

DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DECLARATÓRIA

CELSO AGRÍCOLA BARBI

1 — A AÇÃO DECLARATÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO —

A ação declaratória, se bem que desde há muito consagrada por lei expressa na Alemanha — Z.P.O. § 256 — e reconhecida pela jurisprudência italiana anterior ao seu novo Código, com base na elaboração dos juriconsultos (1), não conseguiu admissão nos Tribunais brasileiros antes de expressamente regulada em lei.

O Código do Processo Civil e Comercial do Distrito Federal, em 1924, regulou-a em seus artigos 576 a 580; o Código de Processo Civil do Estado de Mato Grosso, em 1928, nos artigos 583 a 587, adotou as normas daquele. Também a Lei mineira de n.º 1.111, de 19-11-1929, fixou normas para êsse instituto processual.

Sòmente com a advento do Código unitário de 1939 foi definitivamente consagrada a admissão da ação declaratória em todos os Tribunais do país (art. 2.º, § único, e art. 290 e seu § único).

Tem a ação declaratória um campo especial e próprio, naqueles casos em que a única medida jurisdicional capaz de assegurar um direito seja a sentença declaratória. GUILHERME ESTELITA e MACHADO GUIMARÃES (2), seguindo a doutrina predominante da Alemanha (3), restringem a admissibilidade da ação declaratória a êsse campo específico. LIEBMANN (4) e TORQUATO DE CASTRO (5), com apoio em CHIOVENDA, sustentam o contrário,

(1) CHIOVENDA, in "Acciones e sentencias de declaracion de mera certeza", em Ensayos — Trad. Esp. — 1949 — vol. I, pág. 166.

(2) GUILHERME ESTELITA — "Ação Declaratória no Primeiro Congresso Nacional de Direito Judiciário" — Arq. Judiciário, vol. XL — 1936 — Supl. pág. 36 e seg. MACHADO GUIMARÃES — "A Ação Declaratória na Jurisprudência dos Tribunais" — In Rev. For. — vol. CI — pág. 5 e seg. — "A Ação Declaratória" — In "O Direito" — vol. XXV — pág. 5 e seg. — "Do interesse a simples declaração" — In Rev. Forense — vol. LXXXI — pág. 41.

(3) J. GOLDSCHMIDT — "Derecho Procesal Civil" — Trad. Prieto Castro — Barcelona, 1936 — pág. 108. KISCH — "Elementos de Derecho Procesal Civil" — Trad. Esp. — Madrid — 2.ª Ed., pág. 179.

(4) LIEBMANN — In "Instituições de Direito Processual Civil", de Chioventa — Trad. Guimarães Menegale — vol. I — pág. 328 — Nota 8.

(5) TORQUATO DE CASTRO — "Ação Declaratória" — S. Paulo — 1942 — pág. 127. No mesmo sentido, JORGE AMERICANO — "Comentários ao Cód. Proc. Civil" — vol. I — pág. 624.

isto é, admitem a ação declaratória mesmo nos casos em que poderia ser proposta a ação condenatória. A argumentação de MACHADO GUIMARÃES (6), segundo o qual "as diversas espécies de ação não constituem remédios fungíveis oferecidos à opção do autor», mas sim «remédios específicos para a solução de cada espécie de litígio», é bem ajustada ao atual conceito publicístico do processo civil. No entanto, nossos Tribunais ainda não firmaram jurisprudência a respeito, como se verifica nos acórdãos analisados por êsse ilustre jurista (7).

2 — OS HONORÁRIOS DE ADVOGADO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO — No sistema das Ordenações, o pagamento aos advogados era somente dos emolumentos taxados em lei (Ord. Liv. I — Tit. 48 § 11, e Liv. I, Tit. 92). Êsse critério foi reiterado nos Regulamentos de 1754 e 1831, e no Dec. 1.569, de 3-3-1855. Somente com o Dec. 5.737, de 2 de setembro de 1874, foi possível a existência de contratos de honorários advocatícios (8).

