

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS MEDIDAS CAUTELARES

BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES

1. Questões suscitadas na jurisprudência

A provisoriedade inerente à tutela cautelar e o seu nexo de instrumentalidade com a tutela principal (CPC, art. 796) dão margem a questões intrincadas na definição do responsável pelo custo do processo nas medidas cautelares.

GALENO LACERDA afirma caber ao réu a responsabilidade pelos honorários do processo cautelar caso a demanda principal seja julgada procedente, mesmo que a cautelar seja julgada improcedente, em homenagem à “transitoriedade peculiar às medidas cautelares”. No caso de a demanda cautelar ser julgada procedente, mas a principal ser rejeitada, pondera que a condenação em honorários na cautelar é condicionada à procedência da demanda principal e, dado o liame de instrumentalidade existente, a condenação em honorários na cautelar fica superada com o ulterior julgamento de improcedência da demanda principal.¹

Ambas as soluções são objeto de críticas da doutrina, por desprezarem a autonomia do direito à cautela, afrontarem os princípios que regem a distribuição do custo do processo e atribuírem uma inconveniente natureza condicional ao capítulo da sentença cautelar que

¹. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, n. 56, p. 239.

define a responsabilidade pelo custo do processo, com a subordinação do conteúdo da decisão ao resultado do processo principal.²

A elegante discussão não teve eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que sem maiores questionamentos não condiciona a condenação em honorários imposta no processo cautelar ao resultado do principal. O debate que vem sendo travado refere-se às situações em que é cabível uma autônoma condenação em honorários nas medidas cautelares.

É pacífica a premissa de que não deve ser imposta condenação para toda e qualquer medida cautelar. No entanto, para identificar as situações em que é admissível a condenação em honorários, (a) alguns julgados afirmam a necessidade de haver resistência do demandando, independentemente de qual seja a natureza da medida,³ (b) outros apontam como critério a “natureza contenciosa” da cautelar requerida, sem eleger o comportamento do demandado como critério relevante,⁴ (c) e um terceiro posicionamento considera o comportamento do demandado relevante somente para as cautelares de natureza “não contenciosa”, pois a resistência conferiria litigiosidade ao processo e autorizaria a condenação em honorários.⁵

Sob outra perspectiva, afirma-se que a imposição de uma autônoma condenação em honorários é viável exclusivamente nas

². Cf. BRUNO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2008, n. 53, p. 222; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, vol. III, 3ª ed., São Paulo, RT, 2000, n. 1.15, p. 182.

³. Cf. STJ, 2ª T., REsp. n. 953.938/RN, rel. Min. ELIANA CALMON, v.u., j. 18.11.08, DJe 15.12.08; STJ, 1ª T., REsp. n. 869.857/SP, rel. Min. LUIZ FUX, v.u., j. 11.3.08, DJe 10.4.08.

⁴. Cf. STJ, Corte Especial, AgReg. nos EREsp. n. 728.883/SP, rel. Min. GILSON DIPP, v.u., j. 16.5.07, DJ 29.6.07, p. 469; STJ, 1ª T., REsp. n. 823.153/PR, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, v.u., j. 9.5.06, DJ 25.5.06, p. 195.

⁵. Cf. STJ, 1ª T., REsp. n. 928.676/SP, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, v.u., j. 5.8.08, DJe 20.8.08.

medidas cautelares que dêem ensejo à formação de um processo autônomo e não naquelas que tenham a natureza de mero incidente.⁶ Quanto à cautelar que tenha por objetivo conferir efeito suspensivo a recurso especial, a jurisprudência majoritária confere-lhe natureza de mero incidente e, em conseqüência, aponta para o não cabimento de condenação em honorários.⁷ Mas há precedente divergente, que ao negar a natureza de mero incidente, julgou cabível a condenação em honorários quando a pretensão à concessão de efeito suspensivo é resistida.⁸ Ainda no que se refere à caracterização da medida cautelar como um mero incidente, recente julgado decidiu não ser cabível condenação em honorários no processo cautelar na hipótese em que a medida pleiteada em autônomo processo possa ser requerida diretamente nos autos do processo principal.⁹

Postas as questões que vêm sendo objeto de atual discussão na jurisprudência quanto ao cabimento de condenação em honorários nas medidas cautelares, as considerações que seguem terão por escopo analisar a relevância (a) do fato de a medida não dar ensejo à formação de um autônomo processo, (b) da natureza “não contenciosa” da cautelar ou (c) da inexistência de oposição do demandado.

