

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TELEFONIA. PRESCRIÇÃO TRIENAL. COBRANÇA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DANO MORAL AFASTADO. IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A pretensão de repetição de indébito não decorrente de pedido de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, prescreve em três anos. Inteligência do artigo 206, §3º, IV, do CC.

- A cobrança por serviços alegados como não contratados, figura-se indevida, mormente quando a empresa de telefonia requerida deixa de comprovar fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito da autora. A sanção imposta pelo parágrafo único do art. 42 do CDC se aplica quando restar comprovada a culpa na cobrança indevida que, na hipótese dos autos, restou evidenciada na exigência pelo credor de crédito em valor superior ao que lhe era juridicamente devido.

- O dano moral é a lesão/violação de um direito personalíssimo que cause na vítima sensações negativas ou desprazerosas, que transborda a normalidade e a tolerabilidade do homem médio. É o rompimento do equilíbrio psicológico, é a violação da dignidade da pessoa humana. E por isso, o reconhecimento deve ocorrer em situações graves e sérias.

- O mero dissabor, decorrente de uma violação de relação negocial, mesmo com repercussão econômica, por si só, não gera direito ao recebimento de indenização por dano moral. As frustrações de relacionamentos devem ficar fora do Judiciário.

- Não violado direito personalíssimo indevido o reconhecimento de dano moral.

- Aos honorários advocatícios de sucumbência devem ser garantida autonomia, pertencerem ao advogado e preservado o reconhecimento de sua natureza alimentar e, assim, afastar-se a autorização da sua compensação.

ACOLHIDA A PRELIMINAR RECURSAL DA RÉ, E NO MÉRITO APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70063109664 (Nº CNJ: 0503529-72.2014.8.21.7000)

COMARCA DE ANTÔNIO PRADO

OI S. A.

APELANTE/APELADO

ANCYLA CLARA DE CESARO

APELANTE/APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher a preliminar argüida pela ré, e no mérito dar parcial provimento ao apelo e dar parcial provimento ao recurso da autora.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores DES.^a LIÉGE PURICELLI PIRES E DES. GIOVANNI CONTI.

Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2015.

DES. GELSON ROLIM STOCKER,

Relator.

RELATÓRIO

DES. GELSON ROLIM STOCKER (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interpostos, sucessivamente por OI S.A E ANCYLA CLARA DE CESARO, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais, inconformados com o julgamento de parcial procedência da ação.

Adoto o relatório da sentença (fls. 106-109):

ANCYLA CLARA DE CESARO, qualificada e representada, ingressou com a presente ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais, contra BRASIL TELECOM S/A, sucedida pela OI, também qualificada e representada, expondo que foram inseridas em sua fatura mensal de telefonia serviços não contratados, como o identificado por Franquia LDN Pacote 300 min.

Deferida a gratuidade de justiça – fls. 30/31.

Por intermédio da presente ação, busca o cancelamento dos serviços, a repetição dos valores indevidos e indenização por danos morais, a ser arbitrado pelo juízo.

Citada, a requerida apresentou contestação alegando em suma, necessidade de alteração do polo passivo para OI S.A.; ausência de interesse processual, pois descabido o pedido de exibição de documentos; decadência; prescrição trienal; regularidade das cobranças do serviço da linha telefônica da autora; inaplicabilidade do CDC; ausência de danos morais; impossibilidade de inversão do ônus da prova. Pede julgamento improcedente.

Réplica às fls. 88/105.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É O RELATO.

E a sentença assim decidiu em sua parte dispositiva:

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, para condenar a Brasil Telecom S/A, sucedida pela OI, a cancelar os serviços questionados, bem assim restituir os valores arrecadados nos últimos cinco anos, de forma simples (com correção e juros, na forma supra estabelecida), bem como pagar indenização por danos morais, que arbitro em 05 (cinco) salários mínimos, valor que haverá de ser atualizado a partir desta data pelo IGPM e contar juros de mora, de 12% ao ano, a partir do descabimento de recurso com efeito suspensivo.

