratuita, principalmente via Defensoria Pública, a fim da realização do efetivo contraditório.<sup>184</sup>

Não obstante o debate sobre a adequação do *ius postulandi*, verifica-se que a própria razão de ser da assistência judiciária prestada pelo Estado acentua a necessidade da defesa técnica para o regular desenvolvimento do processo judicial. Isso nos leva a concluir que o direito constitucional à assistência jurídica integral e gratuita<sup>185</sup> constitui garantia que ressalta a indispensabilidade do advogado, porque tem como pressuposto a necessidade de que a parte, independentemente de sua condição econômica, seja processualmente representada por advogado seja ele particular ou público.

### 2.1.3. Indispensabilidade do advogado e garantia do contraditório e da ampla defesa

De acordo com a doutrina instrumentalista do processo, que concebe o processo como um instrumento de realização do direito material, o acesso à justiça consiste não apenas na postulação em juízo, mas também na prestação jurisdicional mais justa às circunstâncias do caso concreto. No entanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, entende-se que o acesso à justiça envolve mais do que uma prestação jurisdicional justa, “uma vez que não há decisão justa e democrática sem a efetiva participação das partes em contraditório, ou seja, em simétrica paridade.”<sup>186</sup>

É que, no contexto do Estado Democrático de Direito, a atribuição legal que confere ao juiz os poderes para decidir o caso concreto não é mais suficiente para que a decisão judicial seja legítima. Assim, aponta-se que

a perspectiva instrumentalista, na qual cabe ao juiz encontrar uma decisão justa, de acordo com as referências axiológicas da sociedade, sem que seja necessária uma efetiva participação das partes na construção do provimento final, não se enquadra no paradigma atual, que pressupõe a participação dos afetados diretamente pela decisão, em simétrica paridade e com ampla defesa, a fim de viabilizar a legitimidade decisória através de um discurso democrático presente no processo<sup>187</sup>.

<sup>184</sup> AZEREDO, 2010, p. 38

<sup>185</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

<sup>186</sup> AZEREDO, 2010, p. 36

<sup>187</sup> AZEREDO, 2010, p. 37

Com isso, ganha espaço na doutrina a teoria constitucional do processo, em que as garantias constitucionais assumem papel fundamental na dinâmica processual. Desse modo, o contraditório e a ampla defesa deixam de ser um atributo do processo para se firmar como princípio normativo e determinante da estrutura e dos procedimentos jurisdicionais.<sup>188</sup>

Assim, o contraditório não se reduz à mera participação dos sujeitos do processo. Mais do que isso, o contraditório é a garantia de participação simétrica daqueles que suportarão os efeitos do provimento jurisdicional, conferindo aos interessados igualdade de oportunidades de atuar no processo contribuindo para o seu resultado<sup>189</sup>.

Nesse sentido, o conceito de parte ganha novos contornos, fazendo com que a parte se torne a pessoa legitimada para fazer atuar a lei, operacionalizando o processo e participando ativamente na construção do provimento jurisdicional<sup>190</sup>.

Tendo em vista a importância das partes na construção do provimento jurisdicional, por meio do discurso propiciado pelas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a presença do advogado revela-se essencial à igualdade de oportunidades e ao equilíbrio dos polos que compõem a relação processual, pois

não há meios de existir um discurso processual equilibrado, obviamente entre as partes, se uma ou todas delas estiverem desacompanhadas de procurador, uma vez que não haverá o pleno exercício da cidadania, restando tal parte prejudicada por desconhecimento técnico, descaracterizando-se o contraditório, que é um princípio basilar processual.<sup>191</sup>

Além disso, as decisões judiciais carecem de legitimação, pois esta não decorre simplesmente das normas jurídicas positivadas, de maneira que uma fundamentação convincente é indispensável para torná-las legítimas<sup>192</sup>. Por isso, é essencial que o provimento jurisdicional decorra de um processo democrático de criação do direito, pelo qual os destinatários da decisão integram o discurso que lhe dá origem, fazendo com que a decisão jurídica deixe de ser “verticalizada e heterônoma, para ser horizontal e autônoma, no sentido de que são as partes, os *advogados*, o Ministério Público e o juiz em simétrica paridade de participação é que constroem a legítima decisão judicial”<sup>193</sup>.

---

<sup>188</sup> LEAL, 2002, p. 88

<sup>189</sup> SOARES, 2004, pp. 155-156

<sup>190</sup> SOARES, 2004, p. 172

<sup>191</sup> AZEREDO, 2010, p. 46

<sup>192</sup> MENDONÇA *apud* SOARES, 2004, p. 165

<sup>193</sup> SOARES, 2004, p. 173

Nesse contexto, o advogado torna-se agente garantidor da legitimidade da decisão judicial, visto que é o responsável por garantir o contraditório e a ampla defesa, de modo a estabelecer o diálogo técnico-jurídico que dará ensejo ao provimento jurisdicional<sup>194</sup>.

Portanto, na conjuntura do Estado Democrático de Direito, em que a dinâmica processual se funda no devido processo constitucional, por meio do qual a decisão judicial é formada a partir do discurso propiciado pela garantia do contraditório e da ampla defesa, é o advogado imprescindível à realização da justiça, sobretudo, porque dispensar o advogado é dispensar a discursividade do processo e sem ele a “justiça” estaria reduzida ao arbítrio do poder judicante do magistrado. Dessa forma, é o advogado agente garantidor da democracia, da cidadania e da soberania, bem como, dos direitos fundamentais<sup>195</sup>.

## **2.2. A capacidade postulatória na visão do STF**

Não obstante as considerações feitas a respeito do assunto, a indispensabilidade do advogado para o desenvolvimento da atividade jurisdicional é objeto de discussões jurídicas e políticas, visto que, de certa forma, constitui restrição à liberdade dos indivíduos, que, via de regra, por não possuírem capacidade postulatória, não podem acionar a jurisdição estatal sem estarem representados por profissional a quem a lei confira a referida capacidade.

Dessa forma, evidente que a indispensabilidade do advogado já foi questionada perante o Poder Judiciário, levando a jurisdição a se manifestar sobre o assunto. Entre os casos, apresentaremos alguns julgados do Supremo Tribunal Federal – STF –, não só por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas, também, em razão do acentuado caráter constitucional que envolve a questão.

Vimos que o ordenamento jurídico brasileiro confere ao advogado a capacidade para postular em juízo o direito da parte, característica que acaba se inserindo na própria definição do que vem a ser o advogado. Contudo, se o advogado é marcado pela capacidade postulatória, por uma perspectiva mais formal, para ser advogado é imprescindível que o profissional esteja regularmente habilitado a exercer a advocacia. Nesse sentido, é elemento imprescindível da profissão que o indivíduo esteja regularmente inscrito na OAB, o que,

---

<sup>194</sup> SOARES, 2004, p. 173

<sup>195</sup> SOARES, 2004, p. 174

nos termos do art. 8º da Lei 8.906/94<sup>196</sup>, exige, entre outros requisitos, que o indivíduo seja aprovado no Exame de Ordem.

Assim, começemos pelo recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.583, do Rio Grande do Sul<sup>197</sup>, de relatoria do Ministro Marco Aurélio em que João Antônio Volante questionava a constitucionalidade do Exame de Ordem e pleiteava a inscrição no quadro de advogados da OAB sem a aprovação no referido exame.

Na ocasião, o Plenário do STF, por unanimidade, afirmou a constitucionalidade do Exame de Ordem e negou provimento ao recurso. Entre os diversos pontos tratados pelo julgado, destaca-se o debate em torno do art. 5º, XIII, da CF, que preconiza o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei<sup>198</sup>. Nesse ponto, em análise da proteção constitucionalmente conferida ao indivíduo, o Relator concluiu que o trabalho envolve interesses que transcendem ao indivíduo, visto que, por vezes, o desempenho da atividade profissional implica em riscos individuais e/ou coletivos. Assim, quando

o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do artigo 5º da Carta Federal, de ressalva das qualificações legais exigidas pela lei. Ela é a salvaguarda de que as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica.

Por essa razão que, tendo em vista o quadro social que envolve a aplicação do direito e o ensino jurídico no país, o Relator aponta a necessidade do Exame da Ordem como meio de atestar os conhecimentos jurídicos, a fim de proteger a sociedade dos riscos relativos à má operação do direito.

Desenvolvendo seu raciocínio o Ministro Marco Aurélio questiona:

---

<sup>196</sup> Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - aprovação em Exame de Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

<sup>197</sup> RE 603583, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012

<sup>198</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

quem exerce a advocacia sem a capacidade técnica necessária afeta outrem? A resposta é desengadamente positiva. Causa prejuízos, à primeira vista, ao próprio cliente, fazendo-lhe perecer o direito ou deixando-lhe desguarnecido, mas também lesa a coletividade, pois denega Justiça, pressuposto da paz social. Atrapalha o bom andamento dos trabalhos judiciais, formulando pretensões equivocadas, ineptas e, por vezes, inúteis. Enquanto o bom advogado contribui para a realização da Justiça, o mau advogado traz embaraços para toda a sociedade, não apenas para o cliente.

O trecho ressalta a importância de a parte estar representada por profissional qualificado para postular seu direito em juízo, o que, conseqüentemente, torna o advogado e o Exame de Ordem imprescindíveis.

Nota-se, com isso, que a necessidade do Exame de Ordem e a indispensabilidade do advogado estão intrinsecamente relacionadas, pois, se o advogado é indispensável porque viabiliza a defesa técnica dos direitos da parte, o faz porque detém o conhecimento técnico necessário para tanto. Dessa forma, como profissional responsável por propiciar o tratamento jurídico dos direitos da parte no processo, o conhecimento técnico do advogado, além de imprescindível, torna-se a própria razão de ser da profissão. Daí a exigência da aprovação no exame, não apenas como requisito formal de segurança, mas também como meio de verificação de aptidão para o exercício da advocacia.

Nesse ponto, destaca-se a seguinte passagem do voto do Ministro Luiz Fux, em que conclui que:

é por intermédio do Exame de Ordem que se certifica que o bacharel está apto ao exercício profissional da advocacia – é, portanto, uma espécie de certificação profissional. Essa é a finalidade do Exame, dirigida ao bacharel, e não à instituição em que se graduou.

Enfatizando a importância do advogado para a jurisdição e para o acesso à justiça, bem como, a necessidade de garantir o domínio sobre o conhecimento técnico que consubstanciará tudo isso, destaca-se o seguinte trecho do voto do Ministro Ayres Britto:

E todos nós sabemos que jurisdição é exercida para interpretar e aplicar a ordem jurídica a partir da Constituição. Daí porque a Constituição também exige concursos para membros do Ministério Público, para advogados públicos, para defensores públicos e para magistrados, no pressuposto de que quem tem por profissão interpretar e aplicar a ordem jurídica deve estar preparado tecnicamente para isso. O Exame de Ordem, exigido dos Advogados, segue na mesma linha. O advogado é um intérprete e aplicador - claro, em termos de postulação, não em termos decisórios - da ordem jurídica. Em última análise, a exigência do concurso, significando uma exigência de qualificação técnica, é em prol, em favor da ordem jurídica. É preciso que a ordem jurídica seja tecnicamente, eficazmente, eficientemente interpretada e aplicada. Por extensão, podemos até dizer que a exigência de Exame de Ordem, qualificadora da mão de obra do advogado, corresponde até a um conceito substantivo de devido processo legal ou de acesso à jurisdição, se entendermos que o acesso à jurisdição pressupõe um eficaz acesso à jurisdição. Ou seja, é um acesso à jurisdição promovido por detentores, que são os advogados, num primeiro plano,

de qualificação técnica. Então, numa substantivação do acesso à justiça ou do devido processo legal, a exigência do Exame de Ordem transpõe como defluente da própria Constituição Federal.

Verifica-se, então, que a aprovação no Exame de Ordem constitui medida necessária à defesa social, uma vez que o advogado exerce atividade essencial à realização da justiça e ao regular desenvolvimento da atividade jurisdicional, tornando legítima a restrição à liberdade de ofício, a fim de garantir que a advocacia seja exercida por profissionais com a qualificação técnica necessária para atingir o esperado desempenho das funções atribuídas pelo ordenamento jurídico.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.019, da Paraíba<sup>199</sup>, o STF denegou a ordem a paciente que sustentava haver constrangimento ilegal pela negativa do direito de redigir pessoalmente sua defesa técnica em ação penal que responde na 7ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande/PB. No caso, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, distinguiu a defesa técnica da autodefesa e destacou a imprescindibilidade da defesa técnica como garantia do contraditório e da ampla defesa, o que ganha ainda mais importância no âmbito do processo penal. Conforme consignado pelo relator:

a defesa técnica consiste naquela exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, sendo **indispensável e irrenunciável** no tocante ao réu.

Já a autodefesa, é a exercida por meio de atuação pessoal do acusado, especialmente por ocasião de seu interrogatório, oportunidade em que traz ao juízo a sua versão sobre os fatos, ou ainda, pelo seu direito de presença, acompanhando os atos instrutórios, como bem esclarece a doutrina:

“Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos a serem escrupulosamente observados: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas”<sup>200</sup>

Desse modo, a autodefesa e a defesa técnica devem complementar-se sendo exercidas em conjunto, não podendo, jamais, a defesa de um acusado, por meio de advogado devidamente habilitado ser dispensada, pois esta consubstancia um direito fundamental indisponível. A inexistência da defesa técnica ou a sua deficiência acarreta a nulidade absoluta da ação penal.

A presença do advogado tanto é imprescindível que, não obstante o disposto pela Constituição e pela legislação infraconstitucional existente, a Lei 10.792/2003, entre outras alterações ao Código de Processo Penal- CPP, incluiu o artigo 261 no referido diploma para estabelecer a necessidade de defesa técnica para todo acusado, ainda que ausente ou

<sup>199</sup> HC 102019, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-03 PP-00506 RTJ VOL-00217- PP-00452

<sup>200</sup> Trecho extraído pelo relator de GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 11º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.

foragido<sup>201</sup>.

No entanto, conforme observado pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário nº 459.131-6, do Rio Grande do Sul<sup>202</sup>, o advogado não se tornou imprescindível com o advento da referida lei, pelo contrário, sua presença já era indispensável em razão do próprio funcionamento do ordenamento jurídico, vejamos:

Princípio básico revela que ninguém pode ser processado sem a assistência técnica. Ora, o interrogatório é fase do próprio processo. Cumpre, então, ter presente a imposição constitucional – artigo 5º, inciso LV -, como também a legal – artigo 261 do Código de Processo Penal. Nem se diga que a exigência de estar presente o profissional da advocacia somente veio à balha com a edição da Lei nº 10.792/2003, que alterou a redação do artigo 185 do Código de Processo Penal. Houve a explicitação de algo que já decorria do próprio sistema legal.

A necessidade da defesa técnica no desenvolvimento da relação processual fica mais evidente no processo penal, em virtude da natureza do direito titularizado pela parte. Contudo, vale ressaltar, isso apenas acentua a indispensabilidade do advogado, sem retirar a sua necessidade no âmbito do processo civil, em que o advogado é igualmente indispensável. Tanto que, se o art. 261 do Código de Processo Penal prevê que nem mesmo os acusados ausentes ou foragidos serão processados sem um defensor, o art. 9º, II, do Código de Processo Civil atribui ao juiz o dever de dar curador especial ao réu preso e ao revel citado por edital ou com hora certa<sup>203</sup>.

O STF consagrou o entendimento de que, com a ressalva das exceções legais, a postulação do direito em juízo exige que a parte esteja representada por advogado, o que não viola o acesso à justiça, tampouco a garantia do direito de petição, ora previsto no art. 5º, XXXIV, alínea *a*, da CF<sup>204</sup>.

Foi com esse entendimento que, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Originária nº 1.531-6, do Rio Grande do Sul (AO 1.531/RS<sup>205</sup>), a Ministra Cármen Lúcia

---

<sup>201</sup> Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

<sup>202</sup> RE 459131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/08/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00789 RT v. 97, n. 878, 2008, p. 535-537

<sup>203</sup> Art. 9º O juiz dará curador especial:

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

<sup>204</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

<sup>205</sup> AO 1531 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/06/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-01 PP-00087 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 86-90

não conheceu de agravo interposto pela parte de próprio punho contra decisão que negou seguimento a ação popular, também proposta sem capacidade postulatória, não obstante a abertura de prazo para que a autora regularizasse a representação processual. Na ocasião, a relatora consignou que:

A Constituição da República estabeleceu que o acesso à justiça e o direito de petição são direitos fundamentais (art. 5º, inc. XXXIV, alínea *a*, e XXXV), porém estes não garantem a quem não tenha capacidade postulatória litigar em juízo, ou seja, é vedado o exercício do direito de ação sem a presença de um advogado, considerado “indispensável à administração da justiça” (art. 133 da Constituição da República e art. 1º da Lei n. 8.906/94), com as ressalvas legais.

Verifica-se, então, que, para o STF, não procede a alegação de que a indispensabilidade do advogado para o processo é exigência que inibe o acesso à justiça. Na realidade, pelo contrário, a presença do advogado é essencial para que o acesso à justiça seja efetivo, razão pela qual o direito de petição, garantia cuja amplitude supera em muito as petições judiciais dirigidas ao Poder Judiciário, não implica no direito de a parte acionar a jurisdição sem estar representada por profissional habilitado para dar o devido tratamento jurídico à questão perante o Poder Judiciário.

O advogado é tão imprescindível ao desenvolvimento da relação processual que, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 104.723, de São Paulo<sup>206</sup> e do *Habeas Corpus* nº 99.330, do Espírito Santo<sup>207</sup>, o Pretório Excelso anulou os acórdãos dos Tribunais de origem para devolver ao réu o prazo recursal, visto que a continuidade do processo sem a presença do advogado, então falecido, configura violação ao contraditório e a ampla defesa.

Em sentido semelhante, reafirmando a indispensabilidade do advogado e enfatizando que a representação processual deve ser constituída por profissional regularmente habilitado junto à OAB, o STF, ao apreciar a Questão de Ordem em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 104.270, do Distrito Federal<sup>208</sup>, não conheceu do recurso, por entender que a capacidade postulatória configura pressuposto processual que exige a presença de advogado regularmente habilitado para a prática dos atos processuais, sob pena de nulidade nos termos

---

<sup>206</sup> RHC 104723, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011 EMENT VOL-02468-01 PP-00156

<sup>207</sup> HC 99330, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-03 PP-00490 RT v. 99, n. 897, 2010, p. 542-546

<sup>208</sup> RHC 104270 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011 RT v. 101, n. 918, 2012, p. 685-692

do art. 4º da Lei 8.906/94<sup>209</sup>. Assim entendeu o relator, Ministro Celso de Mello:

Não vejo como conhecer do pleito recursal em questão, eis que, em consulta aos registros que a OAB/MG mantém em sua página oficial na “Internet”, constatei que o recorrente, que atua em causa própria nesta causa, sofreu suspensão de sua inscrição profissional como Advogado.

