

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
– DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



Codigo
Philippino
1763

nº 81 jul./set. 2021

Regras sobre honorários sucumbenciais aplicáveis aos processos iniciados na vigência do CPC-1973: uma crítica à solução construída no EAREsp n. 1.255.986/PR¹

Fredie Didier Jr.*

Rafael Alexandria de Oliveira**

Sumário

1. Introdução. 2. Análise do EAREsp n. 1.255.986/PR. 3. Crítica à conclusão alcançada pelo STJ no EAREsp n. 1.255.986/PR. 4. O fundamento da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais não é a derrota, mas a causalidade – mesmo o vencedor pode ser devedor de honorários. 4.1. A causalidade como fundamento da condenação em honorários sucumbenciais. 4.2. Consideração da lei vigente à época da conduta causadora do processo e irretroatividade da lei nova. 4.3. Se as regras sobre honorários têm natureza material e processual, é preciso considerar também a sua natureza material para fins de aplicação da lei nova. 4.4. Exame de situações semelhantes. 4.5. Conclusão do ponto. 5. O custo do processo como parâmetro para o exercício do direito de ação e o momento de análise do risco financeiro da derrota processual. 5.1. O risco financeiro da derrota processual. 5.2. O CPC-2015 e o agravamento do risco financeiro da derrota processual. 5.3. Calculabilidade das consequências jurídicas decorrentes de atos praticados no passado: o princípio da segurança jurídica e a vedação à decisão-surpresa. 5.4. O entendimento do STJ deixa o jurisdicionado encurralado. 6. O marco temporal proposto: a demanda (inicial, reconventional, recursal ou executiva). 7. Esclarecimento: não defendemos direito adquirido a regime jurídico. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

** Mestre em Direito Público pela UFBA. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Jorge Amado/JusPodivm. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

1. Introdução

Nesses cinco anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, é notável a produção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito de temas sensíveis tratados nesse diploma processual.

Este breve ensaio volta-se para um dos temas que mereceram atenção especial por parte da lei processual nova: o regramento dos honorários sucumbenciais. Esse é um assunto de inegável importância prática, uma vez que orbita o tema do custo financeiro do processo, uma das possíveis barreiras de acesso à justiça e também um dos mecanismos de prevenção à litigância irresponsável.

Tratamos mais especificamente da questão relativa à identificação do regramento aplicável aos processos que tiveram início ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC-1973) e continuaram (ou continuam) tramitando na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (CPC-2015): aplicam-se a esses processos as regras de sucumbência previstas no CPC-1973 ou aquelas previstas no CPC-2015?

O STJ tem diversas decisões a respeito desse assunto. Em 2019, no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial (EAREsp) n. 1.255.986/PR, a Segunda Seção chegou a uma conclusão que pretendeu encerrar a divergência havida entre os julgados da Terceira e da Quarta Turmas.

Partimos, pois, desse acórdão que julgou o EAREsp n. 1.255.986/PR para pautar a nossa análise.

2. Análise do EAREsp n. 1.255.986/PR

O STJ definiu, no EAREsp n. 1.255.986/PR, que o marco temporal para aplicação das regras sobre honorários é a *sentença* (ou o ato jurisdicional equivalente quando se tratar de demanda de competência originária dos tribunais): se proferida na vigência do CPC-1973, aplicam-se as regras do CPC-1973, ainda que essa sentença venha a ser reformada ou anulada depois; se proferida na vigência do CPC-2015, aplicam-se as regras do CPC-2015, ainda que a ação tenha sido proposta sob o CPC-1973².

Eis a ementa do acórdão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA, PROCESSUAL E MATERIAL. MARCO TEMPORAL PARA A INCIDÊNCIA DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRESERVAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO PROCESSUAL. 1. Em homenagem à natureza processual material e

² Esse é também o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 18)

com o escopo de preservar os princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da não surpresa, as normas sobre honorários advocatícios de sucumbência não devem ser alcançadas pela lei processual nova. 2. A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. 3. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas. 4. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de o Tribunal de origem ter reformado a sentença já sob a égide do CPC/2015, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior. 5. Embargos de divergência não providos. (STJ, Corte Especial, EAREsp 1255986/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/03/2019, DJe 06/05/2019)

Com isso, o STJ pretendeu resolver divergência então existente entre a Terceira e a Quarta Turmas.

Para chegar a essa conclusão, o acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR assentou-se nas seguintes premissas: a) as regras sobre honorários sucumbenciais têm natureza híbrida, de caráter processual e também material³; b) por isso, elas não são imediatamente alcançadas pela lei processual nova, como ocorreria se fossem regras de natureza exclusivamente processual; c) a jurisprudência do STJ já se consolidara no sentido de que a regra de honorários aplicável é aquela vigente ao tempo da sentença que os impõe⁴ – esse era o entendimento antes mesmo da vigência do CPC-2015⁵; d) conforme lição de Chiovenda, o direito aos honorários surge com a

³ STJ, Corte Especial, REsp 1113175/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 24/05/2012, DJe 07/08/2012; STJ, Sexta Turma, REsp 470.990/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 03/12/2002, DJ 12/05/2003; STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 267.365/RS, rel. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24/05/2005, DJ 27/06/2005.

⁴ STJ, Corte Especial, SEC 14.385/EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/08/2018, DJe 21/08/2018; STJ, Corte Especial, EDcl na MC 17.411/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 20/11/2017, DJe 27/11/2017; STJ, Segunda Turma, REsp 1649720/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24/10/2017, DJe 30/10/2017; STJ, Segunda Turma, REsp 1672406/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22/08/2017, DJe 13/09/2017; STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 1696013/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 15/05/2018, DJe 21/05/2018; STJ, Quarta Turma, REsp 1465535/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/06/2016, DJe 22/08/2016; STJ, Primeira Turma, REsp 1644846/RS, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 27/06/2017, DJe 31/08/2017; STJ, Primeira Turma, REsp 1647246/PE, rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, j. 21/11/2017, DJe 19/12/2017.

⁵ STJ, Primeira Turma, REsp 783.208/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03/11/2005, DJ 21/11/2005; STJ, Primeira Turma, REsp 542.056/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 19/02/2004, DJ 22/03/2004; STJ, Primeira Turma, REsp

decisão; a sentença não reconhece um direito pré-existente; antes da sentença há mera expectativa de direito⁶.

O acórdão destacou ainda que a conclusão alcançada – utilização da *sentença* como marco temporal para a eleição da regra de honorários aplicável ao caso – estaria em consonância com a proteção ao *direito adquirido*, à *segurança jurídica* e a vedação da *surpresa*, no sentido de que “a parte condenada em honorários advocatícios na sentença, em conformidade com as regras do CPC/1973, possui direito adquirido à aplicação das normas existentes no momento da prolação do respectivo ato processual”.

Curioso que, nessa passagem, o acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR cita decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos Embargos de Declaração em Ação Originária n. 506 (AO 506 ED), e faz uma minuciosa transcrição do voto do Min. Gilmar Mendes, relator do caso.

O acórdão do STF, que se baseia amplamente na segurança jurídica, trata justamente da impossibilidade de se impor à Fazenda Pública, ali vencida, regra de honorários nova e mais grave, como é o caso da estabelecida no art. 85, §3º, do CPC-2015, considerando que a demanda foi ajuizada na vigência do CPC-1973. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, “quando se ingressa com a demanda, tem-se a previsibilidade dos ônus processuais, entre os quais se incluem os honorários advocatícios”, de modo que “há direito de o ente público não se sujeitar à mudança dos custos processuais de forma pretérita”⁷.

Voltaremos a esse acórdão do STF mais adiante.

Na sequência, o acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR, referindo-se ao art. 10 do CPC-2015, considerou que as partes têm o “direito de não serem surpreendidas por fatos inesperados [...] notadamente quando o jurisdicionado ingressa com ação sob o amplexo de determinada regra que, posteriormente, é alterada por lei posterior”.

3. Crítica à conclusão alcançada pelo STJ no EAREsp n. 1.255.986/PR

O entendimento consagrado no EAREsp n. 1.255.986/PR vem sendo aplicado pelo STJ nos julgamentos que tratam do tema⁸. A matéria já está bem consolidada naquela Corte. Entendemos, porém, que a solução construída não é a melhor, não é condizente com outras decisões proferidas pelo próprio STJ quanto ao tema dos

113666/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06/08/2009, DJe 19/08/2009; STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 910.710/BA, rel. Min. Castro Meira, j. 16/09/2008, DJe 28/11/2008.

⁶ STJ, Quarta Turma, REsp 729.021/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 03/02/2015, DJe 06/02/2015; STJ, Terceira Turma, REsp 1133638/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 06/08/2013, DJe 20/08/2013.