Havendo recíproca sucumbência, arcará a parte demandada com 70% das custas processuais relativas ao feito e honorários advocatícios em favor do patrono da parte adversa, arbitrados em 10% sobre o valor da causa (atualizado somente pelo IGPM) e, a parte autora suportará 30% das custas e honorários do advogado da parte adversa fixados no mesmo percentual supra, e sobre a mesma base de cálculo, assegurado o direito de compensação quanto aos honorários advocatícios. Suspendo a exigibilidade dos ônus sucumbenciais, com relação à autora, pois litiga sob o amparo da gratuidade de justiça.

Nas razões recursais de OI S.A (fls. 111-131) sustenta, preliminarmente, prescrição trienal, haja vista a demanda versar acerca de alegado enriquecimento injustificado, incidindo o disposto no art. 206, §3º, IV do CC. No mérito, aduz a regularidade das cobranças. Assevera que os serviços foram devidamente contratados, através do call center e utilizados pela autora. Menciona, a título de argumentação, que os valores devem ser devolvidos na forma simples, recaindo apenas nos efetivamente comprovados nos autos pela autora. Refuta a existência de dano moral a ser indenizado, por aduzir ausência de constrangimento. Postula provimento do apelo, com a reforma integral da sentença e a inversão dos ônus da sucumbência.

Nas razões de ANCYLA CLARA DE CESARO (fls. 136-152) sustenta a necessidade de majorar a verba indenizatória fixado pelo juízo a quo. Assevera que a repetição dos valores pagos indevidamente deve ser feita em dobro e não na forma simples. Por fim, requer que seja vedado à compensação dos honorários advocatícios. Postula provimento.

Foram apresentadas contrarrazões de OI S.A (fls. 173-178) e de ANCYLA CLARA DE CESARO (fls. 181-192).

Dispensado de preparo o recurso da autora, por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita e preparado o da ré, vieram os autos conclusos para julgamento.

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552, do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. GELSON ROLIM STOCKER (RELATOR)

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Trata-se de ação declaratória de cobrança indevida cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais decorrentes, tudo relativo aos serviços de telefonia não contratados pela parte autora.

A douta julgadora a quo julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial, contra a qual as partes manejaram recurso de apelação que ora se examina.

Registro, de início, que em razão da similitude das matérias invocadas pelas partes, analiso em conjunto ambos os recursos.

DA PRESCRIÇÃO TRIENAL.

Verificado que a pretensão dos autos é de ressarcimento por pagamento indevido deve ser aplicável o prazo prescricional do artigo 206, §3º, IV, do Código Civil .

Cito precedente desta 17ª Câmara Cível e do STJ:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. BRASIL TELECOM. COBRANÇA INDEVIDA. OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO AO PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL DISPOSTO NO ARTIGO 206, §3º, IV DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS CONTROLADORES DE CRÉDITO. I - A pretensão de repetição dos valores pagos indevidamente prescreve em três anos, nos termos do artigo 206, §3º, IV do Código Civil. II - Cobrança de serviços de telefonia sem a prova da contratação. Restituição dos valores em dobro relativos aos meses em que houve cobrança/pagamento indevido. III - Ausência de inscrição nos órgãos restritivos de crédito. Dano moral afastado. APELO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DA RÉ PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056251721, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 03/10/2013)

CONSUMIDOR E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES. INCIDÊNCIA DAS NORMAS RELATIVAS À PRESCRIÇÃO INSCULPIDAS NO CÓDIGO CIVIL. PRAZO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

1. O diploma civil brasileiro divide os prazos prescricionais em duas espécies. O prazo geral decenal, previsto no art. 205, destina-se às ações de caráter ordinário, quando a lei não houver fixado prazo menor. Os prazos especiais, por sua vez, dirigem-se a direitos expressamente mencionados, podendo ser anuais, bienais, trienais, quadrienais e quinquenais, conforme as disposições contidas nos parágrafos do art. 206.

2. A discussão acerca da cobrança de valores indevidos por parte do fornecedor se insere no âmbito de aplicação do art. 206, §3º, IV, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Havendo regra específica, não há que se falar na aplicação do prazo geral decenal previsto do art. 205 do CDC. Precedente.

3. A incidência da regra de prescrição prevista no art. 27 do CDC tem como requisito essencial a formulação de pedido de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, o que não ocorreu na espécie.

4. O pedido de repetição de cobrança excessiva que teve início ainda sob a égide do CC/16 exige um exame de direito intertemporal, a fim de aferir a incidência ou não da regra de transição prevista no art.