Tal circunstância – ausência de capacidade postulatória, ainda que resultante de suspensão – inviabiliza a válida constituição da relação processual, por tratar-se de inderrogável pressuposto processual, de índole subjetiva, referente às partes (CPC, art. 267, IV).

[...]

Atos processuais privativos de Advogado - tais como os de elaborar e subscrever petições iniciais ou pleitos de natureza recursal -, quando praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória, são nulos de pleno direito, consoante previa o antigo Estatuto da OAB (art. 76) e, hoje, dispõe o art. 4º, “caput”, da Lei nº 8.906/94. Essa tem sido, no tema, a orientação do Supremo Tribunal Federal (RTJ 117/1018).

A inobservância desse requisito gera, em face do que prescreve o art. 267, IV, do Código de Processo Civil, a própria extinção do processo, sem resolução de mérito.

Pelo excerto em destaque, nota-se que a lei e, no caso, o Tribunal, são rigorosos com a regularidade da habilitação do advogado. Ponto que reforça o aspecto formal que define o advogado, qual seja, a inscrição nos quadros da OAB, o que, como vimos, embora pareça enfraquecer a exigência do conhecimento técnico que consubstancia a indispensabilidade do advogado, constitui, na realidade, um instrumento formal de segurança que propicia um controle prévio (pelo Exame de Ordem) e concomitante (pela observância das normas e regras fixadas para a advocacia) da advocacia, a fim de garantir a excelência da atividade desenvolvida pelo advogado.

Os casos apresentados demonstram que a Corte Constitucional tem um entendimento bem assentado no que se refere à indispensabilidade do advogado para o desenvolvimento do processo, em virtude, principalmente, das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como também do efetivo acesso à justiça.

No entanto, apesar de a regra ser a imprescindibilidade da capacidade postulatória por meio da representação processual prestado pelo advogado, o ordenamento jurídico prevê determinadas hipóteses em que a parte poderá postular, por si só, seu direito em juízo. É o que apresentamos anteriormente como *ius postulandi*.

Essa exceção à indispensabilidade do advogado é, há tempos, objeto de debates no âmbito jurídico, de modo que, com o advento da Lei 8.906/94, Estatuto do Advogado e da OAB, e das leis dos juizados especiais, Lei 9.099/1995 e Lei 10.259/2001, o debate foi

---

<sup>209</sup>Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.

instigado pelas ações diretas de inconstitucionalidade, que questionaram a constitucionalidade do *ius postulandi*, bem como a do monopólio da capacidade postulatória pela classe dos advogados.

O julgamento dessas ações contribuíram de forma fundamental para o atual contorno jurídico do *ius postulandi* e do monopólio da capacidade postulatória pelo advogado no ordenamento brasileiro. Por isso, esses julgados e as exceções à indispensabilidade do advogado serão objeto de estudo do próximo tópico.

### **2.3. A excepcional prescindibilidade da defesa técnica**

#### **2.3.1. O artigo 1º, inciso I, da Lei 8906/94 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8, do Distrito Federal**

Com a previsão expressa da indispensabilidade do advogado no texto constitucional de 1988, cresceu na doutrina a discussão sobre a recepção dos dispositivos legais que, até então, embora contestados, possibilitavam à parte postular em juízo sem a presença do advogado. Debate freado pela expressão “nos limites da lei” ora inserido ao fim do art. 133 da CF, que, para a doutrina majoritária, indicava a natureza programática do referido dispositivo constitucional<sup>210</sup>.

No entanto, com o advento da Lei 8.906, em 4 de julho de 1994, o debate foi novamente incitado pelo art. 1º, inciso I, do referido diploma, que dispunha ser atividade privativa da advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais. Sustentava-se, assim, que a mencionada lei teria regulamentado o dispositivo constitucional, revogando os dispositivos legais divergentes. De outro lado, alegava-se que o inciso I, do art. 1º da Lei 8.906/94 violava o art. 98, I e II, o art. 116 e o art. 5º, XXXIV, *a*, e XXXV, todos da CF, o que levou a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8/DF contra diversos dispositivos

---

<sup>210</sup> RAMOS, 2009, p. 4

legais da Lei 8.906/94, entre eles o art. 1º, inciso I<sup>211</sup>.

No julgamento da medida liminar pelo STF<sup>212</sup>, no que se refere ao art. 1º, I, da Lei 8.906/94, o Tribunal, por maioria de votos, deferiu em parte o pedido liminar, para suspender a aplicação do dispositivo em relação aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. Importante mencionar que, na época da decisão, embora houvesse previsão constitucional, os Juizados Especiais ainda não haviam sido criados por lei, motivo pelo qual não houve a suspensão do dispositivo pelo Tribunal em relação a eles.

Ao julgar a liminar, o relator, Ministro Paulo Brossard, iniciou a análise da questão demonstrando que a imprescindibilidade do advogado não é absoluta, de modo que, não obstante o previsto pelo art. 133 da CF e pelo art. 1º, I, da Lei 8906/94, “há determinadas ações que, a despeito de sua relevância, podem ser aforadas por qualquer do povo, sem necessidade de possuir pergaminho universitário ou instrumento procuratório”. Seguindo o raciocínio, o relator destacou a dispensabilidade do advogado para a ação de *habeas corpus*, que, inclusive, foi expressamente excetuada pelo §1º do art. 1ª da Lei 8906/94<sup>213</sup>, como também o fizera os arts. 70 e 71 do antigo estatuto, Lei 4.215/63<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

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

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

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

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação

Art. 116. A Junta de Conciliação e Julgamento será composta de um juiz do trabalho, que a presidirá, e dois juízes classistas temporários, representantes dos empregados e dos empregadores.

<sup>212</sup> ADI 1127 MC, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/1994, DJ 29-06-2001 PP-00032 EMENT VOL-02037-02 PP-00265

<sup>213</sup> Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.

<sup>214</sup> Art. 70. Salvo nos processos de hábeas corpus, o advogado postulará, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato, que pode ser outorgado em instrumento particular datilografado, ou por termos nos autos.

Art. 71 A advocacia compreende, da representação em qualquer juízo ou tribunal mesmo administrativo o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria e as funções de diretoria jurídica.

§ 1º O hábeas corpus pode ser requerido pelo próprio paciente ou por qualquer pessoa, mesmo estrangeira.

Com base em Rui Barbosa, o Ministro Paulo Brossard explica que o *habeas corpus* prescinde de advogado por constituir remédio social que tutela a liberdade, valor social que se insere no cerne da vida em sociedade, fazendo com que a defesa desta seja, em causa própria ou alheia, a causa da sociedade.

Assim, entendendo se tratar de situação semelhante à do *habeas corpus*, o relator defendeu a dispensabilidade do advogado na Justiça do Trabalho com o intuito de manter irrestrito o direito conferido ao operário de formular pessoalmente sua reclamação ao Poder Judiciário.

Já no que tange aos Juizados de Pequenas Causas, o relator apontou os bons resultados desse modelo de Justiça, acentuando a importância de uma resposta célere para alcançar a paz social:

Danos irreparáveis resultam de minúsculos desentendimentos vicinais, que, é conveniente e útil, devem ser resolvidos sem demora; a paz é tão importante como a justiça e a idéia que inspirou a criação dos juizados de pequenas causas não foi apenas a justiça, mas principalmente a paz.

Com esse julgado, o STF consolidou o entendimento de que, não obstante a previsão do inciso I, do art. 1º da Lei 8.906/94, a indispensabilidade do advogado, prevista pelo art. 133 da CF, não é absoluta, de maneira que existem situações excepcionais em que o ordenamento jurídico torna a defesa técnica prescindível, conferindo à parte a possibilidade de postular em juízo sem a assistência do advogado. É o que ocorre na Justiça do Trabalho, nos Juizados de Pequenas Causas, na ação de *habeas corpus* e, como veremos, também, nos Juizados Especiais.

Em maio de 2006, no julgamento definitivo da ADI 1127-8/DF, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da expressão “qualquer” contida no inciso I, do art. 1º da Lei 8.906/94, que afastaria a prescindibilidade do advogado na Justiça Trabalhista, e considerou prejudicado o pedido referente aos Juizados Especiais, tendo em vista o posterior advento da Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Ocorre que ambas as leis que instituíram os Juizados Especiais foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade por preverem a possibilidade de a parte postular em juízo sem estar representada por advogado. Trata-se da ADI 1.539/DF e ADI 3.168/DF,

ambas julgadas pelo Supremo no sentido de manter o *ius postulandi* conferido à parte<sup>215</sup>.

### 2.3.2. A dispensabilidade do advogado nos Juizados Especiais

A Lei 9.099/95 dispõe, no *caput* do art. 9º<sup>216</sup>, que a assistência do advogado é obrigatória somente nas causas superiores a vinte salários mínimos, de maneira que a parte pode comparecer em juízo sem a assistência do advogado nas causas que não superem aquele valor. Esse dispositivo teve a sua constitucionalidade questionada pelo Conselho Federal da OAB por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.539-7, União Federal (ADI 1.539/UF<sup>217</sup>), julgada improcedente pelo STF, que manteve a faculdade de a parte ser representada por advogado nas causas de até vinte salários mínimos.

No voto do relator, Ministro Maurício Correa, o Tribunal concluiu que:

não é absoluta a assistência compulsória do profissional da advocacia em juízo. Evidentemente que não é o caso de negar-se a importância que tem o advogado no dever constitucional de assegurar aos cidadãos o acesso à jurisdição, promovendo, em sua integralidade, o direito de ação e de ampla defesa. Há situações, no entanto, que por sua excepcionalidade devem ser definidas de forma expressa em lei, exatamente como ocorre no caso concreto.

A Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, dispôs sobre a criação de juizados especiais destinados ao julgamento de “causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo”. Observa-se, desde logo, a intenção do legislador constituinte de instituir mecanismo que permitisse o acesso ao Judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos, de forma tal que pequenos litígios, antes excluídos da tutela estatal, pudessem ser dirimidos com presteza e sem as formalidades rituais do processo e do procedimento comuns.

Os preceitos mencionados pelo relator foram consagrados pelo art. 2º da Lei 9.099/95, que estabelece como critérios diretivos do processo nos Juizados Especiais a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além de primar pela transação e pela conciliação, sempre que possível<sup>218</sup>.

Além disso, o Tribunal ressaltou que os parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/95 buscam manter o equilíbrio da relação processual, uma vez que prevê a possibilidade de

<sup>215</sup> Importante esclarecer que, além dos Juizados Especiais Estaduais, Lei 9.099/95, e dos Juizados Especiais Federais, Lei 10.259/01, há os Juizados Especiais da Fazenda Pública, instituídos pela Lei 12.153/09, que, no entanto, não será objeto de estudo do presente trabalho uma vez que a referida lei não tratou da dispensabilidade do advogado, que, no caso, é regulada pela aplicação subsidiária das outras duas leis, conforme dispõe o art. 27 da Lei 12.153/09.

<sup>216</sup> Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

<sup>217</sup> ADI 1539, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2003, DJ 05-12-2003 PP-00017 EMENT VOL-02135-03 PP-00398

<sup>218</sup> Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial quando a outra parte vier assistida por advogado ou se tratar de pessoa jurídica ou firma individual. Nesse sentido, o § 2º do referido dispositivo, dispõe que o juiz deverá alertar as partes sobre a conveniência da representação por advogado quando a causa o recomendar<sup>219</sup>.

Interessante apontar que um dos principais fundamentos apontados pelo relator para manter a dispensa do advogado nas causas de até vinte salários mínimos é a redução dos custos processuais para tornar viável a tutela jurisdicional de litígios anteriormente economicamente excluídos do Poder Judiciário. Vejamos:

A possibilidade de dispensa do advogado, tendo em vista o pequeno valor da causa, visa facilitar a busca da prestação jurisdicional daqueles sem condições econômicas de suportar os ônus do processo e dos honorários advocatícios. Autoriza, desse modo, que as causas antes materialmente inviabilizadas pelos custos a elas inerentes e que no mais das vezes eram superiores a própria reparação pretendida possam agora ser submetidas ao Poder Judiciário.

Pelo excerto em destaque, verifica-se que um dos objetivos do Juizado Especial com a dispensa do advogado é tornar viável a postulação em juízo de direitos cujo reduzido proveito é minado pelo ônus processual. Não se trata de tornar a justiça acessível àqueles que não têm condições de arcar com os custos do processo (o que leva à crítica equivocada de que não cabe ao *ius postulandi* exercer o papel da assistência judiciária prestada pelo Estado), mas sim de tornar acessíveis direitos ora inexigíveis judicialmente, em virtude do elevado custo processual. Questão que tem como pressuposto a atribuição ao titular do direito carecedor de tutela do dever de arcar com os gastos do processo, o que, veremos, configura indevida redução dos direitos e do patrimônio do autor, sobretudo, no âmbito da responsabilidade civil.

Ademais, importante esclarecer que, nos termos do art. 68 da Lei 9.099/95<sup>220</sup>, o advogado é indispensável no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, de modo que a faculdade de representação apenas se aplica na esfera cível.

A lei dos Juizados Especiais Federais deu tratamento semelhante a dos Juizados Especiais Estaduais quanto à indispensabilidade do advogado. Conforme prevê o art. 10 da Lei 10.259/01, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, as partes possuem a faculdade de postularem sozinhas em juízo, ou designarem, por escrito, representantes para a causa, sejam

<sup>219</sup> Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

<sup>220</sup> Art. 68. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público.

eles advogados ou não<sup>221</sup>.

Assim, verifica-se que, diferentemente dos Juizados Especiais Estaduais, nos Juizados Especiais Federais as partes não estão sujeitas ao limite de vinte salários mínimos, mas sim ao limite de competência do Juizado, que, no caso, é de sessenta salários mínimos. Contudo, assim como ocorreu com os Juizados Especiais Estaduais, a questão foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Conselho Federal da OAB, ADI 3.168/DF<sup>222</sup>.

No julgamento da ação, o STF reafirmou o entendimento de que a indispensabilidade do advogado é relativa e deu interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal, isso sem prejuízo de aplicação subsidiária dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/95.

No voto condutor do julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa concluiu que:

Assim, entendo que a faculdade, conferida aos litigantes, de constituir ou não advogado para representá-los em juízo nas causas de competência dos juizados especiais federais cíveis não ofende a Constituição de 1988, seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque tal dispositivo tem por finalidade efetivamente ampliar o acesso à justiça. Contudo, é importante deixar consignado que, caso a parte compareça sem advogado em causas cíveis nos juizados especiais federais, devem ser aplicados, subsidiariamente, os parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/95,

A aplicação subsidiária dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/95 é devida para garantir o equilíbrio processual perante o Juizado Especial, pois, como vimos, os referidos parágrafos preconizam o dever de o juiz recomendar a representação do causídico conforme as circunstâncias do caso concreto, bem como, a previsão de órgão instalado junto ao Juizado para prestar assistência técnica quando uma das partes estiver assistida por advogado ou se tratar de pessoa jurídica ou firma individual.

Além disso, o relator destacou a inaplicabilidade do *ius postulandi* na esfera penal do Juizado Especial Federal, visto que o art. 10 da Lei 10.259/01 se refere ao campo cível e, também, por similitude ao Juizado Especial Estadual Criminal que exige a presença do advogado (art. 68 da Lei 9.099/95) como garantia da ampla defesa.

Vimos anteriormente que o advento das leis que regularam os Juizados Especiais tornou prejudicada parte do julgado liminar referente ao art. 1º, inciso I, da Lei 8.906/94. Todavia, firmou-se o entendimento de que a expressão “qualquer” contida no

---

<sup>221</sup> Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

<sup>222</sup> ADI 3168, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00371

dispositivo excluía a dispensabilidade do advogado na Justiça Trabalhista, o que, conforme o entendimento do STF, dá ensejo à inconstitucionalidade do termo. Passemos, então, à dispensabilidade do advogado na Justiça do Trabalho.

### 2.3.3. A dispensabilidade do advogado na Justiça do Trabalho

A possibilidade de a parte postular seu direito em juízo sem a assistência do advogado surge, basicamente, no ordenamento jurídico pátrio, na Justiça Trabalhista. No âmbito da Justiça Obreira, o *ius postulandi*, a princípio, encontrava fundamento na simplicidade e na celeridade do procedimento utilizado, bem como, pelo fato de aquela Justiça ser, inicialmente, desenvolvida no âmbito do Poder Executivo. Conforme, bem apontado por SOARES:

num primeiro momento, a justificativa para a dispensabilidade do advogado diante dos dissídios trabalhistas poderia se resumir na busca de uma simplificação do procedimento, na celeridade procedimental e numa desburocratização bastante peculiar à Justiça Comum no Brasil. Ou ainda, poderia-se argumentar que o advogado era dispensável na Justiça do Trabalho pelo simples fato dessa, em seus primórdios, pertencer ao Poder Executivo, e portanto, o procedimento trabalhista desenvolvido sobre a subordinação do Ministério do Trabalho era meramente administrativo, e que o Poder Público, claramente paternalista, fazia as vezes do advogado e do fiscalizador dos direitos dos trabalhadores.<sup>223</sup>

Assim, verifica-se que, antes, a possibilidade de postulação pela parte era reforçada pelo caráter administrativo do procedimento. Contudo, com a Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho foi integrada ao Poder Judiciário, tornando possível que a parte acessasse a jurisdição sem a assistência do advogado.

Mesmo com o advento do Estatuto da Advocacia em 27 de abril de 1963 (Lei 4.215/63), que também preconizava a indispensabilidade do advogado, a doutrina majoritária mantinha o *ius postulandi* na esfera trabalhista por entender que o art. 791<sup>224</sup> da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT – constituía disposição especial em relação à lei estatutária e, também, em relação ao Código de Processo Civil, posteriormente publicado em 1973<sup>225</sup>.

Daí que, se a possibilidade de a parte ingressar na Justiça do Trabalho sem advogado era aceita, a despeito do disposto no Estatuto da Advocacia e no Código de

<sup>223</sup> SOARES, 2004, p. 86

<sup>224</sup> Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

<sup>225</sup> Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Processo Civil, não foi com o advento do novo Estatuto, Lei 8.906/94, e o disposto em seu art. 1º, inciso I, que o advogado seria agora indispensável na Justiça Obreira, ainda mais diante do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal admitindo exceções legais à indispensabilidade do advogado prevista pelo art. 133 da CF.

Assim, não obstante a complexidade técnica atualmente presente na Justiça Trabalhista, mantém-se no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de a parte postular pessoalmente seu direito perante a Justiça Trabalhista.

No entanto, cumpre esclarecer, o Tribunal Superior do Trabalho – TST – tem limitado essa possibilidade às instâncias ordinárias da Justiça Trabalhista, isto é, às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, impedindo, também, a aplicação do art. 791 da CLT aos recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho e, também, à ação rescisória, à ação cautelar e ao mandado de segurança. É o que restou cristalizado pela súmula 425 do TST, vejamos:

Súmula nº 425 - TST - Res. 165/2010 - DeJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010

Jus Postulandi - Justiça do Trabalho - Alcance - Limitação

O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Em que pese a dúvida a respeito da constitucionalidade do referido entendimento, a Súmula 425 do TST demonstra a necessidade do advogado para o ajuizamento, mesmo na Justiça do Trabalho, de ações cuja elaboração e desenvolvimento perante a jurisdição exigem um conhecimento técnico mínimo.