⁷ STF, Segunda Turma, AO 506 ED, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31/08/2018, DJe 22/10/2018.

⁸ Por exemplo: STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 1861064/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 07/12/2020, DJe 11/12/2020; STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1657733/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 07/10/2019, DJe 09/10/2019; STJ, Primeira Turma, EDcl no REsp 1514775/SE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15/08/2019, DJe 05/09/2019; STJ, Segunda Turma, REsp 1828624/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/09/2019, DJe 11/10/2019; STJ, Primeira Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1.713.784/SP, rel. Min. Regina Helena Costa, DJe de 20/09/2018.

honorários sucumbenciais e tampouco preserva integralmente o direito adquirido, a segurança jurídica e a regra da não surpresa.

A decisão do STJ tampouco está alinhada com o que já decidiu o STF sobre o assunto. Na AO 506, por exemplo, citada e transcrita no corpo do acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR, o STF decidiu em sentido *oposto* à conclusão alcançada pelo STJ⁹. Em outros casos, julgados já na vigência do CPC-2015, o STF deliberou sobre os honorários sucumbenciais tomando por base o regramento do CPC-1973, porque era o vigente ao tempo da propositura da demanda¹⁰.

Há duas questões que precisam ser consideradas.

Em primeiro lugar, o fundamento da condenação em honorários sucumbenciais não é a *derrota certificada na sentença*, mas a constatação de que houve um *comportamento causador do processo judicial*, de modo que é o momento de ocorrência desse comportamento que deve ser levado em consideração para fins de definição da legislação aplicável (princípio da segurança jurídica/irretroatividade da lei nova).

Em segundo lugar, a deflagração da demanda judicial pressupõe uma decisão da parte quanto à assunção dos riscos do processo – entre eles o risco financeiro, atrelado aos custos do processo –, de sorte que a sentença que, aplicando lei posterior, impõe

⁹ 1. Embargos de declaração em ação originária. 2. Direito Processual Civil Coletivo. 3. Ação popular. Juízo competente para a execução do julgado. Local de domicílio das partes. Aplicação analógica do parágrafo único do art. 516 do CPC. Possibilidade. Razoável duração do processo. Economia processual. Precedentes. 4. Embargos de declaração rejeitados. 5. Agravos internos em ação originária. 6. Direito Processual Civil e Direito Constitucional. 7. Prescrição. Prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei 4.717/65. Manutenção da decisão. 8. Inépcia da exordial. Pagamento de gratificação com base em texto de lei adulterado. Incidência dos arts. 1º e 2º da Lei de Ação Popular. 9. Alegação de coisa julgada. Inocorrência. Decisão com trânsito em julgado, favorável aos magistrados estaduais, porém com objeto diverso da discussão destes autos. 10. Suposto *error in procedendo*. Aplicação analógica do art. 9º da Lei 4.717/1965. Ausência de comprovação de condenação criminal transitada em julgada em face do autor popular. Cotitularidade pelo Ministério Público Federal, que já acompanhava o feito como custos legis. 11. Cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CR/1988 e Súmula Vinculante 10 do STF). Reconhecimento das irregularidades no pagamento da gratificação pelo Plenário do STF, em questão de ordem. Decisão monocrática que apenas confirmou tese já sedimentada em sessão plenária. Art. 949, parágrafo único, do CPC/2015. 12. Gratificação de nível superior. Pagamento realizado sem amparo constitucional e legal. Vedação prevista no art. 37, XIII, da Constituição Federal. Inteligência da Súmula 333/STF, posteriormente convertida na Súmula Vinculante 37/STF. 13. Restituição dos valores recebidos indevidamente, haja vista a comprovada má-fé. Manifesta inconstitucionalidade em razão de o pagamento advir de lei fraudada. Gratificação que retribui requisito inerente ao cargo de juiz, exigido em concurso público. 14. *Honorários advocatícios. Direito intertemporal. Demanda ajuizada antes da entrada em vigor do novo CPC. Fazenda Pública vencida. Verba sucumbencial que recai sobre o erário. Indisponibilidade do interesse público. Aplicação do art. 20, §4º, do CPC/1973. Precedentes.* 15. *Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC).* 16. Imposição da multa, de forma solidária entre os agravantes, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil/2015, no percentual de 1%, no caso de julgamento unânime. 17. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 18. Agravos aos quais se nega provimento. (STF, Segunda Turma, AO 506 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31/08/2018, DJe 23/10/2018, grifamos)

¹⁰ Por exemplo: STF, Primeira Turma, ACO 2098, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/2016, DJe 01/08/2016; STF, Tribunal Pleno, ACO 727 ED, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/09/2020, DJe 05/10/2020. Neste último caso (ACO 727), o Min. Luís Roberto Barroso chegou a registrar voto vencido no sentido de que, como o caso foi julgado em fevereiro/2020, embora a ação tivesse sido proposta em 2004, não seria cabível a compensação de honorários prevista no art. 21 do CPC-1973, já que essa possibilidade foi afastada no CPC-2015. Ainda assim, os demais Ministros e Ministras acompanharam o voto do relator, o Min. Marco Aurélio, aplicando ao caso, julgado em fevereiro/2020, o CPC-1973.

à parte consequência imprevista e imprevisível no momento do ajuizamento se revela uma decisão-surpresa (princípio da segurança jurídica/vedação à decisão-surpresa).

Essas questões nos levam a pensar que o marco temporal a ser considerado para o fim de identificar a legislação aplicável ao caso não deveria ser a *sentença*, mas sim a *demanda* – demanda inicial, reconvençional, recursal ou executiva, como veremos adiante.

Seguem as nossas razões.

4. O fundamento da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais não é a *derrota*, mas a *causalidade* – mesmo o vencedor pode ser devedor de honorários

4.1. A causalidade como fundamento da condenação em honorários sucumbenciais

O fato de o direito aos honorários sucumbenciais depender de certificação por decisão judicial não significa dizer que esse direito “nasce” da sentença – isto é, *a existência da sentença não é o fato gerador desse direito*. A sentença o *reconhece e impõe* (isto é, condena), tal como faz quando *reconhece e impõe o pagamento* de uma indenização, sem que, por isso, se diga que o direito à indenização é, também ele, um direito que “nasce” da sentença.

O que faz “nascer” o direito aos honorários sucumbenciais (o seu fato gerador) é a *conduta da parte que dá causa ao processo judicial*: aquele que dá causa a uma ação judicial deve pagar honorários ao advogado daquele que foi envolvido injustamente nessa ação.

É bem conhecida a premissa de que o direito aos honorários é determinado pela causalidade¹¹. Não é a derrota no processo que determina o dever de pagar honorários de sucumbência ao advogado da contraparte. *A sucumbência é apenas um indício da causalidade; há uma presunção de que o sucumbente/vencido deu causa ao processo*. Mas não raro a regra da sucumbência é afastada como índice de causalidade, a ponto de o *vencedor* do processo ter que, *a despeito de vitorioso*, arcar com os honorários sucumbenciais, por se constatar ter sido ele o *causador* da demanda judicial.

A regra da causalidade inspira pelo menos dois enunciados normativos vigentes: (i) o enunciado n. 303 da súmula do STJ, segundo o qual “em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”; e (ii) o art. 85, §10, do CPC, segundo o qual “nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo”. Mas a sua

¹¹ STJ, Primeira Turma, AgInt no AREsp 1371774/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020; STJ, Terceira Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1813803/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020; STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1825943/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020; STJ, Segunda Turma, REsp 1.801.071/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/06/2019.

aplicação não se restringe a essas duas hipóteses, já que, como dissemos, a regra da causalidade é subjacente à regra da sucumbência – a sucumbência é apenas um indicador da causalidade.

Dessa forma, o advogado não tem direito aos honorários *porque seu cliente é vencedor*. O advogado tem direito aos honorários porque o adversário do seu cliente, vencido ou vencedor, *deu causa ao processamento*.

A imposição do dever de pagar honorários sucumbenciais pressupõe, portanto, que o magistrado faça um juízo acerca da conduta das partes. Não se trata de um efeito anexo da sentença – aquele que decorre do simples fato de a sentença existir, como a hipoteca judiciária (CPC, art. 495), a perempção (CPC, art. 337, V) ou o dever de ressarcir os prejuízos decorrentes do cumprimento provisório da decisão que foi posteriormente reformada (CPC, art. 520, I)¹².