2.028 do CC/02.

5. De acordo com esse dispositivo, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/16: i) o prazo da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/02; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/02 entrou em vigor, em 11 de janeiro de 2003.

6. Considerando que não houve impugnação do dies a quo do prazo prescricional definido pelo Tribunal de Origem - data da colação de grau do recorrente, momento no qual ocorreu o término da prestação de serviço educacional -, e que, na espécie, quando o CC/02 entrou em vigor não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional previsto na lei antiga, incide o prazo prescricional trienal do CC/02, motivo pelo qual o acórdão recorrido não merece reforma.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1238737/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011)

(grifei)

Portanto, a repetição de indébito deve observar a prescrição trienal para a devolução dos valores cobrados a maior em casos de reconhecimento da abusividade das prestações indevidamente suportadas pelo consumidor.

COBRANÇA INDEVIDA.

Trata-se de relação de consumo, enquadrando-se as partes na condição de fornecedor e consumidor, nos termos dos artigos 2º, 3º do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, aplica-se ao caso vertente os institutos previstos no Estatuto Consumerista, dentre eles a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

No caso dos autos, a autora informa que foram inseridas em sua fatura mensal de telefonia serviços não contratados, identificados como Franquia LDN Pacote 300 min.

Em contrapartida, a empresa requerida, em sua defesa, se limitou a discorrer, genericamente, acerca da legalidade da cobrança do débito, sem, ao menos, trazer aos autos cópia do mencionado contrato com o fito de demonstrar a lisura da cobrança.

Diante do exposto, a parte de telefonia não se desincumbiu do ônus de demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora (art. 333, II do CPC), e, portanto, deve ser responsabilizada em relação ao direito pleiteado de restituição dos valores.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO

A repetição de indébito é instituto de Direito privado e encontra justificativa jurídica no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, havendo disposição legal tanto no CC/2002 quanto no CDC. Dispõe expressamente o parágrafo único do art. 42 do CDC que: "O consumidor cobrado em quantia indevida tem o direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável". A dobra estipulada no referido dispositivo legal tem a natureza de sanção legal, devendo ser aplicada quando ficar comprovada a cobrança indevida contra o consumidor, que só é afastada mediante a ocorrência de engano justificável por parte do fornecedor.

No caso dos autos, restou evidenciada a cobrança e o pagamento indevido, já que a empresa ré tinha plenas condições de identificar a inexigibilidade das faturas impugnadas pela consumidora. Por outro lado, as Turmas que compõe a Primeira Seção do STJ firmaram orientação no sentido de que basta a verificação de culpa na hipótese para que se aplique a regra do parágrafo único do art. 42 do CPC.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS TELEFÔNICOS NÃO SOLICITADOS PELO USUÁRIO. COBRANÇA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. REVISÃO DO ACÓRDÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Dispõe o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor que "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o engano é considerado justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do prestador do serviço público.

(...)

(AgRg no AREsp 431.065/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Com efeito, caracterizada nos autos a cobrança indevida e o recebimento do pagamento das faturas telefônicas, não se enquadrando o caso em tela nas situações de engano justificável ou boa-fé, inegável reconhecer o direito do consumidor à restituição, em dobro, dos valores pagos indevidamente.

Superadas as questões acima evidenciadas, impende proceder à análise da ocorrência ou não do fato gerador do dano moral reclamado na inicial.

DANO MORAL

Inicialmente destaco que, de regra, o mero descumprimento contratual não gera danos morais, pois, para a configuração é necessário a comprovação de "circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação".

Aliás, este o entendimento do STJ de que o mero inadimplemento contratual não gera indenização por danos morais:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO O PAGAMENTO DE SEGURO DE VEÍCULO FURTADO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA.

1. Pretensão da segurada voltada à condenação da seguradora ao pagamento de indenização por dano moral decorrente do atraso no embolso do seguro de veículo furtado. Nos termos da jurisprudência do STJ, o mero dissabor ou aborrecimento, experimentado em razão de inadimplemento contratual, não configura, em regra, prejuízo extrapatrimonial indenizável. Incidência da Súmula 83/STJ.

(...)