Ainda assim, nota-se que, via de regra, na Justiça Trabalhista, permite-se que a parte postule em juízo sem estar assistida por advogado, o que se justifica, em parte, por ser um direito tradicionalmente conferido ao trabalhador, e, também, por favorecer e simplificar o acesso ao Poder Judiciário de questões essenciais à dignidade do trabalhador.

#### **2.3.4. A dispensabilidade do advogado no *habeas corpus* e na revisão criminal**

O *habeas corpus* nunca exigiu a representação do advogado para a sua impetração. Assim, tanto o art. 654 do CPP, quanto o art. 1º, § 1º da Lei 8.906/94, dispõem

que o *writ* pode ser impetrado por qualquer pessoa em seu favor ou de outrem<sup>226</sup>. Dessa forma, conforme bem apontado pela doutrina:

Tradicionalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do *habeas corpus* sempre dispensou a necessidade de participação do advogado para sua impetração. Os defensores da desnecessidade do advogado na impetração do *habeas corpus* alegavam que a exigência de conhecimentos técnicos para sua impetração poderia ferir o direito de locomoção de diversas pessoas.<sup>227</sup>

Assim, mesmo após o advento do art. 133 da CF, quando também se questionou a dispensabilidade do advogado para o *habeas corpus*, o remédio constitucional se mantém acessível a todos independentemente de representação processual por advogado. Foi esse o entendimento consagrado pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* nº 67.390-2, do Paraná<sup>228</sup>, em que a Corte, em resposta a preliminar arguida pela Procuradoria Geral da República, entendeu que a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça não configura um valor absoluto, tanto que a referida indispensabilidade já era prevista em lei (Lei 4.215/63, antigo Estatuto da Advocacia) e funcionava em harmonia com as exceções legais, tornando a exigência do advogado para o *habeas corpus* medida que não só cercearia a defesa, como também impediria o acesso de pretensões justas ao Judiciário.

O mesmo entendimento se aplica à revisão criminal, que, conforme prevê o art. 623 do CPP<sup>229</sup>, pode ser pedida pelo próprio réu sem a necessidade de estar representado por procurador legalmente habilitado.

Vimos, então, que, em geral, o advogado é imprescindível para a realização da justiça, motivo pelo qual a parte deve estar devidamente representada por profissional habilitado para postular seu direito em juízo.

Ocorre que, em situações excepcionais, a lei confere à parte a possibilidade de pleitear em juízo seu direito sem a necessidade de estar assistida pelo causídico. Essas exceções, em geral, se justificam na medida em que exigir a representação por meio do advogado poderia configurar óbice à tutela jurisdicional daquele direito.

Contudo, vale ressaltar, que, não obstante a aparente amplitude das hipóteses em que o advogado é dispensável, a sua presença constitui a regra no sistema jurídico pátrio, visto

<sup>226</sup> Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.

<sup>227</sup> SOARES, 2004, p. 103

<sup>228</sup> HC 67390, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/1989, DJ 06-04-1990 PP-02626 EMENT VOL-01576-01 PP-00047

<sup>229</sup> Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

que o domínio técnico deste profissional é imprescindível ao devido tratamento jurídico dos direitos da parte, bem como, a sua efetiva participação no processo, como coautor da decisão jurídica que dará ensejo à tão importante tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

Dessa forma, em regra, caso a reparação não seja espontaneamente paga pelo responsável, a vítima precisará contratar advogado para acionar o Poder Judiciário, fazendo com que os serviços advocatícios sejam uma despesa imprescindível à reparação judicial. Passemos, então, ao próximo capítulo em que analisar-se-á a viabilidade de inclusão desse dispêndio no montante reparatório.

### **3. A INCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NA CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS**

#### **3.1. Fundamento da inclusão de honorários advocatícios contratuais nas ações de reparação por danos**

Como vimos no primeiro capítulo, entre as diversas funções atribuídas à responsabilidade civil, a reparação do dano se destaca como função precípua, de maneira que, antes de prevenir ou punir condutas lesivas, cabe à responsabilidade civil reparar o prejuízo sofrido pela vítima, de forma a restituí-la à situação que estaria se o dano não tivesse ocorrido. Daí o princípio da reparação integral, inserido no cerne da função reparatória e, por conseguinte, no âmago da responsabilidade civil.

O ordenamento jurídico consagra o entendimento de que, presentes os requisitos da responsabilidade civil, a obrigação do responsável de reparar a vítima deve corresponder a todo prejuízo sofrido, a fim de que ela seja devidamente restituída ao *status quo ante*.

Ocorre que, por vezes, o responsável opõe resistência à pretensão reparatória do lesado, obrigando-o a provocar a jurisdição estatal para compor o litígio e dar concretude ao seu direito à reparação. No entanto, como apresentado no segundo capítulo, a jurisdição se realiza por meio de uma dinâmica processual cuja participação no ordenamento jurídico pátrio, em geral, exige que as partes estejam regularmente representadas por advogado.

Isso significa que, diante da recusa do responsável em reparar espontaneamente o dano causado, a vítima terá que gastar com a contratação dos serviços de um advogado para obter o provimento jurisdicional. Nesse cenário, a contratação do advogado constitui dispêndio que reduz o proveito obtido, fazendo com que, ao final do processo, a vítima não esteja efetivamente restituída ao *status quo ante*, razão pela qual, vamos investigar se, para garantir a *restitutio in integrum* do lesado, cabe ao responsável ressarcir os gastos com advogado.

Para melhor compreensão da questão, mostra-se importante abordar as diferentes modalidades de honorários advocatícios, demonstrando como se encontra o atual tratamento jurídico dado pelo ordenamento brasileiro.

##### **3.1.1. Honorários advocatícios**

Em homenagem a uma antiga tradição, a remuneração do advogado que não decorra de relação de emprego é denominada honorários<sup>230</sup>. Todavia, o termo não possui mais o primitivo entendimento segundo o qual a verba era uma honraria, isto é, uma liberalidade que é realizada por honra, sem o caráter econômico de salário ou remuneração<sup>231</sup>.

Na realidade, atualmente, o advogado é um profissional que presta serviços mediante o pagamento de remuneração ajustada com o cliente e com a observância das diretrizes estipuladas pela OAB, tal como eventual tabela de honorários fixada pelos Conselhos Seccionais da OAB que estipulam parâmetros mínimos para os honorários advocatícios<sup>232</sup>.

A Lei 8.906/94 consolidou o caráter econômico e remuneratório dos honorários, assegurando aos advogados o direito aos honorários advocatícios em razão do serviço prestado. É o que dispõe o *caput* do art. 22 da Lei estatutária:

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

É com base nesse dispositivo que a doutrina classifica os honorários advocatícios em convencionais, arbitrados judicialmente e de sucumbência.

Os honorários advocatícios convencionais ou contratuais decorrem da autonomia da vontade e são acordados entre o advogado e o cliente em um contrato de honorários. Há ampla liberdade contratual do advogado e do cliente que, por vezes, estarão sujeitos ao mínimo fixado em tabela de honorários estabelecida pelo Conselho Seccional da OAB do local de prestação dos serviços. Além disso, podemos nos socorrer do Código de Ética e Disciplina da OAB – CED – que, nos termos do art. 36, orienta que os honorários sejam estipulados com moderação, atendendo à relevância, ao vulto, à complexidade e à dificuldade das questões versadas; ao trabalho e ao tempo necessários para a demanda; à possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros; ao valor da causa; à condição econômica do cliente e ao proveito para ele resultante do serviço profissional; ao caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente; ao lugar da prestação dos serviços, fora ou não do

---

<sup>230</sup> LÔBO, 2009, p. 138

<sup>231</sup> RAMOS, 2009, 312

<sup>232</sup> LÔBO, 2009, pp. 301-302. O autor ainda destaca a possibilidade de os Conselhos Seccionais estabelecerem limites máximos para os honorários advocatícios contratuais. Embora, talvez em razão da prática, a maior parte da doutrina aponte a inexistência de valores máximos para os honorários advocatícios

domicílio do advogado; à competência e ao renome do profissional; e à praxe do foro sobre trabalhos análogos<sup>233</sup>.

Conquanto o acordo possa ser firmado verbalmente, a doutrina aconselha que os serviços sejam previamente acordados por escrito em documento que contenha as especificações da forma de pagamento, tal como dispõe o art. 35 do Código de Ética e Disciplina da Advocacia:

Art. 35. Os honorários advocatícios e sua eventual correção, bem como sua majoração decorrente do aumento dos atos judiciais que advierem como necessários, devem ser previstos em contrato escrito, qualquer que seja o objeto e o meio da prestação do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.

Quando os honorários não forem previamente contratados, deverão ser estabelecidos por meio de arbitramento judicial, o que não se confunde com a arbitrariedade do juiz, pois, nos termos do art. 22, §2º da Lei 8.906/94, são fixados em quantia compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB<sup>234</sup>.

Enquanto os honorários advocatícios contratuais e os arbitrados se referem à remuneração pelos serviços prestados e são devidos pela parte contratante, os honorários de sucumbência são fixados pelo juiz em sentença a cargo da parte vencida, ou sucumbente, na demanda. Atualmente, salvo convenção em contrário, os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado. Todavia, se hoje esse entendimento parece consolidado, antes a titularidade dos honorários sucumbenciais era controvertida na doutrina, discussão esta que nos interessa por tratar diretamente da responsabilidade sobre as despesas com o processo, bem como sobre o ressarcimento dos gastos que a parte vencedora teve com verba honorária do advogado

---

<sup>233</sup> Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

- I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;
- II – o trabalho e o tempo necessários;
- III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;
- IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;
- V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;
- VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;
- VII – a competência e o renome do profissional;
- VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

<sup>234</sup> Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

contratado.

### **3.1.1.1. Desvinculação e perda da natureza reparatória dos honorários de sucumbência.**

Antes do advento da Lei 8.906/94, que conferiu ao advogado a titularidade dos honorários de sucumbência, o ordenamento jurídico pátrio não determinava com precisão a quem pertenceria a verba honorária na condenação.

Isso porque, enquanto o art. 99 e parágrafos do antigo estatuto (Lei 4.215/63) conferiam ao advogado certos privilégios que demonstravam a sua autonomia em relação aos honorários advocatícios da condenação, a literalidade do art. 20 do atual Código de Processo Civil indica que os honorários de sucumbência pertencem à parte, e não ao causídico.

De acordo com o art. 99 e parágrafos da Lei 4.215/63, o advogado poderia juntar cópia do contrato de honorários ao processo para receber diretamente do condenado a quantia a ser paga pelo representado, bem como o poder de executar a sentença no que se refere aos honorários da condenação. Além disso, o segundo parágrafo do mencionado artigo estabelecia que os honorários contratuais e os de sucumbência não eram prejudicados por eventual acordo celebrado entre o cliente e a parte contrária sem a aquiescência do advogado<sup>235</sup>. Posteriormente à antiga lei estatutária, sobreveio o Código de Processo Civil de 1973, indicando que os honorários sucumbenciais seriam da parte, pois “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”<sup>236</sup>.

Primeiramente, importa esclarecer que, conforme observa CAHALI, o Código de Processo Civil não revogou a disposição estatutária, entre outros motivos, por que esta constitui norma especial em relação ao diploma processual:

E, a respeito, permitia-se desde logo descartar qualquer argumento no sentido de que o art. 20 do Código teria revogado o art. 99 e parágrafos da Lei 4.215/1963.

---

<sup>235</sup> Art. 99. Se o advogado fizer juntar aos autos, até antes de cumprir-se o mandato de lavramento ou precatório, o seu contrato de honorários, o juiz determinará lhe sejam estes pagos diretamente, por dedução de quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

§ 1º Tratando-se de honorários fixadas na condenação, tem o advogado direito autônomo para executar a sentença nessa parte podendo requerer que o precatório, quando este for necessário, seja, expedido em seu favor.

§ 2º Salvo aquiescência do advogado, o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária não lhe prejudica os honorários, quer os convencionais, quer os concedidos pela sentença.

<sup>236</sup> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Posteriormente o referido foi modificado pela Lei 6.355/76 para tornar expressa a viabilidade do pagamento dos honorários de sucumbência mesmo quando se tratar de advogado em causa própria

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

Assim se descartava a argumentação, que estaria baseada no art.2.º, §1.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com duas ordens de fundamentos: a primeira, de ordem histórica, pois, quando o Senado acolheu a Emenda 127, suprimindo o art. 26 do Código de Processo, teve-se em vista precipuamente preservar a “conquista” representada pelo art. 99, §1º, do Estatuto da Ordem; a segunda, de ordem jurídica, no pressuposto de que o diploma geral e o diploma especial não se revogam reciprocamente (art. 2º, §2º, da Lei de Introdução), como também diante do fato de que a Lei 7.346/1985 reafirmou o benefício do art. 99 e parágrafos do Estatuto, dando-lhe nova redação apenas para estendê-lo ao provisionado.<sup>237</sup>

Vigentes ambos os dispositivos, torna-se difícil conciliar os enunciados. Assim, apesar das divergências, o entendimento majoritário determinava que os honorários fixados na sentença pertenceriam à parte vencedora, e não ao advogado. Isso porque o legislador adotou o princípio da sucumbência justamente com o objetivo de evitar a diminuição do patrimônio econômico daquele que se serve da Justiça para conseguir implementar seu direito. Por essa razão, consagra-se a exegese segundo a qual o art. 20 do CPC atribui em favor do vencedor, e não de seu advogado, a condenação do vencido ao pagamento das despesas que antecipou e dos honorários advocatícios<sup>238</sup>, restando a disposição estatutária como um direito autônomo do advogado de executar os honorários da condenação a fim de garantir o que lhe for de direito.

Interessante destacar, porém, duas ponderações contrárias à titularidade do litigante sobre os honorários de sucumbência. Como os honorários de sucumbência são fixados no valor de dez a vinte por cento do valor da condenação ou conforme a equidade, nos casos em que o valor seja ínfimo ou inestimável, bem como, nas ações não condenatórias ou contra a Fazenda Pública<sup>239</sup>; sustenta-se que essa forma de reparar o litigante pelos gastos com a contratação de advogado não observa o princípio da restituição integral, constituindo, na realidade, uma presunção de que o valor fixado a título de honorários sucumbenciais é suficiente para compensar os gastos da parte com a contratação do advogado.

---

<sup>237</sup> CAHALI, 2011, p. 364

<sup>238</sup> CAHALI, 2011, p. 364

<sup>239</sup> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

a) o grau de zelo do profissional; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

b) o lugar de prestação do serviço; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Observação perspicaz, pois, como apresentado no primeiro capítulo, o princípio da *restitutio in integrum* é essencial para que a reparação não seja insuficiente e, ao mesmo tempo, não constitua enriquecimento sem causa do lesado, o que pode ser facilmente verificado nessa hipótese, visto que dificilmente o valor fixado pelo juiz a título de honorários de sucumbência corresponderá ao valor gasto com os serviços do advogado.

A outra oposição, intrinsecamente relacionada à primeira, se refere aos critérios de fixação dos honorários da condenação. O diploma processual determina que o valor dos honorários sucumbenciais deve ser estabelecido atendendo o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, ou seja, critérios ligados à atividade desenvolvida pelo advogado e em nada relacionados aos gastos da parte<sup>240</sup>.

Se, pelo art. 20 do CPC, o ordenamento adotou o princípio da sucumbência, conferindo à parte vencedora os honorários da condenação para compensar os dispêndios com advogado, importante, então, apreciar melhor as teorias que tratam da responsabilidade das despesas processuais.

A teoria da sucumbência tem como fundamento a ideia desenvolvida por CHIOVENDA de que a Justiça, como meio de atuação do direito, deve buscar a maior integridade possível do bem juridicamente reconhecido<sup>241</sup>. Assim, a fim de evitar que o vencedor tenha seu patrimônio reduzido em razão do processo, a teoria da sucumbência utiliza-se do fato objetivo da derrota para condenar o vencido, sucumbente, ao pagamento das despesas processuais<sup>242</sup>.

O mérito da teoria consiste em desvincular a responsabilidade pelos encargos processuais da conduta das partes, prescindido, então, da discussão quanto à culpa ou má-fé do sucumbente. Entretanto, se, por um lado, a adoção de um critério estritamente objetivo confere generalidade e abstração à responsabilidade das despesas processuais, de outro, mostra-se insuficiente para solucionar uma série de situações da casuística processual<sup>243</sup>.

Analisando as exceções à teoria da sucumbência, a doutrina passa a definir a responsabilidade pelos encargos processuais com base na ideia de evitabilidade da lide.

---

<sup>240</sup> CAHALI, 2011, p. 375

<sup>241</sup> CHIOVENDA *apud* CAHALI, 2011, p. 30

<sup>242</sup> CHIOVENDA, 2009, p. 1177

<sup>243</sup> Alguns exemplos podem ser extraídos do direito pátrio. É o caso dos processos de jurisdição voluntária; da extinção do processo devido a uma causa superveniente; do réu que, mesmo vencedor no processo, estende a lide por não arguir defesa em sua resposta (art. 22 do CPC); bem como, das despesas pelos atos impertinentes ou supérfluos (art. 31 do CPC) e do litigante temerário que, embora vitorioso, demanda de má-fé (art. 18 do CPC). Todos esses casos são situações em que a lei processual atribui a responsabilidade pelo processo conforme o princípio da causalidade.

Assim, seria o sucumbente responsável pelas despesas sempre que a lide fosse evitável de sua parte. Surge, então, a teoria da causalidade, que atribui à parte que deu causa ao processo a responsabilidade pelos custos deste, afinal, “é justo que aquele que tenha feito necessário o serviço público da administração da Justiça lhe suporte a carga; e, de outro lado, é oportuno, pois a previsão deste encargo reage a uma contenção no sentido de se fazer o cidadão mais cauteloso”<sup>244</sup>.

Interessante notar que o princípio da causalidade não se contrapõe ao da sucumbência, pelo contrário, engloba-o, pois a sucumbência nada mais é do que o primeiro e principal indício da relação de causalidade entre o processo e o réu. Assim, PAJARDI verifica que

O círculo do princípio da causalidade tem em seu interior vários círculos reveladores da existência do princípio, e o mais importante é constituído pelo subcírculo, por assim dizer, da sucumbência. A sucumbência será, sob um plano conceitual e estatístico, ao mesmo tempo o elemento normalmente revelador mais expressivo da causalidade, pois, *normalmente*, aquele que sucumbe é exatamente o sujeito que havia provocado o processo, fazendo surgir a necessidade da utilização do instrumento do processo, para que o titular do direito obtivesse coativamente aquilo que espontaneamente não havia obtido. E, em ordem de disposição, este elemento estatístico constitui a base da construção tradicional do princípio da sucumbência.<sup>245</sup>

O que não se pode deixar de observar é que, embora as teorias sejam divergentes quanto aos critérios de responsabilização, harmonizam-se no que se refere à finalidade que as justifica, pois ambas desempenham papel reparatório, buscando garantir a integridade do direito tutelado.