⁶. Cf. STJ, 1ª T., REsp. n. 889.422/RS, rel. Min. DENISE ARRUDA, v.u., j. 16.10.08, DJe 06.11.08.

⁷. Cf. STJ, 3ª T., AgReg. nos Edcl. na MC. n. 9.192/SP, rel. Min. CASTRO FILHO, v.u., j. 14.6.07, DJ 29.6.07, p. 576; STJ, 3ª T., AgReg. na MC. n. 11.282/SP, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, v.u., j. 16.5.06, DJ 5.6.06, p. 254; STJ, 1ª T., AgReg. na MC. n. 7.292/RJ, rel. Min. DENISE ARRUDA, v.u., j. 6.9.05, DJ 3.10.05, p. 117; STJ, 3ª T., Edcl. no AgReg. na MC. n. 3.521/RJ, rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, v.u., j. 2.10.01, DJ 12.11.01, p. 150; STJ, 4ª T., MC. n. 1.661/SP, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, v.u., j. 29.8.00, DJ 2.10.00, p. 169.

⁸. Cf. STJ, 5ª T., REsp. n. 675.395/RS, rel. Min. LAURITA VAZ, v.u., j. 4.8.05, DJ 29.8.05, p. 418.

⁹. Cf. STJ, 2ª T., REsp. n. 902.264/RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, v.u., j. 8.5.07, DJ 29.5.07, p. 278.

2. Deve ser imposta condenação em honorários nas medidas cautelares somente quando houver a formação de um processo autônomo

As recentes reformas do Código de Processo Civil revelam a tendência de fusão, em um único processo, de todas as atividades voltadas à satisfação de um direito. A distinção *processo de conhecimento*, *processo de execução* e *processo cautelar* tem por critério a natureza do provimento jurisdicional a que tende cada um desses processos e a diversa natureza da tutela prestada motivava a constituição para cada tutela de uma nova relação jurídica processual.¹⁰ Por considerar que tal modelo não proporciona um processo efetivo, o legislador brasileiro passou a desconstruí-lo, viabilizando que em um só processo seja feito todo o necessário ao reconhecimento, resguardo e satisfação do direito, não importando a natureza da tutela jurisdicional postulada.¹¹ No que interessa para as considerações que seguem, a lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002 introduziu um § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil, que autoriza a inserção da tutela cautelar incidental no bojo do processo de conhecimento.

Da interpretação conjunta do art. 273, § 7º com as normas do Livro III do Código de Processo Civil decorre que o sistema franqueia aos jurisdicionados dois métodos distintos para a obtenção de medida cautelar incidental. O tradicional, com a propositura de demanda que dará ensejo à formação de um autônomo processo cautelar, e o método instituído pelo art. 273, § 7º, ao autorizar que a medida cautelar seja requerida no bojo de um processo pendente, sem haver a formação de um processo

¹⁰. Cf. CINTRA–GRINOVER–DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, n. 192, pp. 309-310.

¹¹. Cf. BRUNO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, cit., n. 49, pp. 206-208.

autônomo.¹² Para postular medida cautelar em caráter preparatório, permanece a necessidade de ser proposta uma autônoma demanda cautelar, que inequivocamente dará ensejo à instauração de um processo distinto daquele que será formado com a propositura da demanda principal.

A opção por um ou outro método de requerer a cautelar incidental é deixada ao arbítrio do requerente e independe de qualquer consideração acerca da natureza da cautela requerida. Ambos os métodos são idôneos a resguardar o *due process of law* e o sistema processual não fornece critério algum para distinguir dentre as medidas cautelares aquelas que, por alguma característica peculiar, dêem ou não ensejo à formação de um processo autônomo, independentemente do método que tenha sido escolhido pelo demandante.

Vale a mesma lógica aplicável ao instituto da reconvenção. O sistema processual franqueia ao réu dois métodos distintos para a propositura de demandas conexas àquela proposta pelo autor: propor a demanda mediante a utilização da reconvenção e, portanto, integrando-a ao mesmo processo instaurado pela demanda do autor, ou propor a demanda separadamente, com a formação de um autônomo processo. É o juízo de conveniência do réu que determinará a instauração ou não de um novo processo.