(AgRg no AREsp 77.069/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014).

Assim, devemos verificar se da situação vivenciada pela parte autora, além da reprovável atitude da parte ré, atinge-se a excepcionalidade exigida para caracterizar o seu direito a percepção do dano imaterial que nomina de dano moral.

Registro, ainda, que estamos diante de uma relação de consumo, cuja inversão do ônus da prova no caso em julgamento se dá ope legis.

Então, reiterando nosso entendimento de que o dano moral, como um dos danos extrapatrimoniais protegidos pela legislação brasileira, não se caracteriza quando há mero aborrecimento, mesmo que inerente a prejuízo material, pois deve violar os direitos de personalidades, os chamados bens da alma segundo Wilson de Melo Silva, penso que não procede ao pedido formulado na inicial, pois ausente “circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação”.

A cobrança indevida não atinge os direitos de personalidade ou não rompe o equilíbrio psicológico que deve estar presente no homem médio, não podendo resultar no direito a uma indenização. A parte não perdeu o bom nome, tampouco o crédito; enfim, nada perdeu a parte autora que não seja o próprio valor indevidamente cobrado e pago, agora recuperado e em dobro.

A irresignação não ultrapassa a barreira do incômodo decorrente de uma negociação descumprida unilateralmente.

O dano moral deve ser usado para as coisas graves e sérias. A vida de relações/frustrações de relacionamentos deve ficar fora do judiciário.

Sobre o tema, trago à colação o seguinte julgado deste e. Tribunal de Justiça, in verbis:
APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. INDENIZAÇÃO. CONSUMIDOR. BRASIL TELECOM. NÃO CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO. CHAMADA EM ESPERA, SIGA-ME, SOS FONE, ARREC TERC SEG PREM ACE E FRANQUIA 600 MINUTOS. CANCELAMENTO DO SERVIÇO. MERO DISSABOR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Em que pese o incômodo sofrido pelo autor, tal fato não desbordou dos limites comuns no enfrentamento de problemas da vida do cotidiano. Inviável, assim, a concessão da indenização vindicada, não passando os fatos narrados na inicial de meros dissabores ou aborrecimentos, incapaz de gerar dano de natureza moral. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO. (Apelação Cível Nº 70037943057, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Renato Alves da Silva, Julgado em 12/05/2011)

No caso em tela, mesmo reconhecendo-se a ilegalidade da cobrança, dela não se conclui pela ocorrência de um dano moral indenizável.

DA QUESTÃO DA COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA.

No que tange à compensação da verba honorária de sucumbência, teço considerações introdutórias, necessárias para o fim proposto, qual seja, de rever posições e encetar a (re)discussão da matéria.

A justa remuneração do advogado vem ao encontro da sua indispensabilidade à administração da Justiça, conforme o art. 133 da CF e como tal há de ser considerada, pois representa a retribuição pelo trabalho realizado por um agente indispensável e não remunerado pelo Estado.

A Lei nº 8.906, de 1994, que instituiu o Estatuto da Advocacia e do Advogado garantiu além do direito à percepção dos honorários pelo advogado, tanto os contratuais como os sucumbenciais, a sua autonomia e o seu caráter alimentar. Trata-se de uma verba fixada na sentença, ao terceiro cuja participação no processo é exigida por lei e que tenha legitimidade processual para representar as partes, mas que com estas não se confunda.

Então, em razão de sua autonomia, seu caráter alimentar e por se tratar de crédito de terceiro, não vejo como se admitir a compensação dessa verba, quando da ocorrência da sucumbência recíproca, ao menos após a edição da Lei nº 8.906/94.

No entanto, além da Súmula 306, o STJ tem reiterado e repetidamente decidido pela possibilidade de sua compensação. Da mesma forma, nossos Tribunais Estaduais e Federais são uníssomos no mesmo entendimento. São exemplos disso no Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Resp nº 555358, AgRg no Resp nº 1020877, AgRg no Resp nº 954853, REsp nº 201105, REsp nº 1184638, REsp nº 872959, EDCI no REsp nº 1144343 e EDCI no REsp nº 1188094, só para citar alguns precedentes. A Corte Especial do STJ também assim decidiu no REsp 963528, tendo como Relator o Min. LUIZ FUX.