A ideia comum é de que aquele que se vê compelido pela conduta de outrem a satisfazer seu direito por meio da intervenção coativa do Judiciário (causalidade), tendo por esse Poder seu direito reconhecido e implementado, com a consequente vitória na demanda (sucumbência), não deve suportar os custos oriundos do processo judicial<sup>246</sup>.

No entanto, se os honorários da condenação eram revertidos em favor da parte e possuíam importante função compensatória, essa realidade foi radicalmente alterada pela Lei 8.096/94 que, de forma expressa, conferiu ao advogado a titularidade sobre os honorários sucumbenciais:

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

<sup>244</sup> CAHALI, 2011, p. 35

<sup>245</sup> PAJARDI apud CAHALI, 2011, p. 36

Interessante destacar que, enquanto o princípio da causalidade exige um exame mais criterioso das razões dos litigantes, o princípio da sucumbência é bastante prático e de fácil aplicação.

<sup>246</sup> PRISCO, 2010, p. 92

Conforme esclarece VILLELA:

As alterações operadas pela Lei 8.906, em matéria de honorários de sucumbência, desloca-os nitidamente da chave de indenização para a de remuneração. Deixaram de ser uma condenação, destinada a inteirar os desfalques sofridos pela parte, para se configurarem exclusivamente como paga pelo trabalho desenvolvido pelo advogado. Ou seja, perderam a natureza indenizatória para assumirem a natureza retributória [*sic*]. Não se trata de mudança anódina ou meramente acadêmica, mas, antes, de uma redefinição cujos efeitos práticos manifestam-se, para além do processo, nas relações contratuais entre o advogado e seu constituinte.<sup>247</sup>

Evidente, portanto, que, com a mudança de titularidade dos honorários da condenação, há o esvaziamento de toda natureza reparatória da verba sucumbencial, conferindo ao instituto teor meramente remuneratório dos serviços prestados pelo advogado. Os honorários de sucumbência passam a ser uma espécie de prêmio, de responsabilidade exclusiva do vencido, concedido ao advogado vitorioso, de forma que “não se destinam à complementação ou reposição dos honorários advocatícios contratados, não se vinculando, de maneira alguma, a estes, que são devidos exclusivamente pelo cliente cujos interesses foram patrocinados no processo”<sup>248</sup>.

Desse modo, os honorários de sucumbência nem mesmo implicam redução dos honorários contratuais, de forma que, em geral, há a cumulação dos honorários convencionais ou arbitrados com os de sucumbência<sup>249</sup>.

Não obstante a cumulatividade dos honorários, interessante destacar que o primeiro parágrafo do art. 35 do CED da OAB orienta que os honorários sucumbenciais sejam levados em consideração no acerto de contas com o contratante, incentivando que os advogados façam uso dos honorários sucumbenciais para reduzir os gastos de seus clientes<sup>250</sup>.

Outro aspecto importante, é que se, antes da Lei 8.906/94, o cliente podia dispor dos honorários de sucumbência acordando no contrato de honorários a sua concessão em favor do advogado, com o advento do estatuto, nos termos do art. 24, §3º, será nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.

---

<sup>247</sup> VILLELA, 1994, p. 399

<sup>248</sup> CAHALI, 2011, p. 430

<sup>249</sup> CHADI, 2012, p. 68

<sup>250</sup> Art. 35. Os honorários advocatícios e sua eventual correção, bem como sua majoração decorrente do aumento dos atos judiciais que advierem como necessários, devem ser previstos em contrato escrito, qualquer que seja o objeto e o meio da prestação do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.

§ 1º Os honorários da sucumbência não excluem os contratados, porém devem ser levados em conta no acerto final com o cliente ou constituinte, tendo sempre presente o que foi ajustado na aceitação da causa.

Questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 8.906/94, entre os quais os arts. 21 e parágrafo único, 22, 23 e o §3º do art. 24<sup>251</sup>, a Confederação Nacional da Indústria propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.194-4 do Distrito Federal<sup>252</sup>, que, em sede de juízo cautelar, não foi conhecida quanto aos arts. 22, 23 e 78 da Lei 8.906/94, em razão de ilegitimidade ativa *ad causam* da referida confederação por ausência de pertinência temática. Conhecida em relação ao art. 21 e seu parágrafo único e §3º do art. 23, o STF deferiu em parte a liminar para dar interpretação conforme à expressão “os honorários da sucumbência são devidos aos advogados empregados”, contida no *caput* do artigo, no sentido de que é disposição supletiva da vontade das partes, podendo haver estipulação em contrário por se tratar de direito disponível; e, acompanhando essa linha de pensamento, o Tribunal concedeu a liminar para suspender a eficácia do §3º do art. 24 até o final do julgamento da ação.

No julgamento de mérito da ADI 1.194/DF, o STF confirmou o juízo liminar referente aos dois dispositivos mencionados e, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente a ação para manter a interpretação conforme dada ao art. 21 e seu parágrafo único, e, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do §3º do art. 24, todos da Lei 8.906/94.

O julgado mostra-se relevante não só porque restabeleceu a disponibilidade dos honorários da condenação, mas também porque, embora não tenha conhecido da arguição de inconstitucionalidade do art. 23, apreciou a titularidade dos honorários sucumbenciais, uma vez que a questão era essencial à análise do art. 21 e parágrafo único da lei estatutária, que atribuem os honorários de sucumbência ao advogado empregado e não ao empregador.

Entendendo que, por força do art. 23 da Lei 8.906/94, os honorários de sucumbência pertencem ao advogado, o relator Ministro Maurício Corrêa resgatou o entendimento liminar de que os honorários sucumbenciais constituem direito disponível que

---

<sup>251</sup> Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

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

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

§ 3º É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.

<sup>252</sup> ADI 1194, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-01 PP-00014 LEXSTF v. 31, n. 369, 2009, p. 46-123

compõe a ampla liberdade de contratar garantida pela nossa Constituição, para então concluir que:

Toda argumentação da requerente cai por terra ante o disposto nos artigos 22 e 23 do Estatuto da Advocacia, que, encerrando a discussão acerca da titularidade da verba em face da redação do art. 20 do CPC, assegurou expressamente que o advogado tem direito aos honorários de sucumbência. Em que pese a constitucionalidade de tais preceitos ter sido objeto também desta ação direta, a questão não pôde ser apreciada em virtude da ilegitimidade ativa da requerente por impertinência temática. Pertencendo a verba honorária ao advogado, não se há de falar em recomposição do conteúdo econômico-patrimonial da parte, criação de obstáculo para o acesso à justiça e, muito menos, em ofensa a direito adquirido da litigante.

Conquanto o Tribunal tenha se posicionado pela constitucionalidade do dispositivo, confirmando que os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado, interessante notar que o entendimento foi firmado com cinco votos contrários, entre os quais podemos destacar a seguinte passagem do voto do Ministro Marco Aurélio:

Aprendi, ainda nos bancos da Faculdade Nacional de Direito, que a distribuição das despesas no processo visa a evitar que aquele compelido a vir a juízo defender um direito próprio, vencedor, sofra uma diminuição patrimonial.

A realidade me conduz a afirmar que dificilmente teremos uma hipótese em que não haja a contratação dos honorários advocatícios, cliente/advogado, independentemente da sucumbência. Verifica-se na maioria das vezes, que, além dos honorários contratados, acaba o advogado ficando com os honorários que o Código de Processo Civil, no artigo 20, revela devidos ao vencedor. E o advogado não é vencido nem vencedor. Ele atua contratado pelo constituinte que o remunera para tanto.

Se é assim, se tenho como premissa que não deve aquele compelido a vir ao Judiciário sofrer diminuição patrimonial, ser alcançado na propriedade, se vencedor na demanda, não posso conceber que os honorários da sucumbência fiquem com o profissional da advocacia, como se estivesse a advogar *ad exitum*, considerados apenas esses honorários a serem satisfeitos pela parte contrária, firmada a premissa de que essa satisfação visa ao reembolso daquele que contratou o advogado e saiu vencedor na contenda.

O Ministro bem observa que, em geral, haverá a cumulatividade dos honorários de sucumbência com os honorários convencionais, fazendo com que o advogado seja remunerado por duas vias, enquanto a parte, mesmo vencedora do processo, é diminuída patrimonialmente. Tal medida torna a jurisdição mais onerosa para as partes, constituindo, então, óbice ao acesso à justiça, o que foi acentuado no voto do Ministro Gilmar Mendes, para quem “é evidente que a decisão legislativa contida na disposição impugnada acaba por tornar, sem uma justificativa plausível, ainda mais onerosa a litigância, e isso é ofensivo ao nosso modelo constitucional de prestação de justiça”.

Além disso, o Ministro Joaquim Barbosa destacou a dificuldade do brasileiro de arcar com as elevadas despesas do processo, de maneira que a proposta da sucumbência é ser uma contrapartida por esse transtorno, motivo pelo qual a disponibilidade sobre os honorários

da condenação deve pertencer à parte e não ao advogado. Ademais, o Ministro afirma que a disposição estatutária não tem natureza processual e configura mero privilégio dos advogados, pois, mesmo sem ela, estes não deixarão de ser remunerados por seus serviços. Privilégio que fere a proporcionalidade e compromete a racionalidade econômica dos honorários advocatícios, obstruindo os canais de acesso ao Judiciário.

Mas, em que pesem os argumentos desenvolvidos para conferir ao litigante a titularidade dos honorários sucumbenciais e declarar inconstitucional o art. 21 da Lei 8.906/94, a maioria do Tribunal optou por não desenvolver a questão, conformando-se com a vontade legislativa e limitando o debate à disponibilidade dos honorários de sucumbência. O que não prejudica a importância das considerações mencionadas, principalmente no que tange à preocupação com a diminuição patrimonial daquele que é compelido a ir a Justiça para realizar seu direito.

A alteração legislativa desamparou significativamente o litigante, pois este, “ainda que tenha sido compelido pela outra parte a satisfazer seu direito mediante acesso ao Poder Judiciário e mesmo saindo-se vitorioso na ação, é obrigado a suportar a totalidade do gasto com a contratação de seu advogado”<sup>253</sup>. Dessa forma, pelo sistema processual, por mais extensa que tenha sido a reparação obtida com a ação judicial, o proveito do lesado será sempre diminuído pelos gastos com a remuneração do seu advogado. Com isso, observa-se que o direito processual vigente prejudica a completude do direito material que se propõe a realizar, visto que é incapaz de reparar os dispêndios do litigante com o acesso à justiça, o que fere diretamente o princípio de direito material da *restitutio in integrum*.

### **3.1.2. Inclusão de honorários advocatícios contratuais nas ações de reparação por danos**

Sabemos que a reparação do dano é o principal objetivo da responsabilidade civil. Por isso, a reparação deve compreender toda a extensão do dano a fim de que o lesado seja integralmente restituído ao *status quo ante*.

No primeiro capítulo apresentamos o sistema neozelandês de socialização dos riscos em que o Estado assumiu a responsabilidade por todos os danos acidentais, desenvolvendo um programa de redução e reparação célere e integral do dano. Não obstante o prejuízo às demais funções da responsabilidade civil, observamos que o mérito do sistema neozelandês é posicionar o lesado a frente do ofensor e da conduta danosa, de forma a

---

<sup>253</sup> PRISCO, 2010, p. 104

priorizar a sua reparação imediata e integral, bem como livrar a vítima das longas discussões sobre a conduta lesiva, da insolvência do responsável e das despesas com o processo.

No ordenamento jurídico pátrio, o que mais se aproxima do modelo neozelandês é a seguridade social e os seguros obrigatórios, que, em conjunto, conferem ao lesado uma reparação mais célere e bem menos onerosa do que a reparação obtida por meio do Poder Judiciário, sendo importante ressaltar que o sistema abrange reduzido campo reparatório e não elide, necessariamente, a responsabilidade do ofensor, podendo haver ações regressivas com o intuito de responsabilizá-lo pela reparação provida à vítima pelo órgão assecuratório<sup>254</sup>.

Ainda assim, diferentemente do sistema neozelandês, na sociedade brasileira, o Poder Judiciário é uma das principais formas da vítima alcançar a reparação pretendida, de modo que, caso o dano não seja espontaneamente reparado pelo responsável, o lesado terá que contratar advogado para levar sua pretensão ao Poder Judiciário e obter coativamente a reparação almejada.

Até o advento da Lei 8.906/94, o entendimento majoritário conferia à parte vencedora a titularidade dos honorários sucumbenciais, de forma a compensar os gastos com o advogado. Compensação e não propriamente ressarcimento porque o valor dos sucumbenciais é fixado em razão do valor da condenação, e não de acordo com a quantia efetivamente despendida pela parte. Tal dissonância com o princípio da reparação integral, embora pudesse dar ensejo ao enriquecimento indevido do lesado, em geral, tornava a compensação insuficiente para reparar os gastos da parte.

Essa situação incitou a criatividade dos juristas, que tentaram garantir reembolso integral dos honorários contratuais por meio da inclusão da verba honorária no conceito genérico de despesas processuais, o que foi rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência sob o fundamento de que a lei processual distingue os honorários advocatícios das despesas processuais e de que a verba compensatória deve ter origem no processo e nos atos praticados

---

<sup>254</sup> Nesse contexto, interessante destacar que, em novembro de 2011, a Advocacia Geral da União e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ajuizaram a primeira ação regressiva de trânsito com o objetivo de reaver aos cofres públicos os gastos oriundos de acidentes de trânsito. Segundo o Presidente do INSS, Mauro Hauschild, em casos extremos e com graves condutas lesivas “não é justo que a sociedade arque com prejuízos decorrentes desse tipo de comportamento”, assim, o Presidente afirma que a princípio somente serão ajuizadas ações ressarcitórias nos casos mais graves, visando à conscientização da sociedade e à prevenção de novos danos, de modo que, a previdência não pretende acionar herdeiros, visto que “não seria justo também punir familiares dos motoristas faltosos”. (Revista Consultor Jurídico, 3 de novembro de 2011)

A medida é de todo pertinente, pois deixa evidente que a responsabilidade do órgão assecuratório pela reparação da vítima não desresponsabiliza o infrator que, em regra, deve ser acionado para que a responsabilidade pelas consequências de sua conduta seja devidamente apreciada pela Justiça. Nesse ponto, discordamos do posicionamento do Presidente Mauro Hauschild, pois todos os casos deveriam ser apurados, e não apenas os mais graves. Principalmente, porque se trata de ressarcimento aos cofres da previdência, o que dá importância pública a questão, impedindo o Presidente de dispor sobre os limites e em que situações as ações serão cabíveis.

pelo advogado, e não no contrato firmado com a parte<sup>255</sup>.

Se os honorários de sucumbência já se apresentavam insuficientes para ressarcir a vítima, a situação se agravou ainda mais com a alteração promovida pela Lei 8.906/94, que, como mostramos, desamparou o litigante de qualquer medida destinada a compensar o valor despendido com os serviços do advogado.

Assim, se atualmente o direito processual é incapaz de garantir a preservação patrimonial do indivíduo que é compelido a provocar o Judiciário para realizar seu direito, o direito civil contempla soluções para o problema.

Isso porque, de acordo com o direito pátrio, a fixação da reparação devida pelo responsável é determinada segundo o princípio da reparação integral. Assim, conforme dispõe o *caput* do art. 944 do CC, a indenização é medida pela extensão do dano para que este seja integralmente reparado e o lesado seja restituído à situação que estava anteriormente à lesão. Sendo esse o objetivo almejado pela reparação, ele somente será efetivamente cumprido se o lesado for completamente ressarcido pelos gastos que teve com a contratação do advogado que viabilizou a reparação judicial, caso contrário, embora obtenha a reparação por todos os danos originariamente sofridos, o proveito da vítima será diminuído pelo valor despendido para obter o provimento jurisdicional, fazendo com que a vítima não seja realmente restituída ao *status quo ante*.

Ora, se a reparação é o meio pelo qual se alcança a equivalência entre o momento anterior e posterior ao dano, quando for obtida pela via judicial, torna-se imprescindível que ela contenha, também, o valor despendido com os honorários contratuais do advogado. Deste modo, tendo em vista que os honorários advocatícios convencionados devem ser objeto da reparação judicial, pode-se afirmar que a despesa não deixa de configurar mais um dano sofrido pela vítima. Dano que se soma à lesão original e decorre de forma indireta da conduta lesiva que causou o dano anterior e, de forma direta, da resistência do responsável em repará-lo espontaneamente, o que deu ensejo ao processo.

Verifica-se, assim, que, neste caso, há uma cadeia causal em que a conduta lesiva é a causa mediata e a resistência do réu a causa imediata da inclusão dos honorários advocatícios contratuais na reparação. Isso demonstra que a configuração do nexo causal referente ao ressarcimento dos honorários advocatícios se relaciona com a própria causalidade

---

<sup>255</sup> PRISCO, 2010, pp. 95-96

Importante observar que a lei processual distingue as despesas processuais dos honorários de sucumbência, mas tal distinção constituía óbice à inclusão dos honorários advocatícios contratuais nas despesas processuais porque os honorários de sucumbência se destinavam a ressarcir a parte vencedora. Com a mudança de titularidade e o esvaziamento da função reparatória dos honorários sucumbenciais, o fundamento apresentado fica comprometido, permitindo a rediscussão da questão.

do processo. Daí porque o princípio da causalidade, utilizado para determinar o responsável pelas despesas processuais, pode ser aplicado para demonstrar o nexo de causalidade necessário à inclusão dos honorários contratuais na reparação. Ainda mais tendo em vista que “as teorias da sucumbência e da causalidade, embora tenham perdido a finalidade ressarcitória que as justificavam, ainda são usadas pelos tribunais, só que agora apenas como *técnicas de imputação* de responsabilidade processual pelo pagamento de honorários advocatícios”<sup>256</sup>.

Ao dar causa ao processo, o responsável que opõe resistência à reparação obriga o lesado a contratar os serviços de um advogado, pois, como apresentamos no segundo capítulo, a relação processual e, inclusive, a construção do provimento jurisdicional exigem que a parte esteja representada por advogado, fazendo com que os honorários advocatícios contratuais sejam um gasto imprescindível à reparação judicial do lesado. Nesse sentido, os gastos com a contratação do causídico constituem despesa reparável, tal como são as despesas com médico, hospedagem, transporte, alimentação, etc<sup>257</sup>.

Se o princípio da *restitutio in integrum* é suficiente para justificar a inclusão dos honorários advocatícios convencionados na reparação judicial, a questão parece ainda mais clara no âmbito da responsabilidade civil contratual<sup>258</sup>. Isso porque, diferentemente do código anterior, os arts. 389, 395 e 404 do atual Código Civil preconizam expressamente a inclusão dos honorários advocatícios na reparação civil.