A definição de que toda e qualquer medida cautelar incidental, independentemente de sua natureza, pode dar ensejo à instauração de um novo processo ou integrar-se a um processo já existente, permite desde logo identificar o equívoco da jurisprudência dominante acerca do não

¹². Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, cap. VI, n. 33, p. 382.

cabimento de condenação em honorários nas cautelares que visem a conferir efeito suspensivo a recurso especial.

O ordenamento jurídico não fornece critério que permita identificar nessas medidas a essência de mero incidente. Cabe ao demandante da medida optar por pleiteá-la no seio do processo principal, com fundamento no art. 273, § 7º, ou propor demanda cautelar autônoma. Neste último caso, a medida cautelar dará ensejo a formação de um autônomo processo, com todas as conseqüências previstas no sistema processual.

É igualmente equivocado o julgado que afirma não caber condenação em honorários quando, apesar de proposta demanda cautelar autônoma, era possível pleitear a medida no seio do processo pendente com fundamento no art. 273, § 7º. Como não há restrições quanto à natureza da medida para a propositura de cautelares incidentais no bojo do processo principal, o raciocínio teria por conseqüência a afirmação da regra de que não cabe, em hipótese alguma, condenação em honorários nas medidas cautelares incidentais.

Em realidade, a afirmação do equívoco dessa conseqüência depende de uma tomada de posição a respeito do cabimento de uma autônoma condenação em honorários nas cautelares incidentais, assim como da relevância para essa finalidade de haver a instauração de um processo autônomo.

No atual sistema de prestação da tutela jurisdicional a reunião das atividades cognitiva, executória e cautelar em um mesmo processo torna sem sentido a imposição de três autônomas condenações em honorários. Deve haver uma condenação por processo, independentemente da natureza das atividades que forem desenvolvidas, cabendo ao julgador considerar no arbitramento dos honorários o trabalho globalmente realizado

pelo advogado. O sincretismo do sistema vigente não permite afirmar que certa atividade processual, por sua essência, dê ensejo a uma autônoma condenação em honorários.¹³

É portanto indevida a imposição de condenação em honorários caso a medida cautelar seja pleiteada com fundamento no art. 273, § 7º, sem dar ensejo à instauração de um autônomo processo cautelar. O trabalho do advogado deverá ser considerado nos honorários fixados no processo onde a cautelar for requerida.

Se o demandante não escolher o método do art. 273, § 7º e houver a instauração de um processo cautelar independente, deverá ser imposta em consequência uma autônoma condenação em honorários. Definida a demanda cautelar por uma sentença própria que aprecia o seu mérito,¹⁴ não há sentido em relegar o arbitramento dos honorários para o momento em que for julgada a demanda principal. O art. 20 do Código de Processo Civil aponta a sentença como sede adequada para a imposição da condenação em honorários, sem estabelecer distinção entre as sentenças proferidas no processo cautelar e no processo principal. Como referido anteriormente, para cada processo, sem importar a natureza das atividades desenvolvidas, deve haver um autônomo juízo sobre os honorários advocatícios.

Em conclusão ao tópico, sempre que se estiver diante de um autônomo processo cautelar faz-se necessária uma condenação em honorários independente daquela que foi ou será imposta no processo principal. Em se tratando de cautelares preparatórias, sempre haverá a

¹³. Cf. BRUNO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, cit., n. 49, pp. 206-210.

¹⁴. “A sentença com que se encerra o processo cautelar é sentença de mérito, como qualquer outra. O que a distingue das demais é apenas assegurar sem satisfazer o

formação de um processo autônomo. Nas cautelares incidentais, a formação de um processo autônomo dependerá exclusivamente da opção do requerente, sem que a natureza da medida pleiteada exerça qualquer influência.

3. A natureza contenciosa da medida cautelar e a relevância da resistência do demandado

A questão a ser enfrentada neste tópico foi apresentada com precisão em voto do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Em suas palavras, “tem natureza contenciosa a medida cautelar que importa, de alguma forma, restrição ou limitação do patrimônio jurídico do requerido. É o caso do arresto, do seqüestro, da busca e apreensão, e assim por diante. Não têm natureza contenciosa aquelas que não interferem desde logo em interesses do requerido. É o caso da produção antecipada de provas, da justificação, da interpelação, etc.”. Traçada a diferenciação, conclui que “naquelas, é inquestionável a aplicação do princípio da sucumbência: nem a lei e nem o sistema a excepcionam. Nessas, a sucumbência pode, em certos casos, não ser cabível, ante a ausência de lide”.¹⁵

O argumento permite concluir que nas medidas cautelares “contenciosas” sempre haverá condenação em honorários. Nas “não contenciosas”, deverá ser imposta condenação se houver resistência do demandado e, em conseqüência, a medida convolar-se em “contenciosa”.

direito que se assegura” (OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Do processo cautelar*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 182).