O Código do Proc. Civil e Comercial de 1939, no Livro I, Tit. VII, dispõe acerca das «DESPESAS JUDICIAIS»; no Capít. I dêsse Título, sobre "CUSTAS E MULTAS"; e no Capít. II do mesmo Título, sobre «BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA». Nos artigos 53 a 67, que compõem aquêlê Capítulo I, regulou não só as custas e multas, mas também os honorários de advogado. Essa imperfeição técnica da lei não pode, porém, levar à conclusão de que os honorários advocatícios sejam custas — como no sistema das Ordenações — pois, no estado atual do nosso direito, reputam-se custas apenas as contadas nos Regimentos próprios (9). Mesmo porque, no sistema do Código vigente, as custas são sempre devidas pelo vencido na demanda, enquanto os honorários de advogado somente são pagos pelo vencido nos casos expressos em lei.

Segundo CHIOVENDA (10), no desenvolvimento do direito processual, verificaram-se três fases: na primeira, a condenação

(6) Rev. Forense — vol. CI — pág. 5 e seguintes.

(7) Rev. For. — vol. CI — pág. 5 e seg. — Veja-se também jurisprudência em Rev. For. CXXXI/438 — CIX/469 — XCIII/349 e em art. de OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO — Rev. For. vol. CI — pág. 36. A tendência jurisprudencial é no sentido da tese de ESTELITA E MACHADO GUIMARÃES, mas ainda não há uniformidade.

(8) DESEMB. SEBASTIÃO DE SOUZA — "Honorários de advogado" — 2.º Edic. pág. 75 a 81. PEREIRA E SOUZA — "Primeiras Linhas" — § LII — Nota 114.

(9) PEREIRA E SOUZA — Op. cit. — Nota 606 — HEROTIDES LIMA — "Cód. do Proc. Civil" — vol. I — pág. 109. PEDRO BAPTISTA MARTINS — "Comentários ao Cód. Proc. Civil" — Ed. Rev. For. — I — pág. 181.

(10) CHIOVENDA — "Instituições de Direito Proc. Civil" — vol. III — pág. 285 e seg.

em custas só se fazia contra o litigante de má-fé: na segunda, período intermédio, aplicavam-se à condenação em custas princípios peculiares ao direito civil (culpa); na terceira fase, a responsabilidade pelas custas é sempre do vencido. Nesta última fase está o direito italiano, e aquêlê autor lhe dá como base "o fato objetivo da derrota: e a justificação dêsse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva" (11).

Releva notar que, no direito italiano, consideram-se custas tôdas as despesas judiciais, inclusive os honorários advocatícios (12). Da mesma forma no direito alemão (Z.P.O. Tit. V) (13).

No ciclo evolutivo exposto por CHIOVENDA, nosso Código não estaria rigorosamente enquadrado em nenhuma das fases, porque, quanto às custas em sentido restrito, adota o critério do fato objetivo da derrota, enquanto para a condenação em honorários de advogado exige culpa, dolo ou conduta temerária. Disto resulta que, não havendo dolo, culpa ou conduta temerária do vencido, o vencedor não terá seu patrimônio inteiramente restaurado, porque deverá satisfazer o pagamento de seu advogado.

Exceção à regra da exigência de culpa ou dolo encontramos na hipótese do vencedor litigar sob o amparo da Assistência Judiciária, pois aí o vencido pagará os honorários do advogado do vencedor (art. 11 da lei 1.060, de 5-2-1950); e é jurisprudência pacífica essa condenação do vencido, mesmo quando não haja procedido com dolo, culpa ou temeridade. Mas, como o vencedor beneficiário da Assistência Judiciária está isento de pagar honorários de seu advogado, torna-se claro que essa exceção não visa impedir fôsse incompleta a restauração de seu patrimônio, mas sim proporcionar justa remuneração ao advogado que o defendeu. Com êsse critério, a lei deixa aquêlê que é vencido em demanda contra beneficiário da Assistência Judiciária em situação inferior ao que é vencido por adversário solvável, pois aquêlê sempre pagará os honorários do advogado da parte contrária, enquanto êste só o fará quando tenha agido com culpa, dolo ou temeridade. Procurando atenuar essa inferioridade, o § 2.º do art. 11 da Lei 1.060 possibilita ao vencido acionar o vencedor para reaver os honorários de advogado, desde que prove haver o beneficiário perdido a condição legal de necessitado. Não está na lei — mas é óbvio — que isto só se poderá dar quando o vencido não tenha agido com culpa, dolo ou temeridade, pois se o houvesse feito o pagamento de honorários

(11) CHIOVENDA — "Instituições" — pág. 285 — III volume.