Ao tratar do inadimplemento das obrigações, o art. 389 do CC é claro ao dispor que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

O mesmo ocorre em relação à mora, art. 395<sup>259</sup>, e à liquidação das perdas e danos nas obrigações pecuniárias, art. 404<sup>260</sup>, pois o objetivo é garantir que os prejuízos decorrentes do inadimplemento, seja ele parcial ou absoluto, sejam integralmente reparados. Questão

---

<sup>256</sup> PRISCO, 2010, p. 100

<sup>257</sup> PRISCO, 2010, p. 2

<sup>258</sup> O termo responsabilidade contratual decorre de tradicional divisão da responsabilidade civil conforme a fonte do dever descumprido. Assim, denomina-se responsabilidade civil contratual ou negocial a responsabilidade pelo dano proveniente de um negócio jurídico e, de outro lado, responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana aquela que deriva do delito civil e não propriamente do negócio jurídico. (MARTINS-COSTA, 2009, p. 148)

<sup>259</sup> Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

<sup>260</sup> Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

que pode ser novamente verificada nos casos de evicção do contrato, art. 450, inciso III<sup>261</sup>, e inclusive, na reparação decorrente da inexecução de contrato em que houve o pagamento de arras, art. 418<sup>262</sup>.

Com isso, observa-se que o ressarcimento dos honorários advocatícios nada mais é do que um dos corolários do descumprimento de um dever, cuja finalidade é resguardar o lesado mesmo quando compelido a buscar seu direito em juízo.

A doutrina destaca que os honorários do advogado mencionados nos referidos artigos não correspondem aos honorários de sucumbência, pois, se os honorários do advogado devem ser reparados, estes não são os sucumbenciais que já pertencem ao causídico, mas sim os honorários contratuais pagos pelo lesado:

E este raciocínio se explica pelo fato de que os honorários advocatícios em razão da sucumbência não têm efeito reparatório, pois são devidos ao advogado que nenhum prejuízo sofreu com a parte contrária, mas natureza punitiva para este que foi sucumbente na demanda. Representa condenação própria e autônoma, não fazendo menção com o direito da parte. O direito deste é ser indenizado de todo o prejuízo sofrido, inclusive a remuneração paga a seu patrono.<sup>263</sup>

Conclusão reforçada pela alínea “j” da exposição de motivos do CC, que buscou retirar do diploma quaisquer normas de cunho processual<sup>264</sup>, e também pelo entendimento firmado por SCAVONE JÚNIOR, segundo o qual,

os honorários mencionados pelos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil, ressarcitórios, evidentemente não são aqueles decorrentes do Estatuto da Advocacia, ou seja, os honorários de sucumbência; de outro lado, são pagos diretamente pelo credor ao advogado e constituem em prejuízo (dano emergente) decorrente da mora e do inadimplemento.

[...]

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

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

---

<sup>261</sup> Art. 450. Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou:

I - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir;

II - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção;

III - às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído.

<sup>262</sup> Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

<sup>263</sup> CHADI, 2012, p. 71

<sup>264</sup> “Como resulta da minuciosa Exposição de Motivos, com a qual o Professor MIGUEL REALE fundamenta e justifica a obra realizada, obedeceu esta a plano previamente aprovado por este Ministério, de conformidade com as seguintes diretrizes:

j) Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado”.

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

Não é crível, ante o princípio da restituição integral, que os honorários pagos pelo credor sejam por ele suportados sem qualquer ressarcimento pelo devedor, que a eles deu causa.<sup>265</sup>

Embora seja possível sustentar que a inclusão dos honorários advocatícios contratuais nas perdas e danos estaria restrita à responsabilidade civil contratual, uma vez que os artigos apresentados pertenceriam ao conjunto normativo da responsabilidade negocial e não da responsabilidade delitual, tal posição pressupõe uma visão absolutamente estanque do direito civil e, portanto, sem qualquer consonância com a unidade sistemática preconizada pelo direito contemporâneo e pelo próprio Código Civil<sup>266</sup>.

Além disso, os dispositivos mencionados apenas expressam uma consequência lógica do princípio da *restitutio in integrum*, de maneira que a ausência de previsão legal específica para o âmbito da responsabilidade civil aquiliana em nada prejudica a inclusão dos honorários advocatícios contratuais na reparação por ato ilícito como forma de garantia de que o lesado será integralmente restituído ao *status quo ante*.

Contudo, o ressarcimento do valor despendido com os honorários advocatícios contratuais é pouco explorado na prática jurídica, de modo que a questão, além de escassa, ainda é controvertida na doutrina e na jurisprudência, que contam tanto com críticas como com posicionamentos favoráveis à inclusão dos honorários convencionados na reparação judicial. É o que veremos no tópico a seguir.

### 3.1.3. Análise jurisprudencial

<sup>265</sup> SCAVONE JÚNIOR, 2007, pp. 172-173

<sup>266</sup> Conquanto existam peculiaridades que distinguem a responsabilidade negocial da responsabilidade aquiliana, não há óbice à aplicação dos dispositivos referentes a uma responsabilidade pela outra. Demonstração disso, é que, na prática jurídica, comumente se aplica o disposto quanto à culpa concorrente, art. 915 do CC, a casos de responsabilidade contratual e, de outro lado, a incidência dos juros moratórios do art. 406 do CC às reparações derivadas de ato ilícito. Essa interação, inclusive, foi adotada pelo STF no julgamento do Recurso Especial 130764 – PR em que o art. 1060 do antigo Código Civil foi aplicado a um caso de responsabilidade extracontratual do Estado uma vez que preconizava a solução mais apropriada à análise do nexo causal. Na ocasião o Ministro Moreira Alves destacou que, “não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada” (RE 130764, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270)

Por essas razões, que, sustentando que a responsabilidade civil, seja a negocial ou a delitual, decorre da violação de um dever jurídico preexistente, parte da doutrina propõe uma tese unitária da responsabilidade civil com o consequente fim de uma visão dualista da questão (MARTINS-COSTA, 2009, 149).

Como dissemos, a jurisprudência sobre a inclusão dos honorários advocatícios nas reparações judiciais não é farta, todavia, os julgados têm contribuído para o desenvolvimento da questão. Assim, começaremos nossa análise apresentando os principais óbices apontados pela jurisprudência contrária ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais.

No julgamento da Apelação Civil no Juizado Especial nº 1.026/99<sup>267</sup>, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT negou o pleito do recorrente de perceber o valor referente aos honorários advocatícios contratuais sob o seguinte fundamento:

Como se vê, se houve prestação de serviço advocatício por força de contrato celebrado entre o advogado e um determinado cliente, quem está obrigado a pagar a remuneração do advogado é o cliente que o contratou. Em hipótese alguma se poderá transferir essa obrigação a um terceiro estranho à relação jurídica contratual. Do contrário, e a se admitir uma tal possibilidade, estar-se-á autorizando que duas pessoas, A e B, possam celebrar contrato estabelecendo obrigações a serem cumpridas por C, que não participou do ajuste. E isso atenta de modo grave contra o princípio da vinculação, um dos pilares sobre que se sustenta toda a teoria das relações contratuais.

Entendimento posteriormente reafirmado pela Quinta Turma Cível do TJDFT que, no julgamento da Apelação Cível 2001.01.1.037334-7<sup>268</sup>, consignou que:

A verba honorária contratada entre a parte e seu advogado resulta de uma avença particular e personalíssima, derivando para a parte adversa pagar a verba honorária oriunda da sucumbência, em hipótese alguma poderá ser transferida esta obrigação para terceiro estranho à relação jurídica contratual.

Dos trechos colacionados, nota-se que ambos os julgados negaram o ressarcimento do valor gasto com honorários advocatícios convencionados com base no princípio da relatividade dos contratos, uma vez que a reparação implicaria a transferência indevida do dever contratual a um terceiro.

Aqui é importante notar que o réu não é responsável pelo contrato de honorários firmado entre o lesado e seu advogado, razão pela qual não há que se falar em transferência dos deveres estipulados no contrato. O que ocorre, na realidade, é a responsabilização do réu pelos gastos que o autor teve que arcar em razão da conduta danosa daquele, tanto que a quantia é paga em proveito do lesado e não de seu advogado.

Portanto, embora o responsável de fato seja um terceiro em relação ao vínculo formado entre o lesado e seu advogado, o princípio da vinculação contratual é inaplicável

---

<sup>267</sup> Acórdão n. 131065, ACJ102699, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 15/08/2000, DJ 26/10/2000 p. 66

<sup>268</sup> Acórdão n. 253378, 20010110373347APC, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 5ª Turma Cível, julgado em 17/05/2006, DJ 21/09/2006 p. 92

diante da responsabilização do réu que, em razão do evento lesivo, se tornou responsável pela reparação integral do dano causado<sup>269</sup>.

Ademais, interessante destacar que o próprio Código Civil prevê situações em que o terceiro infrator é responsável pela despesa contratual firmada pelo lesado em razão do dano sofrido. É o caso do art. 249 e parágrafo único do CC<sup>270</sup>, em que o credor pode contratar um estranho para realizar obrigação de fazer à custa do devedor inadimplente, que, no caso, não se torna um terceiro em relação ao contrato firmado entre o credor e o novo prestador do serviço.

Já no julgamento da Apelação Civil no Juizado Especial 2007.01.1. 026128-3<sup>271</sup>, a 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do TJDF, além de destacar o princípio da relatividade dos contratos, apontou que a possibilidade de inclusão dos honorários advocatícios contratuais na reparação judicial daria ensejo a inevitáveis fraudes por parte dos litigantes e seus advogados:

Seria ilógico transferir a responsabilidade para um terceiro que não participou da relação jurídica contratual, olvidando-se do princípio da vinculação dos contratantes, pois estar-se-ia criando obrigações para pessoa estranha, o que não encontra guarida na ordem jurídica, sem ainda perder de vista inevitáveis fraudes.

Além do referido julgado, LIMA acentua que, com a inclusão dos honorários advocatícios na reparação judicial,

a equação indenizatória ficaria em aberto, dando azo a fraudes, pois o débito principal seria conhecido, seus parâmetros de correção e índices de juros também, mas o importe dos honorários advocatícios dependeria dos valores efetivamente despendidos, permitindo que profissionais menos escrupulosos burlassem a lei, (...) criando despesas inexistentes ou inflando gastos efetuados.<sup>272</sup>

Ora, ainda que os documentos comprobatórios dos gastos com os serviços advocatícios<sup>273</sup> estejam sujeitos à fraude, essa possibilidade não pode servir de fundamento jurídico para negar a inclusão desse gasto no montante reparatório, principalmente, porque o ordenamento jurídico preconiza a boa-fé objetiva, sendo inadmissível que a má-fé dos indivíduos seja um pressuposto de seu funcionamento. Por isso, a possibilidade de fraude

---

<sup>269</sup> PRISCO, 2010, p. 89

<sup>270</sup> Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

<sup>271</sup> Acórdão n. 318410, 20070110261283ACJ, Relator DONIZETI APARECIDO, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 27/05/2008, DJ 29/08/2008 p. 101

<sup>272</sup> LIMA, 2005

<sup>273</sup> Para ser ressarcido dos gastos com os serviços do advogado, o lesado deverá instruir a ação com o contrato de honorários e os respectivos recibos de pagamento.

nunca foi óbice ao ressarcimento da parte com outras despesas, tais como os gastos com transporte, médicos, hospedagem etc., de modo que cabe ao juiz e aos demais envolvidos no caso concreto buscarem o devido cuidado para evitar que a reparação dos honorários contratuais não seja objeto de fraude<sup>274</sup>.

Outra questão controversa foi apontada pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, no julgamento do Recurso Especial 1.027.897/MG<sup>275</sup>, em que o Relator deu provimento ao recurso para negar o direito da Recorrida à reparação pelos gastos com honorários advocatícios contratuais em ação trabalhista, uma vez que não haveria ato ilícito imputável ao vencido:

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

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

Em que pese o fato de o julgado estar relacionado a ações trabalhistas, que pela peculiaridade do *ius postulandi* serão posteriormente abordadas isoladamente, o precedente revela-se interessante por ressaltar que, *a priori*, o réu possui o direito legítimo de resistir à pretensão do autor, contestando a postulação judicial em pleno exercício do seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Com fundamento semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível 1.0145.11.061636-7/001<sup>276</sup>, entendeu que o ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais não eram devidos porque

Não se encontram presentes os requisitos referentes à responsabilidade civil, notadamente a conduta ilícita do apelado, visto que a contratação de advogado ocorreu por deliberação exclusiva da própria parte apelante e os descontos a título de imposto de renda decorreram de lei. Não bastasse tal situação, é preciso lembrar que, em princípio, deveria haver a demonstração de dano para ocorrer a indenização. Entretanto, esta se torna incompatível com o sistema jurídico pátrio, porque na busca da tutela jurisdicional não se cogita de dano. O exercício do direito de ação pela parte, consubstanciado num patrocínio de causa pelo advogado, nunca foi considerado dano patrimonial, mas uma atuação jurisdicional para impedir que haja um dano à parte.

---

<sup>274</sup> PRISCO, 2010, p. 162

<sup>275</sup> REsp 1027897/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/11/2008

<sup>276</sup> Apelação Cível 1.0145.11.061636-7/001, Rel. Des.(a) Cláudia Maia, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/05/2012, publicação da súmula em 15/05/2012

Aqui, além da suposta discricionariedade do litigante em contratar o serviço advocatício, o Tribunal Mineiro destaca que o dispêndio com o advogado não constitui dano patrimonial, motivo pelo qual não há porque ser reparado. Fundamento que, a exemplo do ponto levantado pelo Ministro Aldir Passarinho, questiona se o gasto com o causídico seria um dano injusto passível de ser reparado pelo responsável vencido na ação.

Primeiramente, devemos esclarecer que, diante de uma ação reparatória, a contratação onerosa do serviço advocatício não é a causa primeira do dano<sup>277</sup>, que, na realidade, decorre da conduta lesiva previamente realizada pelo agente que deu ensejo ao processo e a contratação do advogado. Dessa forma, a questionada ilicitude do réu não estará necessariamente no ato processual, mas sim em momento anterior ao processo.

Ademais, importante destacar que, no direito processual, a “atribuição pela responsabilidade das despesas do processo é pautada pelo princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu ensejo à disputa judicial, ainda que de boa-fé, deve assumir os encargos da demanda”<sup>278</sup>. Não se quer com isso argumentar que a resistência do réu configura ato ilícito, mas sim apontar que a responsabilidade pelo processo é atribuída de forma objetiva a quem o deu causa, independentemente de culpa ou da licitude do ato processual.

Assim, se o responsável deu causa ao processo, em que pese o direito constitucional de se opor e contestar a pretensão do autor, ele também será responsável pelos gastos do lesado com a contratação do advogado.

Quanto à aludida discricionariedade do lesado em contratar os serviços advocatícios, a objeção só faz sentido no âmbito das ações em que o advogado é dispensável<sup>279</sup>, o que, como apresentado no segundo capítulo, é exceção à regra adotada pelo ordenamento pátrio, que exige a representação do advogado para que a parte postule seu direito em juízo. Sendo obrigatória a contratação do advogado para mover a ação judicial, não há que se falar em discricionariedade do lesado, que é livre tão somente para escolher o causídico e optar por acionar ou não a jurisdição estatal.

Outra objeção apontada pelo Tribunal Mineiro<sup>280</sup> se refere à dupla oneração do vencido ao arcar simultaneamente com os honorários de sucumbência e os honorários contratuais:

---

<sup>277</sup> PINTO, 2006

<sup>278</sup> NOGUEIRA, 2009, p. 602

<sup>279</sup> No tópico 3.3 do presente capítulo abordaremos a possibilidade de ressarcimento dos honorários convencionados nas ações em que a defesa técnica é dispensável. Momento em que a discricionariedade da contratação ganhará maior relevância.

<sup>280</sup> Apelação Cível 1.0024.04.390549-6/001, Rel. Des.(a) Fabio Maia Viani, julgamento em 23/03/2006, publicação da súmula em 03/06/2006

Ademais, não se poderia prover o pedido da apelante, pois o acolhimento deste importaria na inviabilização do direito postulatório, já que sempre que a parte saísse vencida arcaria não só com os honorários advocatícios judiciais, mas também aqueles que a outra parte despendeu em contrato particular.

O apontamento é relevante por acentuar que, na prática, o ressarcimento dos honorários contratuais pode sobrecarregar o vencido. No entanto, já demonstramos que as duas verbas honorárias possuem naturezas e destinatários distintos, por isso não há *bis in idem* no pagamento de ambos os honorários<sup>281</sup>.

Ressalta-se que a onerosidade da questão não pode servir de fundamento para negar à vítima a reparação integral dos prejuízos sofridos. Assim sendo, caso a condenação se mostre excessivamente custosa ao lesado, o Juiz, observando os requisitos do parágrafo único do art. 944 do CC, poderá reduzir equitativamente a reparação, ou, ainda, harmonizar os honorários contratuais com os sucumbenciais, tal como propõe o art. 35, §1º, do CED<sup>282</sup>.

Além disso, importante verificar que o pagamento dos honorários convencionados pelo responsável vencido na ação reparatória contribui para que a reparação ocorra espontaneamente, uma vez que o processo torna-se um meio oneroso do infrator retardar o cumprimento da obrigação reparatória. Nesse ponto, é possível observar com clareza o efeito preventivo da responsabilidade civil a que aludimos no primeiro capítulo.

Da mesma forma que encontramos precedentes contrários ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais, há julgados favoráveis à inclusão da verba honorária na reparação judicial. É o caso da Apelação Cível nº 2005.001.20802<sup>283</sup>, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve o ressarcimento dos honorários contratuais em razão do que prevê o art. 389 do CC:

Argúi o recorrente que é indevida a condenação por danos materiais para reparar gastos efetuados com honorários de advogado. Melhor sorte não terá aqui o apelante, haja vista que o art. 389, do Código Civil de 2002, prevê, no bojo das perdas e danos, em razão do inadimplemento culposo, os honorários de advogado.

---

<sup>281</sup> PRISCO, 2010, pp. 90-91

Com efeito, pode-se argumentar que o pagamento dos honorários sucumbenciais e o ressarcimento do valor gasto com honorários advocatícios contratuais teriam a sucumbência como o mesmo “fato gerador”. No entanto, ainda assim, não haveria *bis in idem*, uma vez que os pagamentos são destinados a pessoas distintas. A diferença entre *bis in idem* e bitributação traçada pelo direito tributário nos auxilia a compreender a questão. De acordo com o direito tributário há *bis in idem* quando dois tributos possuem o mesmo fato gerador e pertencem a mesma pessoa jurídica de direito público, por outro lado, não há *bis in idem*, mas sim bitributação quando dois tributos com o mesmo fato gerador são destinados a pessoas distintas. Essa situação é semelhante à questão em debate com a diferença de que, nesse caso, a dupla oneração não enfrenta problemas com as rígidas normas de competência tributária. Além disso, o ressarcimento dos honorários contratuais possui natureza reparatória e objetiva garantir a restituição integral do litigante, ao passo que o pagamento dos honorários sucumbenciais tem natureza remuneratória e visam premiar o êxito do advogado no processo.