¹⁵. STJ, 1ª T., REsp. n. 928.676/SP, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, v.u., j. 5.8.08, DJe 20.8.08.

Como referido ao início, outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça contestam esta última conclusão. Em julgado igualmente claro sobre o posicionamento adotado, o Ministro FRANCISCO FALCÃO afirma ser “incabível a condenação em honorários advocatícios quando se trata de medida cautelar meramente conservativa de direito, sem natureza contenciosa” e ressalta que em medida dessa natureza “não há que se falar em vencido ou vencedor, uma vez que o desiderato da medida é a salvaguarda do feito principal, não sendo própria à consecução do bem da vida perseguido. Em se fazendo incidir sobre o processo cautelar a sentença prolatada nos autos da ação principal, qualquer que seja a decisão da cautelar, de procedência ou não, logicamente ela está afeta ao julgamento do processo principal”.¹⁶

Convém adiantar algumas considerações sobre a argumentação desenvolvida neste julgado. O objetivo de “salvaguarda do feito principal” e as conseqüências que dele se extrai são comuns às cautelares contenciosas e não contenciosas e, portanto, o raciocínio não é apto a estabelecer uma distinção. Adotada a premissa, não deveria haver condenação em honorários em nenhum processo cautelar, conclusão que, como visto no item precedente, é incompatível com o sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, outra linha jurisprudencial foca a questão do cabimento dos honorários na resistência do demandado, sem conferir maior relevância para a natureza da medida.

Quanto a este último posicionamento, parece evidente que o fato puro e simples de o réu ter apresentado resistência

¹⁶. STJ, 1ª T., REsp. n. 823.153/PR, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, v.u., j. 9.5.06, DJ 25.5.06, p. 195.

à pretensão cautelar é irrelevante para definir o cabimento de condenação em honorários.

Adotado o critério sem considerá-lo conjuntamente à natureza da medida postulada, por dever de coerência seria necessário concluir que no processo de conhecimento, quando houver revelia, o advogado do autor vencedor não terá direito a honorários. No entanto, a revelia não tem qualquer relevância nessa atribuição de responsabilidade. Se a conduta extraprocessual do réu tornou o processo necessário, aplica-se em sua inteireza o princípio da causalidade e não há motivo para a responsabilidade ser elidida.¹⁷

É portanto possível concluir desde logo que nas cautelares de natureza contenciosa sempre devem ser arbitrados honorários, independentemente de o réu apresentar resistência.

No caso das cautelares não contenciosas, a situação é mais delicada e faz-se necessário um aprofundamento no estudo dos princípios que regem a distribuição do custo do processo entre as partes.

Não se questiona na doutrina e na jurisprudência brasileira a premissa que de o verdadeiro critério geral à identificação do responsável pelo custo do processo é o princípio da causalidade. A sucumbência nada mais é do que um indício, correto e suficiente na grande maioria dos casos, para a identificação da parte que deu causa ao processo.¹⁸ É no entanto controvertida a aplicabilidade do princípio da causalidade aos processos de jurisdição voluntária, aqui referidos como “não contenciosos”.

¹⁷. Cf. BRUNO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, cit., n. 22, pp. 98-99. Em idêntido sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 5ª T., REsp. n. 258.786/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, v.u., j. 8.8.00, DJ 4.9.00, p. 188.

¹⁸. Cf. BRUNO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, cit., nn. 13-14, pp. 39-49.