(12) CHIOVENDA — "Instituições" — vol. III — pág. 289.

(13) GOLDSCHMIDT — Op. cit. — pág. 214. KISCH — Op. cit. pág. 419.

de advogado do vencedor derivaria dos artigos 63 ou 64 do Cód. Proc. Civil e não da Lei 1.060. O parágrafo 2.º citado foi porém infeliz ao admitir a mesma ação também para reaver as demais despesas do processo, porque estas, evidentemente, nunca poderão ser cobradas do vencedor: se o vencido as pagou foi pelo fato de haver perdido a demanda, e não porque o vencedor estava acobertado pelos benefícios da Assistência Judiciária.

Nos casos de desapropriação, é jurisprudência tranqüila que a indenização deve ser a mais completa, incluindo, assim, o pagamento de honorários advocatícios. Como nessas hipóteses não ocorre culpa, dolo ou procedimento temerário, de modo a poderem ser enquadradas nos artigos 63 ou 64 do Código, variados fundamentos são apresentados para justificar a condenação em honorários (13-A). Na base de todos êles, porém, podemos vislumbrar sempre a justificação que CHIOVENDA apresenta para base da responsabilidade do vencido pelas despesas judiciais em geral: "a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva".

Mas, ainda a propósito da regulamentação da responsabilidade por honorários de advogado no nosso Código, convém ressaltar a distinção entre as figuras do art. 63 e do artigo 64. Nas hipóteses do artigo 63, haverá condenação em honorários quando a parte vencida houver alterado intencionalmente a verdade, ou agido temerariamente, ou ainda provocado incidentes infundados, mas tudo isto no decorrer do processo: é o caso do dolo processual. Já nas hipóteses do artigo 64, a condenação em honorários só será possível se tiver havido dolo ou culpa do réu vencido e em atos referentes à relação de direito material deduzida em juízo: portanto, dolo ou culpa anteriores ao início da demanda. Nos casos do artigo 63, tanto autor como réu estão sujeitos àquele ônus; nos casos do art. 64, somente o réu poderá ser condenado.

3 — DIREITO ALEMÃO E ITALIANO — No direito alemão, bem como no italiano, a condenação em honorários advocatícios na ação declaratória não é objeto de controvérsia, pois normalmente o vencido é condenado nas despesas judiciais, e nestas estão incluídos os honorários de advogado.

4 — O PROBLEMA NO DIREITO BRASILEIRO — Quando se tratar de casos em que tenha havido dolo processual, a condenação da parte vencida — autor ou réu — a pagar honorários do advogado da parte contrária decorre naturalmente do artigo 64 do Cód. Proc. Civil, mesmo quando a ação fôr declaratória. Pretender o contrário seria admitir a livre atuação da fraude e da chicana nos

casos de ação declaratória, quando êstes atos são reprimidos nas demais ações: a consequência seria a morte daquele tipo de ação e, ao mesmo tempo, a desmoralização da justiça, de mãos atadas em face do procedimento doloso no momento exato em que Estado é chamado a proteger um interesse ameaçado.

Susceptível de discussão, porém, é a possibilidade da condenação em honorários na ação declaratória, nos casos de dolo ou culpa em atos relativos à relação de direito material ajuizada.

A sentença que decide sobre as despesas do processo é de conteúdo e natureza diferentes daquela que julga a questão de mérito e também daquela que resolve sobre questões de formas do processo. É de natureza constitutiva — no sentido de que cria direito novo, inexistente antes da demanda (14). Mesmo quando proferida conjuntamente com a sentença de mérito — que é o caso mais freqüente — seu objeto é diverso do desta. Enquanto a primeira resolve a questão do Direito material, a última aplica normas de direito processual referentes à atribuição de ônus das despesas judiciais. Mesmo quando o juiz não julga o mérito, e anula o processo por defeito de forma, a decisão sobre a responsabilidade pelas despesas judiciais não se confunde com a sentença sobre formas do processo, pois o conteúdo de ambas é diverso: uma tem por objeto as formalidades; a outra, a atribuição do ônus das despesas. Outras vezes, desaparecido o objeto da demanda, prossegue o feito exclusivamente para resolver sobre a responsabilidade pelas custas.