O que determina a condenação em honorários de sucumbência não é, necessariamente, a *derrota*, mas sim a *conduta* da parte, que formulou demanda sem necessidade ou razão, ou da parte que, sem necessidade ou razão, levou a outra a formular demanda judicial contra si. Nos casos em que foi o vencido quem deu causa ao processo, a constatação é mais evidente, mas nem por isso se pode dizer que não há uma análise de fatos/conduitas por parte do magistrado.

É um equívoco, portanto, afirmar que o direito aos honorários apenas surge com a sentença, ou que, enquanto não fixado na sentença, não há direito, mas mera *expectativa de direito* aos honorários¹³. O que gera o dever de pagar honorários é *dar causa ao processo*, assim como o que gera o dever de pagar a indenização é *dar causa a prejuízos*. Aqui, voltamos ao início: do mesmo modo que não se pode dizer que o direito à indenização “surge” com a sentença (que, na verdade, o reconhece e impõe), tampouco se pode dizer que o direito aos honorários “surge” com a sentença.

No processo, há, de ambos os lados, a afirmação do direito aos honorários, porque as partes imputam uma à outra a conduta de *dar causa ao processamento*. Tanto que há, de lado a lado, o pedido, explícito ou implícito, de condenação da parte adversária ao pagamento de honorários. Cabe ao juiz decidir quem tem razão sobre o objeto principal do processo e sobre esse pedido acessório.

Não há nisso diferença substancial para o que acontece numa demanda em que uma parte afirma ter, em face da outra, um direito de crédito. A única peculiaridade que pode haver quanto aos honorários é que a conduta afirmada como *causa de pedir* do direito aos honorários consiste em dar causa ao próprio processo em que se pede o reconhecimento desse direito. O processo é, pois, o produto da conduta indevida invocada como causa de pedir e, ao mesmo tempo, a arena em que esse direito é discutido e reconhecido.

¹² Nesses casos, a sentença é considerada como um *fato jurídico* que gera uma consequência jurídica: o direito à garantia hipotecária, na hipoteca judiciária, a perda do direito ao ajuizamento da demanda, no caso da perempção, ou o direito ao ressarcimento dos prejuízos, no caso do cumprimento provisório em que há reforma da decisão exequenda.

¹³ STJ, Corte Especial, Edcl na MC 17411/DF, rel. Min. Bendito Gonçalves, j. 20/11/2017, DJe 27/11/2017.

Essa sutil diferença não é, contudo, suficiente para que se diga que esse direito *nasce* da decisão que encerra o processo. Basta ver que, se as partes transigirem, podem chegar a uma composição acerca do direito aos honorários sucumbenciais, sem que se possa dizer que esse direito nasceu de uma decisão judicial¹⁴.

Repetimos: a decisão apenas reconhece o direito aos honorários e impõe o seu pagamento, fazendo, para tanto, uma análise da conduta das partes. O que dá ensejo ao direito, o seu fato gerador, não é a decisão judicial, mas a conduta causadora do processo.

4.2. Consideração da lei vigente à época da conduta causadora do processo e irretroatividade da lei nova

A conduta ensejadora do dever de pagar honorários não é praticada no momento em que a sentença é proferida. Ela já foi praticada antes. O que a sentença faz é, simplesmente, *constatar* essa conduta e tomá-la como fundamento para a condenação.

Considerando, então, que a conduta ensejadora do dever de pagar honorários não é contemporânea à sentença, mas anterior, é natural que se deve verificar o *momento em que tal conduta foi praticada*, porque é a lei então vigente que deve ser considerada para apuração da existência do dever ao pagamento de honorários (*an debeatur*) e do valor desses honorários (*quantum debeatur*). Não se pode pretender aplicar as consequências jurídicas da lei nova (o CPC-2015) à conduta praticada na vigência da lei velha (o CPC-1973), sob pena de aplicação retroativa dessa lei nova, com ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Veremos adiante, por exemplo, que há entendimento no sentido de que a ação trabalhista ajuizada antes da Lei n. 13.467/2017, diploma que incluiu previsão de honorários sucumbenciais no processo trabalhista (CLT, art. 791-A), não se sujeita à condenação de honorários, porque ao tempo em que foi praticada a conduta da parte (que deu causa ao processo), o ordenamento não previa essa consequência jurídica.

Também veremos que o próprio STJ manifestou semelhante entendimento quanto às alterações legislativas promovidas pelo art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, que excluiu o dever de pagar honorários de sucumbência nas causas envolvendo discussão sobre o FGTS, e pelo art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, que excluiu o dever de a Fazenda Pública pagar honorários sucumbenciais nas execuções não embargadas.

Sobre a (ir)retroatividade das leis, Humberto Ávila, de modo preciso, estabelece a sua relação com o princípio da segurança jurídica:

¹⁴ Lembre que não é a decisão judicial homologatória que confere eficácia à norma convencionada; a homologação a torna título executivo judicial. A norma convencionada é eficaz independentemente de homologação – salvo se houver condição negocial em outro sentido. Nesse caso, pois, a *fonte* do direito aos honorários não seria a decisão, mas a convenção.

Como a retroatividade faz com que a norma anterior, em cuja eficácia se confiou, tenha parte da sua eficácia anulada pela norma posterior, a retroatividade não diz respeito apenas a um problema relacionado à transição do passado ao presente, mas também do presente ao futuro: o cidadão, tendo sido frustrada a sua confiança com relação à eficácia da norma anterior pela modificação introduzida pela norma presente, passa a desconfiar de que também a eficácia da norma presente pode ser alterada por uma norma futura. Em outras palavras, *o fenômeno da retroatividade causa tanto uma frustração da confiança normativa com relação ao passado quanto o nascimento de uma desconfiança jurídica com relação ao futuro*. Retroatividade, enfim, é um problema que toca tanto à exigência de confiabilidade quanto à de calculabilidade do ordenamento jurídico. *Ela atinge, em suma, a segurança jurídica na sua dupla dimensão*.¹⁵ (grifamos)

Para compreender a impossibilidade de aplicação imediata da lei nova na determinação das consequências de um fato ocorrido no passado, é preciso lembrar que, embora se diga que as regras sobre honorários têm natureza material e processual, a verdade é que, nesse tema de direito intertemporal, os julgados quase sempre se esquecem da natureza *material* dessas regras.

4.3. Se as regras sobre honorários têm natureza material e processual, é preciso considerar também a sua natureza material para fins de aplicação da lei nova

O entendimento manifestado no julgamento do EAREsp n. 1.255.986/PR sobre a aplicabilidade do art. 85 do CPC-2015 aos processos sentenciados na vigência do CPC-2015, ainda que iniciados sob o CPC-1973, termina por *frustrar* a dimensão material das regras sobre honorários de sucumbência.

O STJ afirma que as regras sobre honorários também têm essa dimensão material; elas teriam caráter híbrido, de direito material e processual¹⁶. O acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR ratifica esse entendimento, mas, ao admitir a aplicação da lei nova às decisões proferidas sob a vigência do CPC-2015, ainda que a demanda tenha sido proposta sob o CPC-1973, termina por dar peso apenas à dimensão processual das regras sobre honorários, negligenciando o seu aspecto material. Registre-se que essa dimensão processual é, inclusive, bem discutível: as regras sobre honorários são regras de decisão, regras de julgamento, pois servem como suporte para a solução de um problema jurídico – para fins deste texto, podemos partir, no entanto, da própria premissa adotada pelo STJ.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 425.

¹⁶ STJ, Primeira Turma, REsp 783.208/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/11/2005, DJ 21/11/2005, p. 168; STJ, Quarta Turma, REsp 1.465.535/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/06/2016, DJe 22/08/2016; STJ, Segunda Turma, REsp 1.636.124/AL, rel. Min. Herman Benjamin, j. 06/12/2016, DJe 27/04/2017.

Atento à natureza material do direito (ou *também* material), é preciso observar o momento em que foi praticada a *conduta* ensejadora do dever de pagar honorários sucumbenciais, aplicando-se a ela as consequências jurídicas da regra vigente àquele tempo (*tempus regit actum*).

Pode ser, contudo, que, no curso do processo iniciado sob o CPC-1973, seja praticada nova conduta posteriormente tida como *causadora* da reiteração/manutenção do litígio – por exemplo, a interposição de recurso de apelação que posteriormente venha a ser rejeitado pelo tribunal. Se essa nova conduta (exercício da nova pretensão, mediante deflagração de demanda recursal) for praticada sob o CPC-2015, então a ela se aplica o art. 85 do CPC-2015, admitindo-se, por exemplo, em decorrência da sucumbência recursal, a majoração dos honorários inicialmente fixados (§11).