Na opinião de PAJARDI, como tais processos não são instaurados em decorrência do desrespeito a um direito, não é possível afirmar que alguém tenha dado causa ao processo, sendo necessário recorrer à aplicação subsidiária do *princípio do interesse*. Razões de ordem pública impõem que alguns efeitos jurídicos somente possam ser obtidos por decisão judicial, cabendo ao interessado nesses efeitos a iniciativa de provocar a decisão. Aplicado o critério do *interesse*, caberá ao demandante arcar com o custo do processo, com a ressalva dos casos em que o demandado ofereça resistência à pretensão.¹⁹

Parece mais adequada a proposta de GUALANDI, que integra o princípio do interesse ao da causalidade. Em um típico processo não contencioso no qual não haja resistência, o custo do processo tem causa na satisfação do interesse do autor e é essa a razão para ele ser responsabilizado.²⁰

A atribuição da causa dos processos não contenciosos ao interessado na tutela postulada é consagrada no art. 24 do Código de Processo Civil, ao dispor que “nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente, mas rateadas entre os interessados”.²¹ Apesar de a norma não mencionar os honorários advocatícios, é da essência dos processos não contenciosos que a parte arque com os honorários de seu patrono, pois a atuação por intermédio de advogado

¹⁹. Cf. *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959, 1ª parte, cap. IV, n. 3, pp. 243-250.

²⁰. Cf. *Spese e danni nel processo civile*, Milão, Giuffrè, 1962, n. 95, pp. 280-281.

²¹. Em sentido semelhante, dispõe o art. 25 do Código de Processo Civil que “nos juízos divisórios, não havendo litígio, os interessados pagarão as despesas proporcionalmente aos seus quinhões”. Sobre o tema do juízo divisório, BEDAQUE observa que sempre haverá natureza contenciosa, pois é plenamente possível realizar a divisão da coisa extrajudicialmente se houver concordância dos proprietários. Por tal motivo, o art. 25 aplicar-se-ia exclusivamente à segunda fase do juízo divisório, na qual, após decididas as

se dará na medida de seu interesse. No entanto, caso haja resistência e o processo convole-se em contencioso, incide a regra geral e deve haver condenação em honorários.²²

Há na hipótese um típico exemplo de *causas sucessivas*, virtualmente aptas a explicar a responsabilidade pelo custo do processo. Dentre as diversas teorias já formuladas para solucionar o problema na doutrina da responsabilidade civil, o art. 403 do Código Civil optou pela *teoria do dano direto e imediato*. É responsável quem provoque um dano por *ação direta, imediata*, e que se apresente como *causa necessária*. Se houver a interferência de causa sucessiva que explique autonomamente a ocorrência do dano, rompe-se o nexo de causalidade e, conseqüentemente, a responsabilidade não pode ser definida pela causa anterior.²³

Ao ser proposta, a cautelar não contenciosa teve causa na satisfação de um interesse do autor. Se houver resistência do demandado, o autor vencer e o indício da sucumbência revelar-se correto para a identificação no nexo de causalidade, a resistência introduzirá uma nova causa que explica autonomamente a necessidade do processo e determinará a responsabilidade por seu custo, superando o interesse do autor. Vencido o autor e confiando novamente no indício da sucumbência, a causa

questões sobre o domínio e a viabilidade da divisão, ela é efetuada (*Código de Processo Civil interpretado*, São Paulo, Atlas, 2004, pp. 116-117).

²². Cf. BRUNO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, cit., n. 14, pp. 47-48; CAHALI, *Honorários advocatícios*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, nn. 154 ss., pp. 865 ss.

²³. Cf. AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972, nn. 222-227, pp. 356-373; GUSTAVO TEPEDINO, “Notas sobre o nexo de causalidade”, in *Revista trimestral de direito civil* n. 6, pp. 12-27. Como bem afirma FORCHIELLI, “indiretti e mediati, e perciò non risarcibili, sono tutti quei danni rispetto ai quali la condotta umana imputabile *sub iudicio* è stata sí condizionale (nel senso che senza di essa non si sarebbero verificati), ma che, nonostante tale condotta, avrebbero potuto essere evitati se a cagionarli non fosse intervenuta la condotta, pure imputabile e condizionale, di un secondo soggetto, al quale ogni danno deve pertanto essere addossato” (*Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, Padova, Cedam, 1960, cap. III, n. 1, p. 57).

do processo deve ser atribuída à sua conduta, ao tomar iniciativa ao final reputada indevida.

Tais premissas valem para todos os processos não contenciosos, não havendo qualquer peculiaridade que justifique uma disciplina diferenciada para o processo cautelar. Em se tratando de medidas cautelares não contenciosas, se o demandado não opuser resistência é descabida uma condenação em honorários. Se houver resistência, a medida convolar-se-á em contenciosa e deverá ser imposta condenação em honorários da parte que causa ao processo.