



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000246304

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1003766-39.2021.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO RESIDENCIAL -----, é apelado ----- CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.

ACORDAM, em 4^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento estendido deram provimento em parte ao recurso, vencido o 3º Desembargador que negava provimento e declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente), FÁBIO QUADROS, ALCIDES LEOPOLDO E MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO.

São Paulo, 31 de março de 2022.

ENIO ZULIANI
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 84518
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1003766-39.2021.8.26.0477
COMARCA: PRAIA GRANDE
JUIZ / JUÍZA DE 1^a INSTÂNCIA: THAIS CAROLINE BRECHT ESTEVES
APELANTE: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO RESIDENCIAL -----
APELADO: ----- CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

Ocorreu julgamento com turma ampliada por força do art. 942 do CPC e o resultado foi de PROVIMENTO, em parte, por maioria.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Responsabilidade contratual. Obra (prédio de apartamentos) entregue com falhas e defeitos construtivos. Foi necessário ajuizar medida cautelar de produção de provas, homologada por sentença que não condenou a parte inadimplente (construtora) em honorários. Na sentença condenatória emitida no processo principal é justo que se inclua entre os deveres da obrigação descumprida, o que se pagou de honorários contratuais para exercício da medida cautelar (arts. 389 e 395 do CC), sem, contudo, admitir a cláusula ad exitum (15% do proveito econômico) constante do contrato de honorários, por ser estranha aos elementos essências da obrigação. A recorrente quase não sucumbiu e não deve pagar honorários (art. 86, parágrafo único, do CPC). Provimento, em parte.

Vistos.

Publicou o Juízo da 1ª Vara Cível de Praia Grande sentença (fs. 473-476), depois modificada, em parte, pelo acolhimento de embargos declaratórios (fs. 527) condenando a construtora de prédio de apartamentos (-----) a realizar os reparos de anomalias apontadas em laudo pericial, com indenização em danos materiais de R\$ 17.242,49. O recurso da autora (RESIDENCIAL -----) está centrado nessa cifra que foi grafada quando recebidos os embargos declaratórios (antes o decisum havia determinado indenização de R\$ 75.982,40 (fs. 475). Essa modificação ocorreu porque o Juízo reconsiderou o entendimento sobre pagamento de honorários contratuais, sendo que no recurso a autora defende, primeiro, a irregularidade do procedimento adotado (embargos recebidos serão respondidos e não houve intimação para isso) e cabimento da restituição do que foi gasto para produção de provas (medida cautelar antecedente). Além disso a recorrente considera cabível a condenação em perdas e danos no total de 15% do proveito econômico obtido e questiona o critério utilizado pela Juíza sobre honorários, por entender não ter havido sucumbência recíproca a justificar a sua condenação em honorários aos Advogados da parte adversa. A Construtora ----- não recorreu, sendo que a recorrente se opôs ao julgamento virtual (fs. 607).

É o relatório.

É preciso registrar que a posição do ilustre Desembargador Alcides Leopoldo, negando a possibilidade de reembolso dos honorários contratuais, não é completamente rechaçada pelos demais integrantes da Turma



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Julgadora, até porque a diretriz do colendo STJ é nesse sentido (AgInt no AREsp. 1870211 PR, DJ de 25.2.2022, Ministro Antonio Carlos Ferreira):

“A JURISPRUDÊNCIA DO STJ ORIENTA QUE "OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS SÃO DE RESPONSABILIDADE DA PARTE CONTRATANTE, CABENDO À PARTE CONTRÁRIA APENAS OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. 'A CORTE ESPECIAL E A SEGUNDA SEÇÃO DO STJ JÁ SE PRONUNCIARAM NO SENTIDO DE SER INCABÍVEL A CONDENAÇÃO DA PARTE SUCUMBENTE AOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS DESPENDIDOS PELA VENCEDORA. (...)’ (AGINT NO ARESP 1.332.170/SP, REL. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, JULGADO EM 07/02/2019, DJE DE 14/02/2019)” (AGINT NOS EDCL NO RESP 1675516/DF, REL. MINISTRO RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, JULGADO EM 30/11/2020, DJE 18/12/2020).”