Essa é a *única* forma de respeitar os aspectos material e processual do direito aos honorários sucumbenciais: a regra nova incide imediatamente para os processos em curso (critério de aplicação imediata da lei processual), mas apenas se aplica aos fatos geradores/conduas ocorridos sob a sua vigência (critério de aplicação temporal da lei material – *tempus regit actum*).

Vejam, agora, situações semelhantes à presente, em que o Judiciário – inclusive o próprio STJ, amplamente – reconheceu não ser possível aplicar aos processos já em curso a lei nova sobre honorários.

4.4. Exame de situações semelhantes

4.4.1. O exemplo da Justiça do Trabalho: não incidência do art. 791-A da CLT aos processos em curso quando da entrada em vigor a Lei n. 13.467/2017

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não previa, até a vigência da Lei n. 13.467/2017, a possibilidade de condenação em honorários sucumbenciais, como regra geral. Assim, até a chamada *reforma trabalhista*, a causação do processo judicial trabalhista era *conduta irrelevante* para fins de imposição do pagamento de honorários sucumbenciais; a partir da reforma, no entanto, a conduta passou a ser juridicamente relevante.

Aplicando-se o entendimento adotado no acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR, a sentença que rejeitasse hoje a reclamação trabalhista proposta antes da Lei n. 13.467/2017 deveria condenar o causador do processo em honorários sucumbenciais. Sucede que, justamente porque esse entendimento implicaria aplicação retroativa da lei nova, causando surpresa à parte, ele não vem sendo seguido na Justiça do Trabalho.

Na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho¹⁷, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) consolidou importante enunciado (n. 98) dispondo que:

¹⁷ “As propostas de enunciados foram debatidas e aprovadas na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento promovido pela Anamatra, em parceria com outras entidades, que reuniu mais de 600

[e]m razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, haja vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação¹⁸ (enunciado n. 98, II Jornada Anamatra).

O TRT da 5ª Região (Bahia) proferiu decisão nesse mesmo sentido, reconhecendo que “os honorários advocatícios sucumbenciais têm natureza jurídica híbrida, processual-material e de sanção compensatória, não podendo ser analisado tão somente na visão do direito intertemporal aplicável à regra processual (aplicação imediata), pois à época da propositura da ação trabalhista este tipo de condenação não existia no processo trabalhista”. Na sequência, pontuou, corretamente, que “o autor, ao ingressar com ação na vigência da lei anterior ponderou seus riscos – custo x benefício – não tendo oportunidade de pesar a nova regra gravosa, o que poderia influenciar na sua escolha”.

Partindo da premissa de que “a aplicação de regra processual retroativa lesiva às partes implica decisão surpresa e ofende a segurança jurídica”, concluiu, finalmente, que “é a data da propositura da ação o marco temporal-processual para identificação das normas a regular os honorários advocatícios sucumbenciais no processo do trabalho”¹⁹.

É exatamente este o ponto de vista que defendemos.

4.4.2. O entendimento do STJ no REsp n. 1.111.157/PB: aplicação do art. 29-C da Lei n. 8.036/1990 apenas aos processos ajuizados após a alteração legislativa

Em outra situação, o STJ proferiu decisão, com *eficácia vinculante*, afirmando que a mudança no regramento dos honorários de sucumbência não se aplica aos processos ajuizados *antes* da alteração legislativa.

O art. 9º da Medida Provisória n. 2.164-41, de 24/08/2001, inseriu na Lei n. 8.036/1990 um dispositivo que excluía o direito do advogado aos honorários sucumbenciais nas causas que versassem sobre FGTS²⁰⁻²¹.

juízes, procuradores e auditores fiscais do Trabalho, além de advogados e outros operadores do Direito que, divididos em oito comissões temáticas, debateram mais de 300 propostas sobre a nova norma”. Disponível em: <www.anamatra.org.br/imprensa/noticias> Acesso em: 6 fev 2021.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>> Acesso em: 6 fev 2021.

¹⁹ TRT5, Terceira Turma, Processo 0000225-92.2016.5.05.0002, rel. Des. Léa Nunes, DJ 14/12/2017.

²⁰ Art. 29-C, Lei n. 8.036/1990. “Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios”.

²¹ Esse dispositivo foi posteriormente considerado inconstitucional pelo STF (STF, Tribunal Pleno, ADI 2736, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/09/2010, DJe 28/03/2011).

O TRF da 5ª Região, analisando recurso em que se pedia a exclusão do dever de a Caixa Econômica Federal pagar honorários de sucumbência, com base nesse dispositivo, manteve a condenação imposta em primeira instância, sob o fundamento de que “[o art. 29-C da Lei n. 8.036/1990] por ter natureza jurídica de direito material, e não de direito processual, não retroage nem se aplica a relações jurídicas já constituídas, de tal forma, não há como conferir, no presente caso, a isenção nela prevista sem ferir os princípios constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada”²².

A decisão do TRF da 5ª Região foi mantida pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.111.157/PB, no qual se afirmou, sobre o art. 29-C da citada Lei n. 8.036/1990, que *“sua aplicação, nos restritos domínios em que opera, não alcança os processos em curso antes da data da sua vigência, que se deu em 27.07.2001”*²³.

Como se percebe, nesse caso, o STJ decidiu, *corretamente*, que a data do ajuizamento do processo é um dado relevante para apurar a incidência, ou não, de novas regras que versem sobre honorários de sucumbência.

De acordo com art. 926 do CPC, o STJ deveria observar os deveres de integridade e coerência, adotando a mesma linha na interpretação da aplicação do art. 85 do CPC no tempo.

4.4.3. O entendimento do STJ no REsp n. 470.990/RS e casos subsequentes: aplicação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 apenas aos processos ajuizados após a alteração legislativa

O STJ também seguiu o entendimento aqui defendido quando se debruçou sobre o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, incluído pelo art. 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24/08/2001, que passou a dispor que *“não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”*.

A primeira manifestação do STJ sobre se o referido dispositivo se aplicava, ou não, aos processos em curso (isto é, ajuizados *antes* da alteração legislativa) foi no seguinte sentido:

RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 20, PARÁGRAFO 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180/2001. APLICABILIDADE.

1. “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

²² Acrescentamos a informação entre colchetes.

²³ STJ, Primeira Seção, REsp 1.111.157/PB, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22/04/2009, DJe 04/05/2009.

alíneas a, b e c do parágrafo anterior.” (artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil).

2. Embora se atribua, em regra, ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil, não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito.

3. As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subsequente.

4. A mesma regência no tempo tem a disposição do artigo 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

5. Ajuizada a execução posteriormente à edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, é de se reconhecer que “não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”.

6. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(STJ, Sexta Turma, REsp 470.990/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 03/12/2002, DJ 12/05/2003, p. 374)

Observe que o recurso especial foi rejeitado exatamente porque o STJ constatou que a execução havia sido ajuizada *depois* da vigência do referido art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997. Mas o precedente deixou claro que, para as execuções ajuizadas *antes* da sua vigência, não se pode suprimir “à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.”

Esse foi o entendimento maciçamente adotado pelo STJ quanto ao tema, nos julgamentos em que ele esteve em pauta²⁴.

²⁴ Por exemplo: “RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS ACOLHIDOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO IPERGS. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA INICIADA ANTES DO ADVENTO DA MP 2.180-35, DE 24/08/2001, QUE ACRESCENTOU O ARTIGO 1º-D À LEI 9.494/97. REGRA GERAL DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Ocorrência de omissão na decisão embargada quanto à fixação do percentual da verba honorária. 2. A regra contida no artigo 20, § 4º, do estatuto processual civil, foi excepcionada pelo artigo 1º-D da Lei 9.494/97, com a redação determinada pelo artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001, que dispõe: ‘Não serão devidos honorários advocatícios

De acordo com art. 926 do CPC, o STJ deveria observar os deveres de integridade e coerência, adotando a mesma linha na interpretação da aplicação do art. 85 do CPC no tempo.