<sup>282</sup> CHADI, 2012, p. 72

<sup>283</sup> Apelação Cível 0115369-35.2003.8.19.0001 (2005.001.20802), Rel. Des. Jose Carlos Paes, julgamento em 15/09/2005

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ –, merece destaque o Recurso Especial 1.027.797/MG<sup>284</sup> em que o recorrente buscava reformar o acórdão do Tribunal de origem para não ter que reparar o recorrido do prejuízo decorrente da contratação de advogado para o ajuizamento de ação trabalhista. Na ocasião, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou a importância do princípio da reparação integral para a responsabilidade civil e, negando provimento ao recurso, garantiu ao lesado o ressarcimento do valor despendido com os honorários advocatícios contratuais:

O princípio da restituição integral se entrelaça com os princípios da equidade, da justiça e, conseqüentemente, com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, minimizando-se os prejuízos efetivamente sofridos, evita-se o desequilíbrio econômico gerado pelo descumprimento da obrigação e protege-se a dignidade daquele que teve o seu patrimônio lesado por um ato ilícito.

(...)

Assim, apesar do silêncio da CLT, se o empregado entende que necessita contratar um advogado para que possa obter a tutela jurisdicional pretendida, aquele que deu causa ao ajuizamento da reclamação trabalhista por descumprir suas obrigações, deve pagar os honorários contratuais para restituir integralmente o prejuízo causado.

O acórdão realça a relevância do princípio da restituição integral como diretriz condutora tanto da responsabilidade civil negocial como da responsabilidade por ato ilícito, interagindo com os princípios da equidade, da justiça e, por conseguinte, com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com esses fundamentos, o julgado é preciso ao concluir que o lesado deve ser integralmente ressarcido dos valores despendidos para obter a tutela jurisdicional.

O referido acórdão serviu de precedente ao entendimento firmado no Recurso Especial 1.134.725/MG<sup>285</sup>, em que o Recorrente alegava que o ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais violava os arts. 20 do CPC e 22 da Lei 8.906/94, uma vez que a parte vencida no processo seria responsável apenas pelos honorários de sucumbência.

Analisando a questão, a Terceira Turma do STJ diferenciou os honorários advocatícios contratuais dos sucumbenciais e negou provimento ao recurso para manter a obrigação do recorrente de restituir os gastos com honorários contratuais e, assim, garantir a reparação integral do dano sofrido, tendo em vista o que dispõem os arts. 389, 395 e 404 do CC.

O Código Civil de 2002 – nos termos dos arts. 389, 395 e 404 – determina, de forma expressa, que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos.

<sup>284</sup> REsp 1027797/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 23/02/2011

<sup>285</sup> REsp 1134725/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 24/06/2011

Os honorários mencionados pelos referidos artigos são os honorários contratuais, pois os sucumbenciais, por constituírem crédito autônomo do advogado, não importam em decréscimo patrimonial do vencedor da demanda. Assim, como os honorários convencionais são retirados do patrimônio da parte lesada – para que haja reparação integral do dano sofrido – aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos com os honorários contratuais.

O excerto em destaque não só evidencia que o ressarcimento dos honorários advocatícios convencionais é imprescindível para que o lesado seja integralmente reparado, como também indica que a responsabilidade pelo reembolso é daquele que deu causa ao processo, o que só vem a reforçar a ideia de que os princípios da sucumbência e da causalidade interagem harmonicamente com o princípio da *restitutio in integrum*, para, em conjunto, garantir ao lesado a reparação integral das despesas com a contratação do advogado no acesso à justiça.

Além disso, o julgado foi prudente ao observar que a inclusão dos honorários convencionados na reparação não permite que os valores cobrados a esse título sejam abusivos, caso em que o órgão julgador poderá fixar outro valor conforme as peculiaridades do caso concreto:

Por fim, para evitar interpretações equivocadas da presente decisão, cumpre esclarecer que, embora os honorários convencionais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valor cobrado pela atuação do advogado não pode ser abusivo. Dessarte, se o valor dos honorários contratuais for exorbitante, o juiz poderá, analisando as peculiaridades do caso concreto, arbitrar outro valor, podendo utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB.

Verifica-se, assim, que a inclusão dos honorários contratuais no montante reparatório não deve dar ensejo a abusos por parte do lesado que, livre para escolher o advogado e negociar o valor dos honorários advocatícios, não pode imputar ao infrator os excessos de sua liberalidade. Desse modo, o STJ bem ressaltou que a tabela de honorários da OAB pode ser utilizada como bom parâmetro de análise do valor contratado e do montante a ser fixado pelo juiz na reparação.

A doutrina esclarece que o princípio da reparação integral não é absoluto, de forma que, excepcionalmente, os valores acordados entre o lesado e o advogado podem ser revistos pelo Juiz. Assim, na busca de critérios objetivos para o rearbitramento da verba honorária, PRISCO afirma que além das tabelas de honorários da OAB,

a lei processual também pode ser usada como coadjuvante para fins de redução do valor dos honorários advocatícios ajustados contratualmente entre lesado e seu advogado. Os §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC fornecem ao magistrado bons critérios objetivos de avaliação para reajustamento da verba honorária exorbitante. Pelo sistema processual, pode ainda o juiz relegar a quantificação a cargo de um perito de

sua confiança, o que em certos casos será imperativo.<sup>286</sup>

Pelos julgados apresentados, nota-se que a inclusão dos honorários advocatícios convencionados na reparação é um tema pouco explorado pela jurisprudência, que, aparentemente temerosa, ainda tem apresentado objeções e alguns posicionamentos mais conservadores a respeito da questão. Ainda assim, o assunto vem sendo mais debatido ao longo do tempo, possibilitando que a discussão seja levada aos tribunais superiores, onde já encontramos julgados reconhecendo que o ressarcimento da verba honorária contratual é fundamental não apenas para a reparação integral do lesado, como também para a justiça e a preservação patrimonial dos indivíduos.

### **3.2. A viabilidade da inclusão de pedido de condenação pelo valor pago a advogado contratado cumulado com pedidos constitutivos ou declaratórios**

Até o momento, abordamos a possibilidade de inclusão dos honorários advocatícios contratuais nas ações reparatorias<sup>287</sup>, que, em essência, são ações condenatórias<sup>288</sup>, pois, além de reconhecer o direito do lesado e a responsabilidade do réu, condenam o responsável a reparar o dano sofrido pelo autor.

Nesse cenário, verificamos que a vítima compelida a acionar o Poder Judiciário para obter a reparação almejada deve ser ressarcida dos valores despendidos com honorários advocatícios para que a reparação obtida seja capaz de restituir o lesado ao *status quo ante*. Dessa forma, podemos notar que a inclusão dos honorários advocatícios contratuais na

---

<sup>286</sup> PRISCO, 2010, p. 150

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

a) o grau de zelo do profissional; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

b) o lugar de prestação do serviço; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

<sup>287</sup> Segundo Misael Montenegro Filho, ação de reparação por perdas e danos pode ser conceituada como “o instrumento processual de que se utiliza a suposta vítima para buscar a condenação do réu (agente ou terceiro) ao pagamento de soma em dinheiro, como reação e em decorrência da prática do ato ilícito que gerou prejuízos de diversas ordens (pessoal, material, moral, etc.)” (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 22)

<sup>288</sup> Ações condenatórias são as ações que, além de ter a relação jurídica reconhecida pelo provimento jurisdicional, buscam a condenação do réu à sanção normativa correspondente à violação do direito reconhecido (SANTOS, 2007, p. 187)

reparação judicial é medida que se justifica para garantir que o lesado seja integralmente reparado pelo dano originário que deu ensejo ao processo.

O que se pretende esclarecer é que, nesse caso, a reparação dos honorários advocatícios contratuais constitui obrigação reparatória que, decorrendo do dano originário, complementa a reparação que seria devida caso a vítima fosse espontaneamente reparada pelo responsável sem a necessidade de se socorrer da prestação jurisdicional do Estado. Portanto, anteriormente ao ressarcimento da verba honorária, há uma conduta lesiva cujo dano confere ao lesado o direito de ser integralmente reparado pelo responsável. No entanto, como a reparação não foi espontaneamente cumprida, a vítima precisou contratar os serviços de um advogado para pleitear judicialmente a reparação, que agora abrangerá também os gastos com o advogado.

Tendo em vista a relação entre o ressarcimento dos honorários contratuais e a reparação do dano originário, não parece difícil concluir que a medida somente seria devida no âmbito das ações reparatórias, ou, talvez, limitada às ações condenatórias uma vez que estas tem como pressuposto a violação de um direito subjetivo cuja sanção busca-se aplicar ao réu. No entanto, a restituição dos honorários advocatícios convencionados nos parece tão apropriada, que somos levados a refletir se a medida também não seria aplicável às ações constitutivas ou meramente declaratórias<sup>289</sup>.

A questão mostra-se especialmente relevante, porque, desde o advento da Lei 8.906/94, a parte vencedora do processo ficou desamparada quanto à compensação das despesas processuais referente aos serviços do advogado, pois, como apresentado, a referida lei consignou que os honorários de sucumbência, anteriormente devidos à parte vencedora, pertencem ao advogado. Assim, se antes a parte vencedora, em geral, já não era inteiramente reembolsada dos gastos com honorários advocatícios contratuais porque havia a presunção de que os honorários sucumbenciais eram suficientes para repará-la, com a Lei 8.906/94, a parte vencedora não faz jus a qualquer verba ressarcitória dos valores despendidos com honorários advocatícios em virtude do processo causado pela parte contrária.

Ocorre que, não obstante a mudança de titularidade dos honorários da condenação, o direito processual brasileiro adotou o princípio da sucumbência, segundo

---

<sup>289</sup> De acordo com SANTOS, as ações meramente declaratórias visam a uma declaração quanto a uma relação jurídica, “o conflito entre as partes está na incerteza da relação jurídica, que a ação visa a desfazer, tornando certo aquilo que é incerto, desfazendo a dúvida em que se encontram as partes quanto à relação jurídica”. Já as ações constitutivas, são aquelas que buscam modificar uma situação jurídica anterior. Assim, por meio dessas ações, “se propõe a verificação e declaração da existência das condições segundo as quais a lei permite a modificação de uma relação ou situação jurídica e, em consequência dessa declaração, a criação, modificação ou extinção de uma relação ou situação jurídica”. (SANTOS, 2007, pp. 185-188)

o qual o responsável pelo processo deve pagar à parte contrária o valor despendido com honorários advocatícios e despesas processuais, uma vez que o processo, com razão, não pode resultar em prejuízo para a parte.

Como bem apontado por CHIOVENDA:

Tendo em conta que a atividade do Estado, para operar a situação da lei, exige tempo e despesa, urge impedir que aquele, que se viu na necessidade de servir-se do processo para obter razão, tenha prejuízo do tempo e da despesa exigidos: a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão.

De um lado, o interesse do comércio jurídico requer que os direitos e os patrimônios tenham um valor possivelmente certo e constante e não já sobrecarregado das despesas e perdas a sofrer por sua eventual defesa; de outro lado, a administração da justiça faltaria a seu objeto e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida, se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão<sup>290</sup>.

A preocupação com a preservação patrimonial da parte vencedora no processo também foi apontada no aludido julgamento da ADI 1.194/DF, em que, visualizando o problema, parte dos Ministros da Suprema Corte se posicionaram contra a mudança de titularidade dos honorários advocatícios contratuais em favor do advogado. Após destacar os dispêndios e incômodos inerentes ao processo, o voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa acentuou que:

a sucumbência, que aliás é uma das singularidades do nosso processo judicial, há de ser entendida como uma contrapartida a esse transtorno, a essas despesas que a parte litigante tem ao decidir-se pela busca dos seus direitos na via judicial. Compensa-se a parte vencedora pelos ônus de toda sorte que ela teve de assumir para obter a proteção judiciária. São despesas assumidas pela parte e não pelo advogado.

Assim, se, anteriormente à Lei 8.906/94, a parte vencedora tinha direito a ser ao menos compensada pelos transtornos do processo, sendo essa medida consequência dos princípios e objetivos preconizados pelo direito processual brasileiro, não nos parece que esse direito da parte vencedora tenha sido completamente afastado após o advento do referido diploma legal.

Se, na hipótese que tratamos até agora no âmbito das ações reparatórias, o gasto com honorários advocatícios contratuais deve ser reparado porque constitui um dano cuja causa imediata é a resistência do responsável em reparar o dano originário, sendo a conduta lesiva que deu origem a esse dano anterior apenas a causa mediata do ressarcimento, *a priori* não haveria óbice algum para que o autor de uma ação constitutiva ou meramente declaratória cumulasse um pedido de condenação pelo valor pago a título de honorários advocatícios

---

<sup>290</sup> CHIOVENDA, 2009, p.214

contratuais.

Nesse caso, os gastos do autor com o advogado, imprescindível ao processo constitui, por si só, um dano cuja responsabilidade deve recair sobre aquele que, podendo evitar o litígio, ocasionou a propositura da ação. Observa-se, então, que se aplica ao caso o mesmo arcabouço teórico aplicado em todo e qualquer processo para fixar a responsabilidade processual e, por conseguinte, atribuir a uma das partes a obrigação de arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios sucumbenciais devidos ao advogado.

A inclusão de tal medida, não apenas supre o desamparo jurídico decorrente da mudança de titularidade dos honorários sucumbenciais, como também se mostra mais apropriada que a compensação anteriormente realizada pelos honorários de sucumbência, porque propicia à parte vencedora a restituição integral do valor gasto com os serviços do advogado e não apenas uma quantia equitativamente fixada pelo juiz.

No entanto, estender a possibilidade do autor ser ressarcido pelos gastos com honorários advocatícios contratuais às demais demandas judiciais gera determinadas consequências que podem vir a comprometer a viabilidade da medida.

Primeiramente, conferir à parte vencedora o direito de ser reparada pelos valores despendidos com advogado, independentemente do tipo de ação, pode gerar a eternização do litígio, pois o pedido de ressarcimento, tal como qualquer outro pleito reparatório, não precisaria necessariamente ser ajuizado no mesmo processo em que atuou o advogado cuja contratação se pretende reembolsar. Desse modo, caso o ressarcimento dos honorários contratuais dêem início a uma segunda ação, haverá um novo processo que poderá dar ensejo a outra ação e assim em diante. Ciclo que somente seria encerrado quando a ação que busca ressarcir os gastos com o advogado do processo anterior também incluir os gastos com os honorários do próprio processo.

Como o ordenamento jurídico confere a todos os indivíduos o direito de acionar o poder estatal na tutela e defesa de seus direitos, garantindo a cada um amplo direito de ação, não é possível restringir o direito à referida reparação à própria ação em que houve o dispêndio com a contratação do advogado. Logo, desde que o pleito não esteja prejudicado pela existência da coisa julgada<sup>291</sup>, prescrição ou decadência, a parte vencedora do processo poderia sempre ingressar como nova ação visando o ressarcimento pela ação anterior.

---

<sup>291</sup> Nesse ponto, convém esclarecer que a ação estaria impossibilitada se a coisa julgada se referisse ao pleito reparatório dos honorários advocatícios contratuais, pois entende a jurisprudência que a coisa julgada referente à reparação de uma espécie de dano, não impede o ajuizamento de outra demanda, posterior, para obter a reparação de outro tipo de prejuízo decorrente do mesmo ato ilícito (REsp 143568/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/1997, DJ 19/12/1997, p. 67510)

Com efeito, este problema foi visualizado pelo Ministro Aldir Passarinho no julgamento do citado Recurso Especial 1.027.897/MG, em que o Relator negou o ressarcimento pleiteado pela autora por entender que não há ilicitude na resistência oposta pelo réu e porque, caso prevaleça “a tese da autora, cada ação irá gerar uma outra para ressarcimento de verba honorária e assim por diante, indefinidamente”.

Ademais, a questão coloca em evidência outro fator, pois, se o autor pode cumular pedido de ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais na ação ajuizada, não teria o réu o direito de ser reparado pelos gastos com a imprescindível contratação de advogado para se defender de ação que fosse, ao final, julgada totalmente improcedente?

Embora seja bastante apropriado que o réu também possa ser integralmente reparado pelas despesas que foi compelido a arcar com honorários advocatícios contratuais para responder à demanda judicial indevida, a medida não é tão simples. Isso porque o ressarcimento da verba honorária contratual depende de pedido do réu, o que restringe a situação às ações dúplices, reconvenção e pedido contraposto, casos em que o réu também é considerado demandante no processo. Assim, com exceção dessas espécies de resposta, o réu terá que ajuizar ação autônoma caso queira ser reparado pelos honorários advocatícios contratados. Nesse sentido, NOGUEIRA conclui que:

Por não representar um simples reflexo da sucumbência, o ressarcimento dos honorários advocatícios extrajudiciais suportados pelo autor exige que se deduza expresso pedido condenatório, sem o qual o juiz não poderá conhecer da matéria. De igual forma, almejando o réu ver-se reparado do que pagou ao seu procurador para se defender, deverá oferecer reconvenção ou pedido contraposto, conforme a situação. Aliás, havendo tais requerimentos, permite-se que na mesma demanda tal questão seja resolvida, sem mais delongas. Na ausência, porém, dessa postulação específica, o dano dessa natureza somente poderá ser questionado em nova – e autônoma – ação indenizatória<sup>292</sup>.

O jurista é preciso ao afirmar que o ressarcimento dos honorários contratuais pagos pelo réu depende do ajuizamento do pedido, porque a reparação não constitui simples reflexo da sucumbência. Esse aspecto é um importante traço diferenciador entre a antiga reparação promovida pelos honorários de sucumbência e a reparação decorrente da condenação do sucumbente ao pagamento dos honorários arcados pela parte vencedora, visto que, nos termos do art. 20 do CPC, os honorários de sucumbência são um efeito da condenação, razão pela qual são devidos à parte contrária independentemente de pedido.

Interessante notar que, com a mudança de titularidade dos honorários sucumbenciais, mesmo que seja possível ressarcir a parte vencedora do processo por meio de

---

<sup>292</sup> NOGUEIRA, 2009, p. 604

pedido expresso nesse sentido, cria-se inconveniente desproporção entre a situação das partes e de seus respectivos advogados, pois um dos causídicos, sem qualquer risco ou incômodo, será automaticamente premiado caso se consagre vencedor no processo, já a parte vencedora, que desde o princípio arca com todos os gastos relacionados ao processo, caso queira ser reparada pelos dispêndios com a contratação do advogado terá que promover pedido específico, quando não ação autônoma nesse sentido.

Por essa razão é que, para nós, a medida que melhor atenderia à preservação patrimonial da parte vencedora, o que é do interesse de qualquer litigante e do próprio ordenamento jurídico, seria incluir a hipótese ressarcitória como efeito da sucumbência, tal como ocorre com os honorários sucumbenciais que anteriormente exerciam essa função.

Inclusive, ao analisar a importância e a necessidade do advogado para o processo, pode-se concluir que, embora o direito processual não contemple essa hipótese, ao menos genericamente, o gasto com honorários contratuais do advogado não deixa de ser uma despesa processual tal como são as custas processuais e a remuneração do assistente técnico<sup>293</sup>.