A solução é diferente pelas especificidades.

Observando o que foi estipulado no contrato de fls. 270-273 (firmado pela recorrente com os Advogados Drs. ----- e -----), o contratante aceitou pagar R\$ 31.200,00 para que fosse promovida medida cautelar de produção de provas e mais 15% do proveito econômico a ser obtido em ação indenizatória. A ilustre Juíza não incluiu nenhuma dessas verbas no cômputo das obrigações carreadas para a recorrida. Na planilha com todos os custos da medida cautelar foram incluídos os valores pagos aos Advogados conforme recibos de fls. 265-268 no total de R\$ 34.741,36 (um acréscimo por encargos do atraso na quitação das três últimas parcelas). Esses valores foram corrigidos e ficaram maiores, conforme se vê da planilha de fls. 245-246 e isso explica porque a sentença fixou, primeiro, em R\$ 75.982,00 os danos materiais e depois reduziu para R\$ 17.242,49, ou seja, excluídos os honorários contratuais. Nada foi decidido sobre o acréscimo do êxito e são esses temas (e mais os honorários de sucumbência parcial da autora) que constituem os propósitos recursais.

A recorrente possui razão em atacar um item formal do procedimento de Primeiro Grau que, ostensivamente, não cumpriu o ritual definido pelo art. 1023, § 2º, do CPC, ou seja, não intimou a ora recorrente (então embargada) para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se pronunciar sobre embargos que foram acolhidos. Esse dispositivo é alvo de censura da doutrina porque em nada auxilia para o contraditório e exige uma antevisão igual a um pré-julgamento, porque o juiz precisa intuir que vai acolher para intimar. A outra denúncia (de intempestividade) fica rejeitada porque o juiz está autorizado, de ofício, a corrigir erros materiais e pelo que se lê de fls. 527, a exclusão dos honorários contratuais foi admitida para rever erro manifesto diante do fato de a motivação do julgado não admitir o reembolso. Então e diante do contexto, ficam superadas essas questões: o fato está concretizado (acolhimento dos embargos sem oitiva da parte adversa), sendo totalmente contraproducente e irracional devolver os autos para que se cumpra o mandamento que pouco ou nada auxilia para a efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). O retorno dos autos atentaria contra o princípio do tempo razoável de duração, que é predominante em certos casos (como esse). O Tribunal, portanto, privilegia a regra do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal para rejeitar a tese de nulidade do ato.

A recorrente ajuizou medida cautelar antecedente praticamente obrigatória. A produção antecipada de provas visando caracterizar o estado de fato danoso para os interesses do condômino foi providencial não só para constatar os vícios construtivos do prédio entregue por contrato de incorporação, como para definir as obrigações complementares da construtora. No final e em razão do acolhimento da ação principal (condenatória) e que chega ao Tribunal sem recurso da ré, evidencia que a razão sempre esteve do laudo da recorrente. Essa medida cautelar, que desponta agora como uma necessidade da estrutura da sentença condenatória que formalizou a prestação da ré, é onerosa e a prova disso está na planilha de fls. 245-246, demonstrando os custos da prova pericial e dos honorários contratuais (fls. 270-273).

A Turma Julgadora desta 4ª Câmara de Direito Privado não desconhece a polêmica em torno do art. 389 do CC, quanto a inclusão dos honorários contratuais no campo da responsabilidade do devedor que não cumpre a obrigação, tanto que mencionou decisão recente do STJ nesse sentido. O inadimplemento que está referido ali não é somente o da dívida líquida e certa e inclui, obviamente, cumprimento tardio ou imperfeito, porque a inclusão dos honorários volta a fazer parte de norma específica nesse sentido (art. 395 do CC). Não há ainda um consenso jurisprudencial sobre se o devedor deve ou não reembolsar o credor lesado pelo valor que paga ao advogado para exercer seus direitos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A situação dos autos é um tanto diferente e a pretensão da recorrente está próxima da figura do dano processual indenizável, embora não se cogite aqui de verbas indenizatórias devidas por ter sido cassada uma liminar ou julgada improcedente uma ação que tramitou com tutela antecipada concedida. Porém e pelo que se lê da medida cautelar, as ações se integraram em um só objeto e isso permite afirmar, como primeira premissa do julgamento, que a restituição do que a autora pagou de honorários periciais é incontestável. E os honorários contratuais?