4.4.4. Exame do enunciado administrativo n. 7 do STJ

A alteração legislativa que verse sobre honorários sucumbenciais se aplica somente aos fatos geradores *posteriores* à sua vigência. Essa é a diretriz subjacente ao enunciado administrativo n. 7 do STJ, segundo o qual “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”.

pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas’. 3. Como é sabido, as normas processuais têm aplicação imediata mesmo para os processos em curso. Entretanto, *por se tratar de norma processual com reflexo material, não incide para retirar direito adquirido à percepção dos honorários advocatícios*. 4. Verifica-se que a execução iniciou-se antes do advento da norma provisória, logo cabível a estipulação dos honorários de advogado. 5. Embargos de declaração de Jurema Moraes Oliveira acolhidos para suprir a omissão existente em relação aos encargos de sucumbência, determinando que a parte *ex adversa* arque com as custas processuais e honorários advocatícios, estes no patamar de 5% sobre o valor da condenação; embargos declaratórios do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS rejeitados.” (STJ, Sexta Turma, EDcl no REsp 402.735/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 31/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 385) (*grifamos*); “AGRAVO REGIMENTAL. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA INICIADA APÓS O ADVENTO DA MP 2.180-35, DE 24/08/2001. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDEVIDOS. INCIDÊNCIA DO ART. 1-D, DA LEI N.º 9.494/97. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A regra contida no artigo 20, § 4º, do estatuto processual civil, foi excepcionada pelo artigo 1º-D da Lei 9.494/97, com a redação determinada pelo artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001, que dispôs: ‘Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas’. 2. *Por se tratar de norma processual com reflexo material, não tem aplicação imediata nos processos em curso, mas tão somente naqueles iniciados na sua vigência*. 3. *Verifica-se que a execução iniciou-se após o advento da norma provisória, logo incabível a estipulação dos honorários de advogado*. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 565.137/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 364) (*grifamos*); “PROCESSO CIVIL. INSS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO JUDICIAL. CABIMENTO. MP Nº 2.180-35/2001. NÃO INCIDÊNCIA AOS PROCESSOS EM CURSO. I - Conforme dicção do art. 20, § 4º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.952/94, são devidos honorários advocatícios na execução por título judicial mesmo que não tenham sido opostos embargos. Precedentes da Corte Especial. II – *A MP nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-D ao texto da Lei nº 9.494, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, não se aplica aos processos em curso* (Precedente: REsp nº 441.003-RS, rel. MIN. HAMILTON CARVALHIDO, DJ DE 09/09/2002). Recurso não conhecido.” (STJ, Quinta Turma, REsp 463.896/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 19/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 295) (*grifamos*); “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/01. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA NOS PROCESSOS JÁ EM CURSO.

I – São cabíveis embargos declaratórios quando houver na decisão embargada qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do *decisum* embargado. Inviáveis, entretanto, para a rediscussão de matéria já exaustivamente apreciada. II - No que se refere à Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-D ao texto da Lei nº 9.494/97, ressalte-se que a mesma não foi objeto de apreciação pelo v. acórdão *a quo*, pelo que não pode ser debatida nesta via especial, à mingua do necessário prequestionamento (Súm. 282 e 356 do STF), sendo defeso ao embargante suscitar, agora, a ocorrência de fato superveniente, com fundamento no art. 462 do Código de Processo Civil. III – *Ademais, a referida Medida Provisória, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, não se aplica aos processos em curso*. (Precedentes) Embargos rejeitados.” (STJ, Quinta Turma, EDcl nos EDcl no REsp 423.678/RS, rel. Felix Fischer, j. 07/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 369) (*grifamos*)

Observe que o entendimento de que se deve aplicar o regramento do art. 85 do CPC à sentença proferida na vigência do CPC-2015 (ainda que a ação tenha sido ajuizada sob o CPC-1973) colide frontalmente com o entendimento consolidado no referido enunciado administrativo n. 7. Fosse assim, toda e qualquer decisão sobre recurso publicada sob a vigência do CPC-2015 deveria, igualmente, condenar o recorrente/vencido ao pagamento de honorários sucumbenciais recursais, ainda que seu recurso fosse anterior à vigência do novo Código.

No entanto, ao definir que apenas o recurso interposto na vigência do CPC-2015 está sujeito à incidência dos honorários sucumbenciais recursais, o STJ demonstra perceber que o momento em que é praticada a conduta causadora do litígio recursal (exercício da pretensão mediante interposição da demanda recursal) é determinante para definição das consequências jurídicas a que está sujeita: se anterior ao CPC-2015, não se aplica o art. 85, §11; se posterior, aplica-se o dispositivo.

4.5. Conclusão do ponto

Como conclusão desse ponto, podemos dizer que a construção, amplamente consolidada, segundo a qual é a sentença que “faz surgir” o direito aos honorários desconsidera o exercício cognitivo que o magistrado faz ao reconhecer e impor o dever de pagar honorários. Esse pensamento negligencia que o juiz, para definir a responsabilidade pelos honorários, precisa necessariamente voltar os olhos para o passado, encontrando ali o fundamento para a condenação de uma das partes em disputa.

A causalidade não se dá *na sentença*. A causalidade se dá no passado, necessariamente *antes* da sentença – que não é mais que um produto dessa causalidade. O fato (conduta causadora do processo) está no passado. O que o juiz faz é interpretá-lo à luz do resultado que ele gerou. Essa relação entre passado e presente precisa ficar bem definida para que se possa compreender a impossibilidade de se aplicar a uma conduta passada uma consequência jurídica somente prevista em norma superveniente.

5. O custo do processo como parâmetro para o exercício do direito de ação e o momento de análise do risco financeiro da derrota processual

5.1 O risco financeiro da derrota processual

O ordenamento constitucional prevê, como direito fundamental, o *acesso à justiça* (CF, art. 5º, XXXV). Sucede que o efetivo acesso à justiça não raro encontra empecilhos relevantes e de variadas espécies. Um deles é o *custo do processo*²⁵: para

²⁵ “*Custo do processo* é a designação genérica de todas as verbas entre as quais se distribuem os recursos financeiros a serem despendidos no processo. Engloba as *despesas processuais* e *honorários advocatícios*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 742-743). Sobre a relevância do custo do processo para o efetivo acesso à justiça, ver: CAPPELLETTI,

demandar em juízo, é preciso considerar o *ônus financeiro* – o valor das taxas judiciárias, das despesas processuais, dos honorários do próprio advogado e os honorários eventualmente devidos ao advogado da parte contrária, em caso de derrota com imputação de causalidade. “*O processo custa dinheiro*”²⁶.

A deflagração de uma demanda judicial é, portanto, atitude que pressupõe uma decisão da parte sobre o custo do processo: ciente de que o processo custa dinheiro, a parte *decide* assumir o risco financeiro de contratar advogado para a defesa dos seus interesses e eventualmente perder o processo, suportando o prejuízo da contratação; *decide* assumir o risco de antecipar as despesas do processo apostando no reembolso ao final, a ser suportado pela parte contrária; e também *decide* assumir o risco de, eventualmente, pagar ao advogado da outra parte os seus honorários, caso seja derrotado ou considerado causador do litígio.

O parâmetro de que a parte dispõe para tomar essa decisão não é outro senão o *cenário normativo vigente*. É com base nos negócios celebrados (caso haja negócios sobre custos do processo, por exemplo), nos *precedentes judiciais* e na *lei vigente à época* que a parte decide se exerce, ou não, a sua pretensão, deflagrando uma ação judicial. O risco financeiro da derrota também é considerado por quem resiste à pretensão, ou por quem ameaça resistir à pretensão, levando o outro a deflagrar uma ação judicial contra si.

5.2. O CPC-2015 e o agravamento do risco financeiro da derrota processual

O CPC-2015 confere aos honorários de sucumbência um tratamento muito minucioso e objetivo. Basta ver que o art. 85, que regulamenta o assunto, tem dezenove parágrafos, alguns deles desdobrados em vários incisos. Nesse aspecto, difere substancialmente do CPC-1973, que era bem lacônico quanto ao assunto e dava ao magistrado uma margem muito ampla de discricionariedade para a fixação de honorários.

O CPC-1973 permitia que, numa grande quantidade de casos, os honorários fossem fixados por equidade – ou seja, segundo critérios muito subjetivos. À exceção das decisões que impusessem o dever de pagar quantia, caso em que os honorários deveriam ser fixados entre 10% e 20% do valor da condenação (CPC-1973, art. 20, §3º), nas demais hipóteses os honorários deveriam ser fixados por equidade, inclusive quando vencida a Fazenda Pública (CPC-1973, art. 20, §4º).

Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31 e seguintes.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 742.

O CPC-2015 admite a fixação de honorários por equidade, mas isso se dá em hipóteses bem restritas (CPC, art. 85, §8º)²⁷⁻²⁸. A regra geral passou a ser a da fixação dos honorários entre 10% e 20% do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou do valor atualizado da causa – necessariamente nessa ordem (CPC-2015, art. 85, §2º)²⁹. O CPC vigente estabeleceu, ainda, para os casos envolvendo a Fazenda Pública, um regramento específico e objetivo (CPC-2015, art. 85, §§ 3º, 4º e 5º), o que tem repercussão prática significativa, uma vez que os entes públicos estão listados entre os principais litigantes habituais do país³⁰.