Assim, uma possível solução para o problema poderia ser alcançada ao repensar a ideia de despesas processuais a fim de que o conceito abarque também os dispêndios realizados pela parte vencedora com a contratação de advogado, o que não se revela inapropriado, tendo em vista que a lei processual, apesar de separar os honorários de sucumbência das despesas processuais, dá a ambos os institutos tratamento jurídico semelhante, pois tanto os honorários sucumbenciais como as despesas processuais são devidas pelo sucumbente e estão sujeitas às mesmas consequências nos casos de sucumbência recíproca, concorrência de sucumbentes e desistência ou reconhecimento do pedido, respectivamente arts. 21, 23 e 26 do CPC<sup>294</sup>. Daí ser possível concluir que a lei processual não incluiu o dispêndio com a contratação do advogado nas despesas processuais por ter previsto uma reparação diferenciada para este gasto nos termos previstos para a fixação dos honorários de sucumbência, o que, no entanto, foi posteriormente desvirtuado pelas alterações

---

<sup>293</sup> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

<sup>294</sup> Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Art. 23. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção.

Art. 26. Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.

promovidas pela Lei 8.906/94.

Entretanto, até o momento, tanto o autor como o réu que pretenderem ser reparados pelos gastos com os serviços do advogado deverão pleitear o ressarcimento demonstrando que o prejuízo é tutelado pela responsabilidade civil. Tarefa que, não obstante a resistência de parte da jurisprudência, torna-se menos complicada no âmbito das ações reparatórias, uma vez que a medida, além de ser prevista em diversos dispositivos do CC, é devida como garantia de que a reparação almejada pelo processo seja capaz de restituir integralmente o lesado ao *status quo ante*.

### **3.3. A viabilidade da inclusão de pedido de condenação pelo valor pago a advogado contratado em demandas que prescindem de assistência técnica**

No segundo capítulo mostramos que, em regra, o direito brasileiro exige que as partes estejam regularmente representadas por advogado para que possam ingressar em juízo. Além disso, tratamos de determinadas hipóteses em que, excepcionalmente, o ordenamento jurídico confere às partes a possibilidade de postular seus direitos em juízo sem a necessidade de estarem representadas pelo causídico. É o caso do *habeas corpus*, da revisão criminal e das ações ajuizadas perante os Juizados Especiais e a Justiça do Trabalho.

Esta diferença quanto à prescindibilidade ou não da assistência técnica para o processo, a princípio, mostra-se relevante porque a necessidade do serviço advocatício torna o pagamento dos honorários advocatícios contratuais um gasto indispensável ao processo, reforçando a exequibilidade do respectivo ressarcimento.

Assim, nos casos em que o advogado seria dispensável, a contratação do profissional torna-se discricionária, o que poderia comprometer a reparação do valor gasto tendo em vista que a causa do dano pode ser atribuída ao contratante, fazendo com que a parte contrária não seja responsável pela verba honorária contratual, ainda que seja responsabilizada pelo processo. Foi o entendimento consagrado pelo Ministro Aldir Passarinho, no mencionado Recurso Especial 1.027.897/MG. Segundo o Relator, além da ausência de ato ilícito,

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

Com posicionamento diverso, a Ministra Nancy Andrighi, em uma análise mais pormenorizada da questão, destacou que o *ius postulandi* concedido à parte é uma faculdade cuja maior finalidade é beneficiar o litigante, razão pela qual não pode servir para prejudicar a parte e obstruir o acesso à justiça. No julgamento do aludido Recurso Especial 1.027.797/MG a Ministra afirmou que:

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

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

Nessa linha de ideias, não se pode deixar de afirmar que a referida norma foi criada com a finalidade de permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário. Ocorre que o acesso à justiça, como lembra Marinoni (MARINONI. Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo . 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010), não se resume à eliminação dos óbices que impedem o acesso ao Poder Judiciário. O direito de acesso à justiça compreende, entre outros, o direito daquele que está em juízo poder influir no convencimento do magistrado, participando adequadamente do processo.

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

(...)

Assim sendo, analisada a questão sob a ótica do acesso à justiça, deve-se concluir que o empregado tem o direito de optar por ser representado em juízo por advogado de sua confiança.

(...)

Assim, apesar do silêncio da CLT, se o empregado entende que necessita contratar um advogado para que possa obter a tutela jurisdicional pretendida, aquele que deu causa ao ajuizamento da reclamação trabalhista por descumprir suas obrigações, deve pagar os honorários contratuais para restituir integralmente o prejuízo causado.

Como discutido anteriormente, o acesso à justiça não se confunde com o acesso ao Judiciário, de modo que a realização da justiça exige que o provimento jurisdicional seja construído a partir da efetiva participação das partes que compõem o litígio.

Desse modo, se, em determinados casos, a lei confere às partes a faculdade de participarem da relação processual sem a assistência do advogado, o faz com o intuito de ampliar as possibilidades de acesso à justiça. Portanto, caso o indivíduo entenda que necessita contratar um advogado para viabilizar a defesa de seus direitos em juízo, não poderá ser o *ius postulandi* o fundamento jurídico que irá obstar o ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais e, por conseguinte, comprometer o acesso à justiça. Negar a reparação integral do litigante com base no *ius postulandi* vai de encontro ao próprio objetivo que o instituto busca realizar.

No que tange à Justiça Trabalhista, diante a omissão da CLT em relação ao assunto, aplicam-se os arts. 8º e 769 do referido diploma<sup>295</sup>, o que possibilita a incidência dos dispositivos civilistas para garantir à parte o direito à reparação dos valores despendidos com a contratação do advogado.

Entretanto, ambos os precedentes abordados nesse tópico foram desprestigiados pelo recente julgamento do Recurso Especial 1.087.153/MG<sup>296</sup>, em que a Segunda Seção do STJ firmou o entendimento de que

A ação de indenização ajuizada pelo trabalhador em face do ex-empregador, com vistas ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais despendidos em reclamatória trabalhista outrora manejada, deve ser apreciada pela Justiça do Trabalho, porquanto se subsume ao que dispõe o art. 114, inciso VI, CF/88: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho".

Por sua vez, na Justiça Trabalhista, a reparação dos gastos com honorários advocatícios ainda encontra resistência nos Tribunais, principalmente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho – TST –, que em diversas oportunidades negou o ressarcimento com fulcro nas Súmulas 219, I, e 329 do Tribunal<sup>297</sup>:

Destarte, a verba honorária foi deferida com base na norma civil, sem se considerar a existência de legislação específica a regular a matéria âmbito do direito processual do trabalho (Lei nº 5.584/70). Todavia, entendo que os requisitos impostos pela regra contida no artigo 14 da Lei nº 5.584/70 permanecem em vigor e merecem plena observância das partes, inclusive porque já ratificados pela jurisprudência desta Corte.

---

<sup>295</sup> Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

<sup>296</sup> REsp 1087153/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 22/06/2012

<sup>297</sup> Súmula nº 219 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO

I - Na Justiça do Trabalho, 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.

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

Súmula nº 329 do TST HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Note-se que, à luz do entendimento jurisprudencial sedimentado pela Súmula/TST nº 219, item I, os honorários advocatícios somente são deferidos quando a parte estiver assistida por sindicato da categoria profissional e quando comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou se encontrar em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

(...)

Ou seja, de acordo com o entendimento pacífico no TST, sendo incontroverso nos autos que o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria profissional (seq. 01, pág. 535), não há se falar em condenação da reclamada ao pagamento da verba honorária, porquanto não preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70, que regula a matéria no âmbito processual trabalhista<sup>298</sup>.

O Tribunal entende que, na justiça trabalhista, os honorários advocatícios são devidos apenas em determinados casos, de modo que, diferentemente do que ocorre no processo civil, a verba honorária não é mero efeito da sucumbência e só é devida quando o empregado estiver assistido pela entidade sindical e receber menos de dois salários mínimos por mês ou se encontrar em situação econômica que não lhe permita postular em juízo sem comprometer o próprio sustento ou de sua família.

Todavia, para parte da doutrina, as referidas súmulas do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho não possuem o condão de impedir o ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais, pois se referem aos honorários de sucumbência, ao passo que a lei civil trata do ressarcimento dos honorários contratuais:

A regência dos honorários assistenciais pela Lei 5.584/70 na esteira das súmulas 219 e 329 do TST também não justifica, no âmbito do Direito Material, tenha o credor trabalhista a reparação das perdas e danos de forma mitigada em relação ao que ocorre com o credor civil, mormente considerando o trato legal privilegiado sempre reconhecido ao primeiro.

Nitidamente, os honorários ali tratados (também envoltos em severas divergências – fogem elas do propósito deste trabalho) não são os contratuais integrantes das perdas e danos, fato suficiente para esvaziar a pretendida aplicação da Lei 5.584/70 e das súmulas 219 e 329 do TST como óbice à reparação integral no âmbito do Direito do Trabalho<sup>299</sup>.

Ademais, alguns Tribunais Regionais do Trabalho já contam com julgados em que se reconheceu o direito de o empregado ser reparado pelo valor despendido com os serviços do advogado, como é o caso do Recurso Ordinário 0037700-72.2008.5.24.0022, em que o TRT da 24ª Região foi certo ao afirmar que:

As perdas e danos compreendem, em consequência, a recomposição do prejuízo correspondente ao que o credor efetivamente perdeu, aí incluídos, por força das normas dos arts. 389 e 404 do Código Civil, os honorários que o credor teve que pagar para poder obrigar ao devedor ao adimplemento da obrigação, inclusive com o ajuizamento da ação, independentemente da sucumbência do obrigado.

(...)

<sup>298</sup> RR – 111900-32.2009.5.05.0511, Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva, Segunda Turma, Julgado em 15/06/2012

<sup>299</sup> CANELA, Diones Figueiredo Franklin e FURRER, Mozanei Garcia, 2010, p. 100

Não se pode, em obséquio ao princípio da *restitutio in integrum* albergado pelos arts. 186, 389, 404 e 944 do Código Civil penalizar o credor com o recebimento de quantia menor daquela efetivamente devida em razão de ter que dela retirar o valor dos honorários do advogado que patrocinou e defendeu seus interesses na reclamatória que foi forçado a mover para forçar o adimplemento da obrigação.

Deve, pois, o devedor indenizar o credor pelos danos que tiver de suportar em decorrência do inadimplemento da obrigação, danos esses que incluem também os honorários pagos ao advogado que, como acima se disse, não têm relação com a sucumbência, encontrando fundamento legal nos arts. 389 e 404 do Código Civil.

Ante tal quadro, a reclamada é devedora dos honorários ao patrono do autor, sobre o valor final da condenação, pois não é justo que venha ter diminuído o valor a que faz jus com o pagamento de honorários de advogado que teve que contratar para poder receber o que lhe é devido, direito esse que se recolhe nos expressos termos dos arts. 5º, inciso XXV, e 133 da Carta da República.

Assim, devidos os honorários advocatícios.

Entendimento reforçado pela doutrina pátria, que, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada no plenário do TST em novembro de 2007, aprovou o seguinte enunciado doutrinário:

53. REPARAÇÃO DE DANOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO. Os artigos 389 e 404 do Código Civil autorizam o Juiz do Trabalho a condenar o vencido em honorários contratuais de advogado, a fim de assegurar ao vencedor a inteira reparação do dano.

O avanço doutrinário é importante, porque, tanto na área trabalhista como no âmbito dos Juizados Especiais, a inclusão dos honorários advocatícios contratuais na reparação por perdas e danos mostra-se ainda mais relevante. É que nesses casos o advogado não é remunerado pelos honorários sucumbenciais<sup>300</sup>, o que sobrecarrega as despesas das partes com honorários advocatícios contratuais, diminuindo ainda mais o proveito obtido com a ação. Diminuição que viola o princípio da reparação integral e é decorrente do processo que o lesado foi compelido a instaurar para realizar o seu direito, razão pela qual deve ser reparada por aquele que deu causa à ação a fim de garantir que a vítima seja integralmente reparada.

Nos casos dos Juizados Especiais, a discricionariedade da contratação do advogado ainda é particularizada, uma vez que, nos termos do §2º do art. 9º da Lei 9.099/95, quando a causa recomendar, o juiz poderá alertar as partes da importância de estarem assistidas por advogado. Ponto que ressalta como o *ius postulandi* é uma faculdade a ser utilizada em favor das partes com a observância da complexidade inerente a cada caso e o seu correspondente tratamento jurídico. Por isso que, mesmo nos casos em que o advogado é legalmente dispensável, caso a parte queira fazer uso do seu direito de ser representada por um advogado para melhor defender seus interesses em juízo, inexistindo abuso nessa opção,

---

<sup>300</sup> Como vimos, os honorários da condenação na Justiça Trabalhista são cabíveis em hipótese bem específica de assistência judiciária e devidos ao sindicato. Já nos Juizados Especiais, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/95, os honorários advocatícios ficam restritos ao grau de recurso e à litigância de má-fé.

não há óbice à reparação dos valores gastos com a contratação de um serviço que, a princípio dispensável, ao final mostrou-se devido<sup>301</sup>.

Além disso, interessante sublinhar que, ao litigar sem a assistência do advogado, a parte terá que dispor de seu tempo e de gastos indispensáveis à dinâmica processual, trabalho que deve ser devidamente reparado, ao menos na forma de honorários advocatícios sucumbenciais, tal como ocorre desde a Lei 6.355/76 com as ações em causa própria em razão do que dispõe o *caput* do art. 20 do CPC<sup>302</sup>.

A discricionariedade da contratação do advogado não se restringe aos casos em que a lei faculta às partes a possibilidade de ingressarem sozinhas em juízo. Além desses casos, há discricionariedade na contratação do advogado quando a parte possui condições de ser beneficiada pela assistência judiciária, bem como quando o litígio é resolvido no âmbito extrajudicial.

No que se refere à assistência judiciária, o raciocínio é semelhante ao desenvolvido para o *ius postulandi*. Isso porque o Estado confere assistência judiciária a determinadas pessoas com o objetivo de promover o acesso à justiça, prestando um serviço de natureza técnica àqueles que, a princípio, não teriam condições de arcar com os custos da contratação de um advogado.

Entretanto, se, pelos critérios fixados pelo Estado, um indivíduo faz jus à assistência judiciária, mas não utiliza desse serviço porque verifica que seus direitos carecem dos serviços de outro profissional e o contrata, a contratação do advogado que irá efetivamente propiciar a representação dos interesses da parte em juízo, contribuindo para a construção do provimento jurisdicional, *a priori*, não pode ser utilizada como fundamento para negar o ressarcimento da verba honorária gasta com a contratação.

A questão deve ser solucionada caso a caso, pois há situações em que apenas o advogado privado é de confiança do litigante para satisfazer suas necessidades. Nesse sentido, PRISCO afirma que,

mesmo que a parte seja pobre e tenha a disponibilidade de se servir gratuitamente de advogado, se ela decidir não optar pelo serviço jurídico grátis posto à sua disposição, isso em nada afetará seu direito ao reembolso dos gastos de honorários ajustados em contrato com o advogado de sua preferência. Nessas situações a

---

<sup>301</sup> Ademais, se a discricionariedade da contratação do serviço advocatício pode vir a alterar a cadeia causal que impõe essa despesa ao sucumbente, diante da coexistência de duas causas para a contratação do advogado, quais sejam, a resistência do responsável e a vontade do lesado em contratar o causídico para fazer frente aquela resistência, *a priori*, nos parece aplicável o art. 945 do CC que, pelo exposto anteriormente, trata da fixação da reparação diante de causas concorrentes.

<sup>302</sup> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

contratação onerosa de advogado, apesar de ser opcional, tem uma justificativa razoável, no sentido de ser recomendável o uso do profissional particular da advocacia que conta com a confiança exclusiva da parte<sup>303</sup>.

Ademais, o autor argumenta que, além da fidúcia, a eficiência pode justificar a contratação do advogado particular, ainda mais tendo em vista que “o enorme acúmulo de serviços e as condições precárias de trabalho a que os advogados públicos estão submetidos acabam invariavelmente prejudicando os trabalhos por eles desenvolvidos”<sup>304</sup>.

A possibilidade de inclusão do pedido de condenação ao pagamento da despesa com honorários advocatícios contratuais nesse caso fica mais evidente quando se observa que outras despesas, como o gasto com médicos, são regularmente reparadas independentemente da possibilidade de o lesado poder se valer dos serviços de saúde pública. Com efeito, PINTO acentua que

a tese contrária à aplicação do artigo 395, do Código civil, em função da opção pela contratação de advogado ao invés de adoção da assistência judiciária gratuita, pode levar a perigosas conseqüências, como sustentar-se a não obrigatoriedade do ofensor de pagar as despesas médicas e hospitalares feitas pelo ofendido, porque o procedimento que as gerou é oferecido, sem ônus, pelo serviço público de saúde<sup>305</sup>.

Assim, a mera possibilidade de o litigante poder se utilizar do serviço de assistência gratuita, por si só, não tem o condão de obstruir a inclusão dos honorários advocatícios contratados na reparação pleiteada, devendo a necessidade da contratação e a viabilidade da reparação serem analisadas caso a caso pelo juízo sentenciante.

Já no que tange à atuação extrajudicial, é evidente que a parte também não está obrigada por lei a contratar o advogado, sendo a contratação um ato discricionário da vítima. Todavia, se em um primeiro momento o lesado não conseguiu que o responsável reparasse o dano espontaneamente, levando a vítima a contratar os serviços do advogado, que, atuando extrajudicialmente, toma medidas reivindicatórias e protetivas do direito da parte, ou, até mesmo, consegue obter a reparação almejada sem ter que acionar Poder Judiciário, não parece justo que a reparação não contemple também os gastos do lesado com a contratação do advogado que atuou extrajudicialmente no litígio.<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> PRISCO, 2010, p. 85

<sup>304</sup> PRISCO, 2010, p. 87

<sup>305</sup> PINTO, 2006

<sup>306</sup> Entre os diversos negócios firmados nas relações de consumo é comum que os contratos de adesão prevejam hipóteses em que o consumidor se obriga a ressarcir o valor gasto pelo fornecedor com honorários contratuais para o adimplemento da obrigação. Nessa situação, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é claro ao dispor que tais cláusulas serão nulas caso o mesmo direito não seja conferido ao consumidor:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

Importante analisar a questão com cuidado, pois, se o lesado obtém a reparação do dano pela via extrajudicial e essa não contempla os gastos com o advogado contratado, mas a vítima deu quitação ao responsável, o ressarcimento dos honorários contratuais torna-se inexigível juridicamente.

Assim, a partir do pressuposto de que a parte não deu quitação integral da obrigação reparatória ao responsável e, insatisfeita, acionou o Poder Judiciário, resta saber se o valor gasto com os honorários contratuais referentes à atuação extrajudicial do advogado pode ser ressarcido.