Caberia admitir (em termos), data vénia. O contrato de fls. 270-273 não foi questionado quanto ao seu valor e exigibilidade. A recorrente pagou a verba contratada com os Advogados para exercício da medida cautelar de produção antecipada de provas. E o trabalho foi executado de conformidade com o sistema jurídico, sem honorários de sucumbência (verificar os termos da sentença que homologou a prova realizada e que deixou de fixar honorários – fls. 231-232). Significa que a autora foi obrigada a pagar honorários contratuais para que o serviço de advocacia fosse realizado em procedimento obrigatório, sem possibilidade de remuneração dos profissionais pela verba de sucumbência. Isso é importante registrar porque tais honorários pertencem ao Advogado na forma do § 14 do art. 85 do CPC e que repetiu o que já vinha afirmado na Lei 8906/94, art. 23. Não é correto entender que a vítima, lesada em direito contratual, tenha de pagar advogado do bolso para exercer ação necessária sem honorários de sucumbência, porque isso depõe contra a natureza do sentido de justiça que se busca obter com a interpretação racional do direito das obrigações.

Nesse momento faz-se imperioso realçar o acerto do ponto de vista sobre a diferenciação (natureza) dos honorários contratuais e sucumbenciais, porque não se admite que se substitua um pelo outro, especialmente entender que os contratuais servem como sucumbenciais. Todavia e por extraordinárias peculiaridades nunca suscitadas pelo legislador, pode ocorrer essa transformação e de forma não intencional. É o que se justifica agora.

É de se entender que o valor dos honorários contratuais substitui o que os advogados teriam direito de receber pela sucumbência quando reconhecido o proveito da cautelar, verba não recebida pela natureza da medida



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cautelar ajuizada. Nestes termos é de se considerar que o valor contratual é de cunho substitutivo de uma parte estrutural da obrigação formada na sentença principal (a que condenou a recorrida a pagar os custos da reconstituição dos defeitos construtivos). Como o valor é compatível com o que seria pago caso houvesse sucumbência, é de se enquadrar as quantias pagas no conteúdo econômico da prestação aperfeiçoada no título judicial, evitando um dano para a parte lesada pelo inadimplemento. Na forma dos artigos 389 e 395 do CC, deve ser admitida a restituição dos honorários contratuais satisfeitos para o encerramento da medida cautelar de produção de provas.

No que tange ao acréscimo (15% do êxito que se obter na futura ação indenizatória), a interpretação é bem diversa. Essa cláusula contratual, que “subsiste viva na legislação e na praxe forense” (CLITO FORNACIARI JÚNIOR, *Notas de Processo Civil*, Edição Migalhas, 2022, p. 33) nada de ilegal possui. Todavia, não guarda vínculo com a relação obrigacional subjacente. É um adendo que interessou aos Advogados e a autora e que poderia não ter integrado aos termos do contrato. Trata-se de uma compensação extra ou um elemento incentivador da produção forense (*ad exitum*) e, obviamente, perde a feição que poderia ser qualificada de compulsória. A autora foi obrigada a contratar advogados para manejar a produção antecipada de provas e isso foi decisivo para inclusão do valor contratado na obrigação. Não estava ela comprometida com resultado de demanda indenizatória e muito menos se obrigar a pagar um *plus* por tal efeito.

O objeto da obrigação é aquele coincidente com o interesse do credor (EDUARDO A. ZANNONI, *Elementos de la obligación*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 121). O interesse direto do credor é obter a satisfação dos danos e, evidentemente, pagar mais para o advogado obter esse resultado, não está incluído entre os ônus que são repassados ao devedor. Então, esse complemento (honorários *ad exitum*) é meramente facultativo e não seria correto transferir tal encargo para a recorrida, constituindo um acréscimo diferenciado que a recorrente deverá arcar com exclusividade ou por arbítrio de seus atos próprios (consentimento). E tem mais: se o *ad exitum* fosse estipulado em razão da produção antecipada de provas, caberia interpretar pela sua lógica de mercado e nunca diante da futura ação indenizatória, que seria estudada (avaliado o seu *exitum*) de acordo com evento futuro (a prova antecipada). No momento da contratação o cliente não poderia prever eventual sucesso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou frustração do direito que seria esmiuçado na prova antecipada, pelo que essa combinação deve ficar restrita (fechada) entre ambos (cliente e advogado) sem repercussão ao devedor.