O tratamento minucioso e objetivo que o CPC-2015 deu aos honorários de sucumbência terminou por agravar muito o risco financeiro da derrota. Ser derrotado numa demanda judicial julgada à luz do CPC-2015 é muito mais grave do que era ser derrotado numa demanda judicial à luz do CPC-1973. Esse é, aliás, um aspecto positivo do CPC-2015, porque, com isso, se pretende inibir a litigância irresponsável.

O voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes nos Embargos de Declaração em Ação Originária n. 506 (AO 506 ED) revela, em números, a diferença do tratamento dado pelos diplomas legislativos de 1973 e de 2015 a uma mesma situação. Vale a pena transcrevê-lo, nessa parte:

²⁷ CPC, art. 85. [...] §8º “Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2º”. Enunciado n. 6 do Conselho da Justiça Federal. “A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no §8º do art. 85 do CPC”.

²⁸ Não há autorização, como se vê, para que o juízo de equidade seja utilizado quando o proveito econômico for *muito alto* (nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio A fixação de honorários de sucumbência por equidade nos casos de “valor excessivo”: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2021, vol. 311, ano 46, p. 301-320). Mas o STJ já deu ao §8º sentido diverso, entendendo a aplicável o juízo de equidade também nos casos de valor excessivo (nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1789913/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12/02/2019, DJe 11/03/2019; STJ, 2ª Turma, AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1807495/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10/09/2019, DJe 19/09/2019; STJ, 1ª Turma, REsp 1795760/SP, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 21/11/2019, DJe 03/12/2019).

²⁹ O STJ já decidiu que “o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo [...] ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.” (STJ, Segunda Seção, REsp 1746072/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, j. 13/02/2019, DJe 29/03/2019)

³⁰ O diagnóstico “100 maiores litigantes”, feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012, com dados colhidos em 2011, revela que os entes públicos e as instituições financeiras estão entre os maiores litigantes habituais do país. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf >. Acesso em 7 fev. 2021.

Embora se trate de dados coletados há uma década, há razões para acreditar que eles ainda guardam alguma atualidade: conforme o diagnóstico “Justiça em números 2020”, também do CNJ, os temas envolvendo Direito previdenciário e Direito administrativo (e outras matérias de Direito público) estão entre os 5 assuntos mais recorrentes na Justiça Federal (todas as 5 primeiras posições são ocupadas por temas de Direito público ou de Direito previdenciário); além disso, os temas envolvendo Direito tributário estão na 3ª colocação entre os 5 assuntos mais recorrentes na Justiça Estadual. Quando o recorte é feito nas varas de primeiro grau (com exclusão, portanto, do sistema de juizados especiais), observa-se que os temas de Direito público ocupam 4 das 5 posições entre os assuntos mais demandados na Justiça Federal e 2 das 5 posições entre os assuntos mais demandados na Justiça Estadual. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 7 fev. 2021.

Relembre-se que, sob a sistemática do antigo CPC/73, pouco importava o valor da causa ou o proveito econômico, ante a incidência do § 4º do art. 20 daquele estatuto, de maneira que a fixação dos honorários advocatícios, quando vencida a Fazenda Pública, não se sujeitava aos limites de 10% a 20%, consoante remansosa jurisprudência desta Corte:

[...]

O comando do § 4º do art. 20 do CPC era claro em apontar que, nas ações que possuíssem conteúdo patrimonial inestimável ou que fosse vencida a Fazenda Pública, os honorários seriam fixados em quantia certa, observadas as balizas do § 3º do mesmo artigo, sem qualquer sujeição aos limites de 10% a 20%.

Por outro lado, sob a sistemática do CPC/2015 e considerando que o valor da causa é de R\$ 5.000.000,00, corrigido até esta data pelo IPCA-E, atinge por volta de R\$ 16.827.899,50, nos termos do § 5º do art. 85, sendo a Fazenda Pública vencida, a fixação do percentual deve observar a faixa inicial prevista no inciso I do § 3º do art. 85 e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

No caso dos autos, o cálculo seria da seguinte forma:

- 10% sobre o valor da condenação até 200 salários-mínimos – atualmente R\$ 187.400,00 –, cujo valor equivale a R\$ 18.740,00;
- 8% de R\$ 1.686.599,00 – diferença entre R\$ 187.401,00 e R\$ 1.874.000,00 –, cujo valor equivale a R\$ 134.927,92;
- 5% de R\$ 14.953.898,50 – diferença entre R\$ 1.874.001,00 e R\$ 16.827.899,50 –, cujo valor equivale a R\$ 747.694,92;

Assim, o valor total dos honorários, sob o prisma do CPC/15, alcançaria quase R\$ 1 milhão de reais (por volta de R\$ 901.362,84), ao passo que, na linha do CPC/73, não se levaria matematicamente em conta o valor da causa ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora.

Como se vê, um caso que envolvesse a Fazenda Pública e tivesse proveito econômico de cerca de R\$ 16 milhões dificilmente ensejaria a condenação em honorários de cerca de R\$ 900 mil sob a égide do art. 20, §4º, do CPC-1973. Os honorários seriam fixados por equidade e, na praxe forense, era muito comum que o valor final ficasse abaixo disso. Já sob o CPC-2015, o mesmo caso estaria sujeito à incidência de regras objetivas de fixação de honorários, dando ensejo a crédito de honorários de cerca de R\$ 900 mil.

Temos ainda outro exemplo. Num caso específico a que tivemos acesso em razão do exercício da advocacia privada, o autor deflagrou, na vigência do CPC-1973, demanda cível contra ente público pleiteando o pagamento de indenização no valor de R\$ 10 milhões. A sentença, proferida na vigência do CPC-2015, acolheu parcialmente o seu pedido, condenando o réu a pagar-lhe R\$ 40 mil; em razão da significativa derrota quanto a tudo mais, porém, condenou o autor a pagar aos advogados da União honorários fixados em cerca de R\$ 700 mil, aplicando o regramento do art. 85, §3º, do CPC-2015.

Em ambos os casos, os honorários calculados segundo as regras do CPC-2015 se mostram expressivos; se tivessem de ser calculados segundo as regras do CPC-1973, o seu valor seria apurado segundo um juízo de equidade – e, embora pudessem, por equidade, ser fixados em qualquer quantia (inclusive em R\$ 900 mil e R\$ 700 mil, respectivamente, ou mesmo mais do que isso), na prática eram usualmente fixados em valores bem menores.

Esses exemplos parecem suficientes para demonstrar que há razões concretas para afirmar que o risco financeiro da derrota processual foi sensivelmente agravado pelo CPC-2015, em relação ao que vigia sob o CPC-1973. Essa constatação é importante para a sequência dos nossos fundamentos.

5.3. Calculabilidade das consequências jurídicas decorrentes de atos praticados no passado: o princípio da segurança jurídica e a vedação à decisão-surpresa

Humberto Ávila afirma, com razão, que o direito “não pode ser retroativo, pelo simples fato de que o homem não pode ser guiado por uma norma que não existia na época da sua ação”³¹.

A segurança jurídica impõe respeito à *previsibilidade/calculabilidade* quanto à eficácia futura de novas regras jurídicas, na medida em que, como ensina o citado autor, “a segurança jurídica garante o direito de o particular [...] conhecer, hoje, o Direito de amanhã, *antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado*”³².

Ávila explica mais detidamente que *calculabilidade* “no sentido aqui estipulado, não concerne à antecipação de acontecimentos, mas, em vez disso, à capacidade de antecipar, em medida razoável de profundidade e extensão, as consequências jurídicas que o ordenamento jurídico determina que sejam implementadas. *Não se antecipa o futuro, mas o sentido normativo do presente no futuro ou, mais tecnicamente, o sentido normativo da ação ou da inação praticadas no presente por uma decisão a ser proferida no futuro*”³³.

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 425.

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 139, grifamos.

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186, grifamos.

Ao estimar os riscos da disputa, a parte que deu causa ao ajuizamento de um processo ainda na vigência do CPC-1973 não tinha como *prever/calcular* que à sua conduta seriam aplicadas as consequências jurídicas decorrentes de norma posterior, como decidido no EAREsp n. 1.255.986/PR, que estabeleceu a *sentença* como marco temporal para a determinação do regramento sobre honorários aplicável.

A análise dos riscos leva em consideração, necessariamente, o cenário legislativo e jurisprudencial vigente *no momento* em que se pratica a conduta que dá causa ao processo. Considerando que o CPC-2015 agravou o risco financeiro da derrota em relação ao que acontecia quando vigente o CPC-1973, é relevante saber se a conduta que deu causa ao processo foi praticada sob o CPC-2015 ou sob o CPC-1973, porque é isso que define a matriz de risco assumida pelas partes em disputa.