Nessa situação, tal como ocorre nos demais casos, a mera ausência de lei compelindo o lesado a contratar o advogado não é suficiente para impedir a inclusão da verba honorária no montante reparatório. Desse modo, PRISCO parece ter razão ao ponderar que

a necessidade ou imediatidade do nexa causal deve vir dos fatos e circunstâncias da vida, não de eventual obrigatoriedade imposta por lei. Ou seja, não se deve perquirir se a parte lesada estava ou não obrigada por lei a contratar extrajudicialmente advogado, mas, sim, ponderar, à vista do caso concreto, se a contratação foi necessária e adequada<sup>307</sup>.

Portanto, ao julgar a questão, cabe ao juiz analisar se, no caso concreto, o pagamento da verba honorária contratual que, a princípio, era discricionária, não se revelou mais um gasto necessário à satisfação extrajudicial do crédito, caso em que a parte fará jus ao ressarcimento do valor despendido, uma vez que o a busca pelo ressarcimento não pode importar em dano à parte com razão.

---

<sup>307</sup> PRISCO, 2010, p. 54

## Conclusão

A responsabilidade civil tem ocupado posição de relevo no direito contemporâneo. Com efeito, a intensificação das interações humanas e, por conseguinte, a maior ocorrência de fatos lesivos, fez com que o ordenamento jurídico, como mecanismo de regulação das relações sociais, atribuísse à responsabilidade civil novos objetivos e finalidades, sem deixar de exigir da disciplina maior empenho na realização das funções já desempenhadas.

Com o fim de se adequar ao novo contexto social do seu campo de incidência, surgem novos mecanismos de responsabilização que, ampliando a abrangência do sistema reparatório, alteram a responsabilidade civil, que, anteriormente centrada na culpa e na conduta lesiva, passa a se concentrar no dano e na sua reparação.

Assim, embora a responsabilidade civil atualmente seja incumbida de amparar novos direitos e de punir, prevenir e até mesmo precaver condutas, a reparação do dano ainda constitui a sua função precípua.

No desempenho de sua função reparatória, a responsabilidade civil confere ao lesado o direito a uma reparação capaz de proporcionar o seu retorno à situação que estaria se o dano não tivesse ocorrido. Daí o princípio da reparação integral que, como principal norte de fixação da reparação, busca garantir o retorno ao *status quo ante*, medindo a obrigação reparatória pela extensão do dano para que esta não gere enriquecimento sem causa, e, ao mesmo tempo, não seja insuficiente e prejudique o lesado.

Ocorre que, muitas vezes, o lesado é compelido a acionar a atividade jurisdicional do Estado para concretizar o seu direito à reparação. No entanto, a persecução judicial do direito reparatório importa em uma série de gastos ao lesado, sendo, geralmente, o maior deles a contratação do advogado necessário à instauração do processo<sup>308</sup>.

O gasto com o serviço advocatício, em regra, será um gasto imprescindível, porque o ordenamento jurídico pátrio exige que as partes estejam representadas por advogado para atuar em juízo. Isso ocorre, entre outras razões, porque a relação processual é eminentemente técnica, motivo pelo qual o profissional da advocacia torna-se fundamental para que os interesses de cada parte sejam juridicamente tratados em juízo e, assim,

---

<sup>308</sup> Além dos honorários advocatícios, eventuais gastos com perícia também oneram significativamente os litigantes, contudo, importante sublinhar que o direito processual é suficiente para garantir o ressarcimento dos valores gastos com a perícia uma vez que este dispêndio é abarcado pelo conceito de despesa processual e, portanto, tutelado pelos efeitos da sucumbência.

contribuam na formação do provimento jurisdicional. A importância do advogado para o acesso à justiça é constitucionalmente reconhecida pelo nosso direito, que confere ao advogado a condição de profissional indispensável à realização da justiça.

Até a edição da Lei 8.906/94, o dispêndio com honorários advocatícios era compensado pela condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência em favor da parte vencedora. No entanto, a referida lei alterou a titularidade dos honorários sucumbenciais, revertendo a verba em favor do advogado que venceu o processo.

Com isso, o lesado compelido a ir à Justiça para obter do responsável a reparação almejada ficou processualmente desamparado em relação ao ressarcimento do valor gasto com a contratação do advogado. Desse forma, ainda que a vítima fosse reparada de todos os danos ocorridos até a instauração do processo, não haveria o seu retorno ao *status quo ante* uma vez que a reparação obtida iria ser diminuída pelo gasto com a contratação do advogado que deu ensejo à reparação judicial.

Com efeito, a alteração promovida pela lei estatutária no campo do direito processual mudou significativamente o tratamento jurídico dado à responsabilidade processual, desamparando a conservação patrimonial do litigante para aprimorar o sistema remuneratório dos advogados. Ocorre que, apesar do acentuado caráter corporativista da reforma legislativa que viola, entre outros pontos, o acesso à justiça e a propriedade privada; a questão foi tratada pela Suprema Corte, que, em votação apertada, decidiu pela constitucionalidade da mudança<sup>309</sup>.

A alteração corporativista é um regresso para o sistema processual e não só desampara o litigante, como também empobrece a reparação judicial tornando-a insuficiente para a reparação do lesado que não deve sofrer com a deficiência do sistema processual, uma vez que possui o direito de ser integralmente reparado pelos danos sofridos. Assim, pelo princípio da *restitutio in integrum*, os honorários advocatícios contratuais devem ser incluídos na condenação do responsável, pois, somente com o ressarcimento do valor gasto a título de honorários advocatícios, a vítima será efetivamente restituída à situação que estaria caso o dano não tivesse acontecido.

A inclusão da verba honorária no montante reparatório é devida porque a contratação do advogado e a instauração do processo são, na realidade, consequências do fato lesivo praticado pelo infrator, pois, afinal, o objeto do processo é justamente coagir o

---

<sup>309</sup> Tendo em vista que a mudança de titularidade dos honorários de sucumbência não foi o cerne do debate desenvolvido no STF, principalmente, porque não o pedido de inconstitucionalidade do art. 23 da Lei 8.906/94 não foi conhecido, entendemos que o posicionamento poderia ser revisto pelo Tribunal de modo a pelo menos restaurar o sistema fixado pela lei processual.

responsável a reparar o prejuízo sofrido pelo lesado. Assim, a partir do momento em que a vítima não consegue obter do responsável a reparação pelo dano, sendo compelida a acionar o poder jurisdicional para obtê-la; a vítima é novamente lesionada, porque terá que despende do seu patrimônio para contratar o profissional da advocacia que dará início ao processo. Tal dispêndio configura dano que, somando-se ao dano anterior, deve ser integralmente reparado pelo responsável.

O Código Civil de 2002 reconhece a importância de reparar os gastos decorrentes do adimplemento judicial da reparação, pois, além de consagrar o princípio da reparação integral, expressamente listou os honorários advocatícios entre as verbas que compõe a reparação em uma série de situações referentes à responsabilidade negocial, o que não restringe a possibilidade ao campo desta responsabilidade, uma vez que a previsão da medida é um corolário do princípio que rege a reparação como um todo.

O assunto ainda é escasso na jurisprudência, mas, não obstante as objeções postas por alguns julgados, há dois importantes precedentes do STJ que reconhecem o direito do litigante ser integralmente reparado pelos valores gastos com os honorários advocatícios contratuais.

Além disso, a inclusão dos honorários advocatícios no montante reparatório obtido através do processo constitui medida que, além de garantir a reparação integral do lesado, incentiva o adimplemento natural da obrigação reparatória por parte do responsável, uma vez que o processo torna-se um meio oneroso de protelar o cumprimento da reparação. Verifica-se, então, que a condenação do responsável ao pagamento da verba honorária contratual faz com que a responsabilidade civil, no caso, além de garantir a restituição integral do dano, também desempenhe função socioeducativa.

A possibilidade de ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais nas demais espécies de ação é medida que deve ser apreciada com cautela, pois, embora seja justo responsabilizar o litigante que deu causa ao processo pelo gasto com a imperiosa verba honorária, deve-se esclarecer que a medida não é um efeito da sucumbência.

Por essa razão, para que o ressarcimento ocorra, é necessário que o autor da ação cumule pedido de condenação do réu ao pagamento dos valores despendidos com honorários advocatícios contratuais, o que entendemos ser plenamente cabível visto que a causa imediata do ressarcimento é a resistência do réu que deu origem ao processo e não propriamente um prévio evento lesivo tal como ocorre nas ações reparatórias.

Nesse sentido, observamos que o reconhecimento do mesmo direito para o demandado exige que este ajuíze ação autônoma pleiteando a reparação, a menos que se trate de uma ação dúplice, ou em que ele possa reconvir ou apresentar pedido contraposto, o que coloca em evidência a possibilidade de o pleito dar origem à eternização da lide. Tais problemas não existiriam, caso o ressarcimento estivesse atrelado aos efeitos da sucumbência, medida que, a nosso ver, merece ser repensada pelo legislador, tendo em vista que, atualmente, o direito processual é incapaz de propiciar a preservação patrimonial do litigante que se consagrou vencedor do processo.

Nas ações que prescindem da assistência técnica do advogado, o gasto com os honorários advocatícios torna-se, objetivamente, discricionário. Todavia, isso não pode servir de óbice ao ressarcimento da verba honorária, porque, tal como a faculdade conferida às partes, ambas são medidas que favorecem o acesso à justiça.

Por essa razão, nessa hipótese, cabe ao órgão julgador, com a contribuição dos demais indivíduos da relação processual, verificar se, no caso concreto, a contratação do advogado, até então objetivamente desnecessária em virtude da omissão legal, mostrou-se uma despesa adequada à concretização do direito pleiteado. Pois, diante dos princípios e objetivos que regem a responsabilidade civil, é inadmissível que o lesado, ao menos patrimonialmente, deixe de ser restituído ao *status quo ante* por não ter sido ressarcido dos gastos que possibilitaram a sua reparação.

Nota-se, assim, que o objetivo do presente estudo consistiu em explorar a possibilidade de o responsável pela reparação judicial ser condenado a pagar ao lesado o valor despendido com a contratação do advogado. O tema abordado, não obstante a sua grande importância prática e rica interdisciplinaridade, ainda é pouco discutido pela doutrina e pela jurisprudência, motivo pelo qual, dentro dos limites deste trabalho, esperamos que o presente estudo contribua com o seu desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **O advogado perfeito**: Atualização profissional e aperfeiçoamento moral do advogado. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2002

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4a Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000

AZEREDO, Amanda Helena Guedes. **A inconstitucionalidade do *ius postilandi* na justiça do trabalho em face do princípio constitucional do contraditório**. *In* Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária. Ano VI nº 28. Fevereiro de 2010. Pp. 21-50

AZEVEDO, Flávio Olímpio. **Comentários ao estatuto da advocacia**. São Paulo: IOB Thomson, 2006

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Ed. Abril, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. vol. 4 – tomo IV: arts. 127 a 135. Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins – 2 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **ACJ 102699**. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Julgamento em 15 de ago. de 2000. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62697,46646,15743&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=131065>. Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **APC 20010110373347**. Relator: Des. ROBERVAL CASEMIRO BELINATI. Julgamento em 17 de mai. de 2006. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62697,47260,17621&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=253378>. Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **ACJ 20070110261283**. Relator: Juiz DONIZETI APARECIDO. Julgamento em 27 de mai. de 2007. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62697,47885,21922&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=318410>. Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0145.11.061636-7/001**. Relatora: Des.(a) Cláudia Maia. Julgamento em 10 de mai. de 2012. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.11.061636-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0024.04.390549-6/001**. Relator: Des. Fabio Maia Viani. Julgamento em 23 de mar. de 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.390549-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0115369-35.2003.8.19.0001**. Relator: Des. José Carlos Paes. Julgamento em 7 de out. de 2003. Disponível em: <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00030049CD2BE46B4BEAD6A8F57BB229A1D99A8BC325072A>. Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1027897/MG**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento em 16 de out. de 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=828949&sReg=200800233620&sData=20081110&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=828949&sReg=200800233620&sData=20081110&formato=HTML). Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1027797/MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 17 de fev. de 2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800250781&dt\\_publicacao=23/02/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800250781&dt_publicacao=23/02/2011). Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1134725/MG**. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Julgamento em 14 de jun. de 2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1069449&sReg=200900671480&sData=20110624&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1069449&sReg=200900671480&sData=20110624&formato=HTML). Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 143568/SP**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 10 de nov. de 1997. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199700561593&dt\\_publicacao=19-12-1997&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700561593&dt_publicacao=19-12-1997&cod_tipo_documento=). Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1087153/MG**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 9 de mai. de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1145634&sReg=200801972240&sData=20120622&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1145634&sReg=200801972240&sData=20120622&formato=HTML). Acesso em: 28 de ago. 2012.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **HC 67.390/PR**. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em 13 de dez. 1989 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70272> Acesso em: 10 de jul. 2012.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.127 MC/DF**. Relator(a): Min. Paulo Brossard. Julgamento em 06 de out. de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346838> Acesso em 10 de jul. 2012.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1539/UF**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 24 de abr. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385535> Acesso em: 10 de jul. 2012.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADI 3168/DF**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 8 de jun. de 2006 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474620> Acesso em: 10 de jul. 2012.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **RE 459.131/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 12 de ago. de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547295> Acesso em: 10 de jul. 2012

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **AO 1.531/RS**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 03 de jun. de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598704> Acesso em: 10 de jul. 2012

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **HC 99.330/ES**. Relatora do AI nº 1.071.225 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento em 16 de mar. de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610190> Acesso em 10 de jul. de 2012

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **HC 102.019/PB**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 17 de ago. de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615684> Acesso em 10 de jul. de 2012.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **RHC 104.723/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 23 de nov. de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619397> Acesso em 10 de jul. 2012

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **RHC 104270 QO/DF**. Relator: Min. Celso De Mello. Julgamento em 06 de set. de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1610333> Acesso em: 10 de jul. 2012

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **RE 603.583/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 26 de out. de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975> Acesso em 10 de jul. de 2012.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos de personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. 4 ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil** – estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANELA, Diones Figueiredo Franklin, FURRER e Mozanei Garcia. **Ressarcimento dos honorários contratuais assumidos pelo credor nos casos de adimplemento de obrigação trabalhista em juízo: *restitutio in integrum*** também no direito do trabalho. Disponível em: [www.anma.com.br/ArtigoHonorario.DOC](http://www.anma.com.br/ArtigoHonorario.DOC). Acesso em: 27 de ago. de 2012

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9a Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHADI, Ricardo. **Honorários de advogado e o reembolso dos gastos com a sua contratação**. In Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, nº 46 – Jan-Fev, 2012, Pp. 66-74

CHEDID, Antonio Carlos Facioli. **O contraditório e a indispensabilidade do advogado no processo judicial**. In Revista LTr. Vol. 53, nº 3, Março de 1989 pp. 300-303

\_\_\_\_\_, Antonio Carlos Facioli. **A indispensabilidade do advogado e o exercício do “jus postulandi” em qualquer processo judicial**. In Revista LTr. Vol. 58, nº 08, Agosto, 1994 pp. 967-969

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009

CONSULTOR JURÍDICO. **INSS quer de volta o que gastou com acidente de trânsito**. In Revista Consultor Jurídico, 3 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-03/inss-entra-acao-regressiva-motorista-causa-acidente> Acesso em: 12 de ago. de 2012

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12ª Edição rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por DIAS, Rui Berford. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: 7o volume, responsabilidade civil**. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégio creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios de valoração da indenização, obrigação indeterminada e substituição do valor da indenização. *In Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011 Pp. 601-609.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13a Ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Novos rumos da satisfação reparatória**. *In Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 28, abr./jul. 2000. Pp. 107-118.

KONDER, Carlos Nelson. **A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa**: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, *In Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 29, jan./mar. 2007.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Erick Cavalcanti Linhares. **O ressarcimento de honorários advocatícios no novo Código Civil e seus reflexos nos Juizados Especiais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 752, 26 jul. 2005 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7068>. Acesso em: 16 ago. 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

LOURENÇO, Paulo Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra, 2006.

LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade jurídica – horizontes, teoria e linguagem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Revista CEJ nº 28, ano IX, março de 2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art. 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, Pp. 757-796.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Responsabilidade civil: aspectos processuais**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In Direito, Estado e Sociedade. v. 9, n. 29. jul/dez 2006. Pp. 233-258

MORSELLO, Marco Fábio. **A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava**. In Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 7, nº 2, julho/dezembro, 2006. Pp. 13-22.

NOGUEIRA, Antônio Pádua Soubhie. **Honorários Advocatícios Extrajudiciais: breve análise (e harmonização) dos arts. 389, 395 e 404 do CC/2002 e art. 20 do CPC**. In Revista forense, v.105, n.402, p.597-607, mar./abr., 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **A supremacia do advogado em face do *jus postulandi***. In Revista de informação legislativa. Brasília: Senado, n. 141, jan./mar. 1999 pp. 201-216

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. **O direito de acesso à justiça: os rumos da efetividade**. In: Revista de direito constitucional e internacional, v. 12, n. 49, out./dez. 2004. pp. 154-190

PINTO, Raul Moreira. **Ainda sobre a indenização dos honorários contratuais**. Disponível em: [http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/10\\_ainda\\_indenizacao\\_honorarios.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/10_ainda_indenizacao_honorarios.pdf). Acesso em: 18 de ago. 2012

PRISCO, Alex Vasconcelos. **Honorários advocatícios contratuais como parcela integrante das perdas e danos: a reparação civil da parte lesada pelos gastos incorridos com a contratação de advogado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010

PÜSCHEL, Flávia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil**. In Revista Direito GV, vol. 1 n. 1, mai.. 2005 pp. 91-107

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

RANGEL, Mauricio Camatta. **A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade.** In *A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade.* PAIVA, Mário Antônio Lobato de (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2000 pp. 441-453

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral** – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Do descumprimento das obrigações:** conseqüências à luz do princípio da restituição integral, interpretação sistemática e teleológica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea In **Responsabilidade civil contemporânea:** em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011 Pp. 717-730.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SEGUNDO, Luiz Carlos Fusquim Vieira. **Responsabilidade civil:** compensar, punir e educar. São Paulo: Memória Jurídica, 2010

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional.** Belo Horizonte: Decálogo, 2004

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado.** 4. ed. São Paulo: LTr, 1991

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. 7a Ed. São Paulo: RT, 2007.

TARTUCE, Flávio. Indenização e extensão do dano. Redução equitativa da indenização. In **Responsabilidade civil contemporânea:** em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011 Pp. 573-599.

TOLENTINO, Fernando Lage. **Ampla defesa e o direito ao advogado – da necessidade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa.** In *Constituição direito e processo.* Fernando Horta Tavares (coord.). Curitiba: Juruá, 2007 pp. 177-190

TUNC, André. **La responsabilité civile.** 2ª ed. Paris: Economica, 1989.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil:** da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VILLELA, João Baptista. **Novo regime dos honorários de sucumbência: juízo crítico e intertemporalidade.** In *Repertório IOB de jurisprudência: civil e processual penal e comercial,* nº 20, 2. quinz. out. 1994, pp. 403-398

VINEY, Geneviève. **Traité de Droit Civil**. Les obligations la responsabilité: effets. Paris: LGDJ, 1988

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: Responsabilidade civil, vol 7. São Paulo: Saraiva, 2011.