Em obra interessante sobre todos os temas relacionados ao Advogado (RAFAEL BIELSA, *La Abogacia*, 2^a edição, Imprenta de La Univervisadid Nacional del Litoral, Santa Fé, 1945) é defendida a legalidade da contratação denominada *quota litis* (p. 205). Esse modelo permite ao advogado cobrar proporcionalmente ao que cliente obtiver e guarda alguma relação com a cláusula *ad exitum* devido ao fato de a retribuição ser estipulada sobre um percentual do proveito econômico obtido. A diferença é a de que no sistema *quota litis* o advogado tem a titularidade de um montante do direito, enquanto que no *ad exitum* o advogado ganha uma remuneração sobre o que é obtido. Na primeira o advogado atua como se fosse sócio e responde por investimentos da demanda, enquanto que na outra não. O fato é que são semelhantes e BIELSA afirmou (p. 205), em relação a *quota litis*, que esse tipo de pacto firmado pelo advogado é *res inter alios acta* para os demais (terceiros). O princípio é o mesmo e, por isso, esse acréscimo do *ad exitum* foi excluído. Não subordina o devedor.

Quanto aos honorários de sucumbência carreados para a recorrente, com razão novamente a recorrente. Não houve sucumbência e isso desobriga a parte de pagar honorários (princípio da causalidade do art. 85 do CPC). A recorrente perdeu quase nada e deve ser aplicado o art. 86, parágrafo único, do CPC. As despesas (custas) dos processos são de responsabilidade (integral) da recorrida.

Isto posto, dá-se provimento, em parte ao recurso para incluir os honorários contratuais na prestação a cargo da recorrida (retornando ao valor de R\$ 75.982,40), rejeitado o pedido de condenação da recorrida em 15% do proveito econômico. E na forma do art. 86, § único, do CPC, desobriga-se a recorrente de pagar honorários de sucumbência. Diante do resultado, não há como majorar os honorários (art. 85, § 11º, do CPC), mantidos os 10% arbitrados às fls. 476. O dever de pagar custas é integral da recorrida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ENIO ZULIANI

Relator

Voto nº 26.806

Apelação Cível nº 1003766-39.2021.8.26.0477

Comarca: Praia Grande

Apelante: Condomínio Edifício Residencial -----

Apelado: ----- Construtora e Incorporadora Ltda

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Respeitado o entendimento da D. Maioria, peço vênia para apresentar divergência parcial da sempre bem fundamentada decisão do I. Desembargador **ENIO ZULIANI**.

Cinge-se o recurso de apelação do Condomínio ao recebimento dos honorários advocatícios contratuais que pagou aos seus advogados para propositura das ações judiciais, além de perdas e danos, consistentes na previsão no Contrato de Prestação de Serviços de Advocacia que firmou, na cláusula II, 4, item “b”, consistentes em 15% do valor do benefício econômico auferido no processo, que obrigou-se ainda a pagar a seus advogados constituídos, e para que afaste sua condenação nos ônus sucumbenciais, por entender ter decaído de parte mínima dos pedidos.