A circunstância da decisão sobre as despesas do processo vir quase sempre cumulada com a sentença final não altera sua natureza nem seu conteúdo. Em relação àquela sentença, a decisão sobre custas tem a posição de um acessório (15), de um efeito do processo anexo a êle (16).

Tudo quanto dissemos sobre a sentença que decide quanto às despesas judiciais se aplica não só à que julga sobre custas como à que resolve sobre honorários de advogado: são espécies daquele gênero. Custas e honorários advocatícios só aparecem com a propositura da demanda; antes de iniciada esta, não há falar sobre atribuição daquelas a uma ou outra pessoa. Essas duas figuras são de natureza estritamente processual, só existindo no processo e como consequência dêle.

(14) CARNELUTTI — "SISTEMA DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE" — vol. I — pág. 446 — vol. III — pág. 314 e seguintes.

(15) REDENTI — "Profili Pratici del Diritto Processuale Civile" — Milão — 1939 — pág. 442.

(16) PONTES DE MIRANDA — "Comentários ao Cód. de Processo Civil" — vol. II — pág. 383.

O § único do art. 290 do Cód. do Proc. Civil, admitindo a execução pelas custas na ação declaratória, nada mais fez que reconhecer a coexistência de dois pronunciamentos distintos na decisão final: um pronunciamento de caráter declaratório sobre o mérito — e portanto não exequível — e um pronunciamento condenatório sobre as custas, exequível como toda sentença condenatória.

E um pronunciamento condenando o vencido a honorários de advogado, proferido juntamente com a sentença declaratória não contraria a sistemática do nosso Código; a exequibilidade daquele pronunciamento será tão possível como a da condenação em custas. Somente a parte declaratória — da sentença de mérito — não será passível de execução, pela sua própria natureza.

Argumento que se poderia opor a essas conclusões é o de que — nas hipóteses do art. 64 do Cód. Proc. Civil — deveria o Autor intentar a ação condenatória se quisesse mais ampla reparação. Esse raciocínio terá valor nos casos em que seja dado ao Autor escolher o tipo de ação, opção esta que lhe é negada por alguns juristas de valor, como vimos no início. Nos demais casos, isto é, naqueles em que a ação declaratória seja a única utilizável — e esse é o campo próprio dessa ação — o argumento não mais seria aceitável.

Em Acórdão de 23-11-944, a 4.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, contra o voto do Desemb. PINTO AMARAL, decidiu que:

“Tratando-se de ação declaratória, não cabe qualquer condenação a não ser em custas. O pedido de honorários de advogado no caso seria até contraditório com a natureza da ação, porque aquêle deve pressupor existência de culpa e a ação declaratória objetiva esclarecimento, por parte do juiz, sobre a matéria que a parte postulante pede interpretação” (17).

Este acórdão, que foi confirmado em Embargos, com o mesmo voto vencido, não discutiu mais longamente o assunto, mas depreen-
de-se do voto vencido ter havido culpa ou dolo. O fundamento adotado — de ser o pedido de honorários contraditório com a natureza da ação declaratória — não pode ser aceito para todos os casos. Nos casos em que a ação é admitida — existência ou inexistência de relação jurídica, autenticidade ou falsidade de documento — pode acontecer a ocorrência de culpa e mesmo de dolo, o que já vimos várias vezes na vida prática, principalmente em matéria de falsidade ou autenticidade de documentos.

A 6.^a Câmara Civil do mesmo Tribunal (18), negando honorários em outro julgado, concluiu que “não há culpa contratual ou extra-contratual a punir, mas incerteza”. Isto induz a concluir que a Câmara, “a contrario sensu”, não julgou haver incompatibilidade entre a ação declaratória e a condenação em honorários.

A conclusão a que se chega, pois, no estado atual do nosso direito, é de que, nas ações declaratórias é possível a condenação em honorários de advogado nas hipóteses dos artigos 63 e 64, do Cód. Proc. Civil, e quando o vencedor litigue com os benefícios da Assistência Judiciária (Lei 1.060, de 5-2-950), condenação essa exequível desde logo, na mesma forma que a condenação em custas nessas ações.