Partindo dos números expostos no item anterior, é preciso enfrentar o seguinte questionamento: a parte que resolveu demandar contra, por exemplo, a Fazenda Pública na vigência do CPC-1973 podia, legitimamente, esperar que, considerando a regra então vigente – art. 20, §4º, que falava em equidade como critério de fixação de honorários em caso de improcedência – e considerando o que normalmente acontecia nos julgamentos de casos envolvendo valores semelhantes ou mais expressivos, eventual condenação em honorários sucumbenciais, em caso de derrota sua, não alcançaria patamares tão altos, como R\$ 700 mil ou R\$ 900 mil?

Sim: os cenários legislativo e jurisprudencial então vigentes permitiam calcular que eventual derrota não geraria ônus tão expressivo quanto o que se estabeleceu com a superveniência do CPC-2015.

É preciso, sob essa perspectiva, levar em consideração o princípio da segurança jurídica. A decisão judicial que impõe condenação em honorários num valor significativamente maior que o que se esperava e se praticava segundo a lei anterior, sob cuja vigência a demanda foi deflagrada, afeta a *exigência de calculabilidade* das mudanças normativas (ou da interpretação que se dá às mudanças legislativas), atributo específico do princípio da segurança jurídica.

Nas palavras de Humberto Ávila:

A exigência de calculabilidade [...] não impede mudanças. Ela apenas é contrária a um tipo de mudança que fuja ao espectro material e temporal de consequências antecipáveis pelo contribuinte e que termine por frustrar a confiança daqueles que, com apoio nas normas jurídicas então em vigor, tomaram decisões, adotaram condutas, optaram por um tipo de negócio, e assim por diante [...]

Sendo assim, o que a exigência de calculabilidade por meio da continuidade do ordenamento jurídico afasta são mudanças bruscas e drásticas. Bruscas são aquelas alterações que não são, de modo algum, antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem

o destinatário, que com aquelas não contava, nem podia contar. Drásticas são aquelas mudanças que, embora antecipáveis quanto à ocorrência, são bastante intensas nos seus efeitos. Nesse sentido, a calculabilidade impede não apenas as mudanças bruscas, ainda que não drásticas, mas igualmente as alterações drásticas, mesmo que não bruscas.³⁴

A decisão judicial que aplica à parte a consequência jurídica da lei nova para regular situação de fato passada termina por *surpreender*, impondo à parte um dever ao qual nunca arriscou submeter-se. Trata-se de risco demasiadamente maior que aquele assumido ao tempo da propositura da demanda – algo surpreendente, porque imprevisto e imprevisível.

Estranha o fato de o acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR, ao tratar da segurança jurídica e da não surpresa, citar e transcrever exatamente o voto do Min. Gilmar Mendes na AO 506 ED.

Sucede que o referido voto leva a uma conclusão *oposta* àquela alcançada pelo STJ no EAREsp n. 1.255.986/PR, na medida em que trata do princípio da segurança jurídica exatamente sob a ótica que aqui propomos, ao afirmar que, “quando se ingressa com a demanda, tem-se a previsibilidade dos ônus processuais, entre os quais se incluem os honorários advocatícios, de acordo com a norma em vigor no ajuizamento da demanda”.

Observe que a referida AO 506 foi ajuizada sob a égide do CPC-1973 e foi julgada sob a égide do CPC-2015³⁵ – portanto, a premissa estabelecida no EAREsp n. 1.255.986/PR *não havia sido aplicada* pelo STF. Segundo a premissa do STJ, deveriam ser aplicadas as regras de honorários do CPC-2015, já que a “sentença” (no caso, o primeiro ato decisório do processo) foi proferida sob o diploma atual. Mas o STF aplicou, em 2017, as regras de honorários do CPC-1973, porque aquele era o diploma vigente quando do ajuizamento da demanda e por entender que “há direito de o ente público [vencido, no caso] não se sujeitar à mudança dos custos processuais de forma pretérita”³⁶.

No caso específico da AO 506, se fossem aplicadas as regras do CPC-2015, a condenação em honorários deveria ser de mais de R\$ 900 mil. Aplicando as regras do CPC-1973, o STF, por equidade, fixou os honorários em R\$ 50 mil³⁷.

³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 613.

³⁵ Isso está no próprio voto do Min. Gilmar Mendes: “ajuizada ação popular em 2.1998 e julgada apenas em 8.2017”.

³⁶ Acrescentamos a informação entre colchetes.

³⁷ Eis a conclusão do ponto: “Portanto, aplicando as normas do antigo Estatuto Processual Civil à fixação das verbas sucumbenciais, arbitro o valor total dos honorários da presente ação cível originária na quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do CPC/73, a ser custeado igualmente entre os réus, mantendo-se, entretanto, a natureza solidária (art. 23 do CPC/73 e §2º do art. 87 do CPC/15 c/c arts. 264 e 283 do Código Civil)”.

5.4. O entendimento do STJ deixa o jurisdicionado encurralado

Alguém dirá que, com a superveniência do CPC-2015, e considerando os novos riscos relacionados ao regramento da sucumbência, podem as partes (ou uma delas) abdicar da disputa, *desistindo* do processo, *renunciando* ao seu direito ou *reconhecendo* o direito do outro. Se não o fizeram, então é porque assumiram esses novos riscos financeiros da derrota.

Em primeiro lugar, *o raciocínio é extremista*, por impor ao jurisdicionado o ônus de, num átimo, decidir por abrir mão da disputa apenas pelo receio da majoração dos custos decorrentes. Em segundo lugar, *o raciocínio é inútil*, porque o sujeito que desiste, renuncia ou reconhece tem idêntico dever de pagar honorários (CPC, art. 90) – que, veja só, devem ser fixados segundo o CPC-2015.

Ou seja: aquele que pautou a sua conduta considerando o risco financeiro da derrota processual num determinado contexto fica *sem saída*, não podendo nem mesmo desistir, renunciar ou reconhecer, porque aí teria que pagar os honorários ao advogado da contraparte (CPC, art. 90).

Trata-se, pois, de entendimento que não deixa alternativa à parte: sobrevivendo o CPC-2015 e não tendo havido sentença em seu processo, resta-lhe *submeter-se* a um risco (outrora inexistente e nunca assumido) de, sendo vencida, ter que pagar ao advogado da contraparte honorários fixados segundo critérios de quantificação bem mais graves do que aqueles aplicáveis quando vigente o CPC-1973.

O pior de tudo é que esse incremento de risco não foi criado pela parte, nem pode ser minimizado por ela, que não tem qualquer controle quanto ao momento em que o processo vai ser decidido.

No julgamento da AO 506 ED, o Min. Gilmar Mendes faz um interessante paralelo com o enunciado n. 106 da Súmula do STJ³⁸: “ajuizada ação popular em 2.1998 e julgada apenas em 8.2017, *mutatis mutandis*, aplica-se a *ratio essendi* da Súmula 106 do STJ, no sentido de que o jurisdicionado não pode ser prejudicado por atraso no mecanismo judiciário de impulsionar – que inclui, por obviedade, decidir – sua demanda”.

A se considerar, pois, a *sentença* como marco temporal para aplicação de um sistema de regras muito mais grave, do ponto de vista financeiro, para demandas deflagradas na vigência do CPC-1973, está se impondo às partes em disputa um risco financeiro por elas não assumido, sem que tenham qualquer controle quanto ao momento de ocorrência desse marco temporal e sem que possam fazer nada para se livrar do incremento de risco.

É isso: transforma-se o processo numa *armadilha*. O absurdo da situação demonstra o equívoco da premissa.

³⁸ Enunciado n. 106 da Súmula do STJ. “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

6. O marco temporal proposto: a demanda (inicial, reconvenção, recursal ou executiva)

A identificação da conduta causadora do processo pode ser uma tarefa difícil, uma vez que exige o exame de todos os eventos – necessariamente pré-processuais – que desaguarão na deflagração da demanda judicial. Esse exame, além de trabalhoso, seria pouco produtivo para a solução do problema. Não raro, o que leva ao processo não é *uma* conduta, mas *um conjunto* de condutas, ou então uma conduta *reiterada*, que se prolonga no tempo.

O que nos parece claro é que, ainda que possam existir outras condutas pré-processuais que tenham contribuído para a deflagração do processo, há uma conduta que, com certeza, e de modo bem objetivo, deflagra o processo (causa eficiente): o *ato de demandar*.

Esse é, pois, o nosso parâmetro objetivo: a demanda.

Mas não falamos apenas da demanda que deflagra inicialmente o processo. Falamos também da demanda reconvenção, que aporta novo pedido ao objeto litigioso, e das demandas recursal e executiva, que deflagram novas fases do procedimento.