As preliminares foram muito bem afastadas no voto do E. Relator sorteado, pois a nulidade que decorreu do não cumprimento do disposto no § 2º do art. 1.023 do CPC/2015, com a intimação da parte embargada para se manifestar, foi sanada com a interposição da presente apelação, na qual pôde exercer a plenitude do direito de defesa, não restando-lhe qualquer prejuízo que devesse ser sanado, e por sua vez, o que ocorreu



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na verdade foi mero erro material ao incluir no dispositivo a condenação da ré ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 75.982,40, quando na fundamentação havia excluído tal condenação, o que poderia ser corrigido de ofício. Assim justificou o D. Magistrado na decisão dos embargos de declaração de fls. 527: “De fato, considerando-se que o valor de R\$ 75.982,40 descrito no item 'C' de fl. 41 e especificado na planilha de cálculo de fls. 245/246 inclui honorários advocatícios contratuais, os quais de acordo com a fundamentação da sentença as fls. 475 devem ser suportados pelo próprio Requerente, é o caso de se corrigir o dispositivo do julgado para limitar a condenação a título de danos materiais, neste aspecto, ao valor de R\$ 17.242,49”.

Respeitado o entendimento que já professei, a alteração de minha parte, em cumprimento ao disposto no art. 926 do CPC/2015, deveu-se ao rumo eleito pelo C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive adotado por sua Corte Especial e que acabou sedimentando o entendimento de que: "os custos provenientes da contratação de advogado para ajuizamento de ação, por si só, não constitui ilícito capaz de gerar dano material passível de indenização, tendo em vista estar inserido no exercício regular do contraditório e da ampla defesa" (AgInt na PET no AREsp 834.691/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 13/02/2019; AgRg no AREsp 516277/SP, QUARTA TURMA, Relator Ministro MARCO BUZZI, DJe de 04/09/2014; EREsp 1155527/MS, SEGUNDA SEÇÃO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe de 28/06/2012; AgRg no REsp 1.229.482/RJ, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 23/11/2012; AgRg no AREsp 430399/RS, QUARTA TURMA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 19/12/2014;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AgRg no AREsp 477296/RS, QUARTA TURMA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe de 02/02/2015; e AgRg no REsp 1481534/SP, QUARTA TURMA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 26/08/2015) (EREsp 1507864/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, **CORTE ESPECIAL**, julgado em 20/04/2016, DJe 11/05/2016), bem como que: "1. A jurisprudência deste Tribunal Superior, por sua Corte Especial, assentou o entendimento de que 'cabe ao perdedor da ação arcar com os honorários de advogado fixados pelo Juízo em decorrência da sucumbência (Código de Processo Civil de 1973, art. 20, e Novo Código de Processo Civil, art. 85), e não os honorários decorrentes de contratos firmados pela parte contrária e seu procurador, em circunstâncias particulares totalmente alheias à vontade do condenado' (EREsp 1.507.864/RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 11/5/2016)"(AgInt no AgInt no AREsp 886.010/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 22/03/2019), e, ainda, que: "Os honorários advocatícios contratuais não integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme o disposto nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002. Precedentes: REsp 1.480.225/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 11/9/2015; AgRg no REsp 1.507.864/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 25/9/2015; AgRg no REsp 1.481.534/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 26/8/2015" (AgRg no AREsp 746.234/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 19/11/2015).

Destarte, não é devido o ressarcimento de honorários



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

advocatícios contratuais a título de perdas e danos, relativos a própria ação ou outras relacionadas ao mesmo fato (AgInt no AREsp 770.218/PR, Rel.

Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 16/05/2017), como no caso de ação de produção antecipada de provas.

Melhor sorte não tem o que se denominou, no Contrato de Prestação de Serviços de Advocacia, de pro labore pelo “êxito da demanda” equivalente a 15% calculado sobre o benefício econômico auferido no processo, que tem a mesma natureza de honorários advocatícios contratuais, de exclusiva responsabilidade do contratante, no que acompanho o relator.

Por fim, como se verifica, não foi ínfima a sucumbência da apelante, não se aplicando o disposto no parágrafo único do art. 86 do CPC/2015, havendo sido fixados os honorários advocatícios sobre os valores pretendidos que foram afastados e rateadas as custas.

Pelo exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, majorando em 5% os honorários advocatícios devidos pelo apelante, em conformidade com o art. 85, § 11, do CPC/2015.

ALCIDES LEOPOLDO
3º JUIZ



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	8	Acórdãos Eletrônicos	ENIO SANTARELLI ZULIANI	1969645A
9	12	Declarações de Votos	ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JUNIOR	1990F47C

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1003766-39.2021.8.26.0477 e o código de confirmação da tabela acima.