Portanto, entendemos que o marco temporal para identificação da regra de honorários incidente deve ser sempre *o momento da demanda*, mas não necessariamente, e para todo o processo, o momento da demanda *inicial*.

O marco temporal deve ser: a) o momento da demanda inicial, para os honorários sucumbenciais relacionados à demanda inicial; b) o momento da demanda reconvenção, se houver, para os honorários sucumbenciais relacionados à demanda reconvenção (CPC, art. 85, §1º); c) o momento da demanda recursal, para saber se são, ou não, devidos os honorários sucumbenciais recursais (CPC, art. 85, §11; STJ, Enunciado administrativo n. 7³⁹); d) o momento da demanda executiva, para os honorários sucumbenciais vinculados ao cumprimento provisório e definitivo de sentença (CPC, art. 85, §1º).

Note que consideramos a demanda, objetivamente, como sendo a conduta causadora do processo (ou de uma específica fase do procedimento). Isso não significa, porém, que consideramos *o demandante* como causador. Saber quem é o causador é algo a ser analisado na decisão, como premissa para a condenação em honorários sucumbenciais – normalmente, já o vimos, o causador é o vencido.

Vencido o demandante, presume-se que foi ele o causador da disputa que levou a uma demanda indevida; vencido o demandado, presume-se que foi ele o causador da disputa que levou o demandante a formular uma demanda devida.

Mas o parâmetro deve ser sempre a demanda – único evento certo, objetivo e facilmente identificável como causador do processo (ou de uma específica fase do procedimento).

³⁹ Sobre o tema da sucumbência recursal, ver o AgInt nos EAREsp 762.075/MT, rel. Min. Felix Fischer, rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 19/12/2018, DJe 07/03/2019.

7. Esclarecimento: não defendemos direito adquirido a regime jurídico

Vale, por fim, um alerta: não defendemos aqui direito adquirido a regime jurídico⁴⁰.

Não defendemos a imutabilidade das regras de incidência ou de quantificação dos honorários sucumbenciais, nem tampouco a inaplicabilidade total de tais novas regras ao processo que se iniciou sob vigência do CPC-1973, mas que ainda não havia sido concluído quando da entrada em vigor do CPC-2015.

Uma das acepções da segurança jurídica é a *confiabilidade*, assim entendida como a “exigência de ‘estabilidade na mudança’, isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade”⁴¹.

Humberto Ávila ensina que “a segurança jurídica apenas estabelece exigências relativamente à transição do Direito passado ao Direito futuro. Não uma imutabilidade, portanto, mas uma estabilidade ou racionalidade da mudança, que evite alterações violentas”⁴².

O regime jurídico relativo aos deveres da sucumbência pode perfeitamente mudar durante a tramitação do processo. A questão é que esse novo regime somente pode ser aplicado prospectivamente, isto é, à conduta praticada dali em diante.

Se a demanda inicial é anterior à mudança do regime, aplica-se a ela o regime vigente à época em que foi proposta. Mas à demanda recursal ou executiva proposta já sob o regime novo deve ser aplicado, naturalmente, o regime novo. Dessa forma, é possível que, num mesmo processo, haja incidência de regimes distintos relativos aos honorários sucumbenciais. Tudo vai depender de qual é a conduta (demanda) considerada no momento da avaliação da causalidade, para fins de imposição do dever de pagar honorários.

Assim, por exemplo, se a sentença julga improcedente, na vigência do CPC-2015, uma demanda iniciada na época do CPC-1973, isso sugere que o autor foi o causador do processo, razão por que ele deve pagar honorários segundo as regras vigentes ao tempo da demanda inicial (portanto, as regras do CPC-1973).

Se esse autor interpõe apelação e o seu recurso é desprovido, isso sugere que, além de causador do processo, ele é causador também dessa nova fase do procedimento (a recursal), razão por que ele deve pagar honorários sucumbenciais recursais, segundo as regras vigentes ao tempo da demanda recursal (CPC-2015).

Se, porém, esse autor interpõe apelação e o seu recurso é provido, para reformar a sentença e consolidar a sua vitória no processo, isso sugere que, diferentemente do que dissera a sentença, o causador do processo foi o réu, algo que só foi possível perceber na fase recursal. Por essa razão, o réu, ali recorrido, deve pagar honorários segundo as regras vigentes ao tempo da demanda inicial (portanto, as regras do

⁴⁰ STJ, Corte Especial, Edcl na MC 17411/DF, rel. Min. Bendito Gonçalves, j. 20/11/2017, DJe 27/11/2017.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138.

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138.

CPC-1973), e não segundo as regras vigentes ao tempo da demanda recursal, porque o que o tribunal fez, ao analisar e dar provimento à apelação, foi um juízo acerca da própria causalidade *do processo*.

Isso tudo é coerente com o que defendemos neste ensaio, no sentido de que (i) as regras sobre honorários, por sancionarem a causalidade, devem ser aquelas vigentes não no momento em que foi proferida a sentença, mas no momento em que a conduta causadora foi praticada; (ii) é nesse momento que se calculam os riscos financeiros da derrota, segundo os critérios então vigentes; e (iii) a possibilidade de adoção de mais de um regime de honorários num mesmo processo, desde que de forma prospectiva, para atingir as condutas futuras, é consentânea com a natureza material e processual das regras sobre honorários.

8. Conclusão

Como conclusão, entendemos que é equivocada a solução construída no julgamento do EAREsp n. 1.255.986/PR, e amplamente consolidada no STJ, no sentido de que é a *sentença* (ou o pronunciamento judicial correspondente nos casos de competência originária dos tribunais) que determina quais as regras que devem presidir a deliberação judicial acerca dos honorários sucumbenciais.

Parece-nos mais correto considerar a *demanda* como o marco temporal adequado para a definição das regras aplicáveis, de modo que, se a demanda foi deflagrada na vigência do CPC-1973, incidem as regras do CPC-1973, ainda que a sentença seja proferida na vigência do CPC-2015.

Por demanda devem ser compreendidas tanto a demanda inicial, aquela que deflagra o processo, quanto as demandas reconvenção, recursal e executiva. O marco temporal para definir as regras aplicáveis aos honorários sucumbenciais relacionados à reconvenção é o momento de formulação de demanda reconvenção; já os honorários sucumbenciais recursais e executivos têm por referência o momento de formulação das demandas recursal e executiva, respectivamente.

Assim compreendemos porque o direito aos honorários não “nasce” da sentença; a sentença apenas o reconhece e impõe, à luz da análise da conduta das partes em disputa e após identificação de quem praticou a conduta que deu causa ao processo ou à fase do procedimento (no caso das demandas recursal e executiva). Ao deliberar sobre o dever de pagar honorários sucumbenciais, o magistrado necessariamente busca, *no passado*, o fundamento dessa condenação. Daí a necessidade de que seja aplicada não a lei vigente ao tempo da sentença, mas a lei vigente no momento em que praticada a conduta que dá causa ao dever de pagar honorários.

Por outro lado, é nesse momento do passado que a parte decide quais os riscos financeiros que quer assumir na disputa; essa decisão é tomada à luz do cenário jurisprudencial e legislativo então vigente. Não se pode admitir que a parte seja surpreendida por um cenário legislativo novo e bem mais grave que aquele com base em que decidiu entrar na disputa, principalmente se (i) o critério para definição

do cenário legislativo aplicável depender do momento em que proferida a sentença, ato processual sobre cuja prática a parte não tem qualquer controle, e (ii) a parte não puder fazer nada para se livrar do incremento de risco financeiro decorrente do regramento novo.

Nesse aspecto, a opção pela sentença como marco temporal para definição do regramento aplicável não concretiza, como a princípio se diz, a segurança jurídica. Ao contrário, a segurança jurídica é vulnerada, já que essa opção (a) admite a aplicação retroativa de lei nova e mais grave para determinar as consequências jurídicas de conduta praticada no passado e (b) desconsidera os riscos assumidos pela parte quando decidiu pela disputa, surpreendendo-a com consequências mais graves do que aquelas previamente assumidas.

Embora a questão esteja de certa forma consolidada no STJ, pensamos que ainda há espaço para o debate e para a construção de uma solução melhor e mais consentânea com a segurança jurídica. Há decisões anteriores do próprio STJ, em temas afins, que guardam consonância com a tese aqui defendida e que foram desconsideradas na solução dada ao EAREsp n. 1.255.986/PR. Há também decisões do STF que estão em linha com o que aqui defendemos.

Esperamos, ao menos, que essas linhas permitam uma revisitação do tema.

Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio. A fixação de honorários de sucumbência por equidade nos casos de “valor excessivo”: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2021, vol. 311, ano 46.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II.