Até mesmo quando uma das partes litiga com o benefício da AJG o entendimento está pacificado pela possibilidade da compensação (vide REsp nº 1187478). Além disso, o que também impressiona é o fato de os próprios advogados, interessados que deveriam ser na não compensação, arguirem exatamente o contrário, ou seja, a ocorrência dela.

Por essas e outras questões, cheguei a por em dúvida se decisões isoladas e minoritárias, que julgavam pela não compensação dos honorários de sucumbência resultariam em efetividade na prestação jurisdicional ou se estaríamos criando uma expectativa que não aconteceria, pois a

interposição de Recurso Especial resultava, invariavelmente, na reforma desse entendimento no STJ, restando ao final e ao cabo, autorizada a compensação.

Por tais razões, apesar de sempre entender que os honorários são do advogado (autonomia), não compensáveis (crédito de natureza diversa e de credores distintos) e de natureza alimentar (reconhecido no STJ) e ressaltar que esse é o meu entendimento, quando expressamente requerido, passei a adotar a orientação da Súmula 306 do STJ.

Penso, contudo, que chegou a hora de rever novamente minha posição, retornando ao princípio.

Se os honorários são do advogado (razão de ser de sua autonomia) e se possuem natureza alimentar (reconhecida tal natureza de forma uníssona na doutrina e na jurisprudência, inclusive do STJ), a compensação não pode ser reconhecida.

Pela redação dada pela Lei nº 6.355, de 8/9/1976, que alterou a redação do art. 20 do CPC original, ficou definido que a sentença deve condenar o vencido a pagar ao vencedor as despesas e honorários advocatícios.

A falta de clareza da norma já nessa redação criou a dúvida e a divergência jurisprudencial sobre a possibilidade da compensação, ou não, da verba de honorários sucumbenciais.

Para surpresa de muitos, o que poderia ser resolvido com uma interpretação sistêmica e natural das normas jurídicas desaguou na definição jurisprudencial pela compensação. Disse da “surpresa de muitos”, pois penso que a solução deveria ter se dado pela análise da natureza do crédito, pela especialização da norma e pela temporariedade entre elas, de modo a não se aplicar o instituto da compensação dos honorários.

Primeiramente, a compensação de honorários é indevida porque os credores são distintos, não restando preenchidos, portanto, os requisitos da compensação previstos nos art. 1009 e seguintes, Código Civil de 1916 e art. 368 e seguintes do Código Civil de 2002.

Doutrina Silvio Rodrigues, “... a compensação compõe-se de pagamentos recíprocos, efetuados com créditos também recíprocos. Assim, para que haja compensação, mister se faz a presença de obrigações e créditos recíprocos, entre as mesmas partes”.

Não é divergente o que nos ensina Yussef Said Cahali:

“Realmente, na vigência do novo Estatuto da Ordem, ainda que promovida a execução pelo cliente, tendo por objeto a totalidade da condenação incluindo os encargos processuais, a verba concernente aos honorários de sucumbência restará incólume de qualquer compensação pretendida pelo executado...”.

Inobstante a previsão legal do instituto da compensação no nosso sistema legislativo civil, que impede a compensação de honorários de sucumbência recíproca, por serem distintos os credores, com o advento da Lei nº 8.009, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), de mesma hierarquia do Código Civil e mais recente na vigência, as dúvidas deveriam ter sido espancadas em favor da não compensação, tendo em vista a especialização e a vigência posterior dessa lei em relação ao CPC.

Diz a atual legislação vigente (Lei nº 8.009/94) especializada na questão de honorários, sobre a natureza e a legitimidade/titularidade da percepção dessa verba de sucumbência, in verbis:

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

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

Art. 24.

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

Ora, me parece claro que tendo: o artigo 22 do Estatuto da OAB assegurado a percepção dos honorários ao advogado (e não à parte); tendo o seu art. 23 expressado que tal verba é do advogado (e não da parte ou de terceiro); e tendo o art. 24 definido a nulidade da estipulação que retire do advogado tal direito, não poderia prevalecer a tese da compensação de honorários advocatícios de sucumbência reciprocamente fixados.

Apesar disso, a Súmula 306 do STJ continua vigendo e gerando efeitos interpretativos na jurisprudência, inclusive, como disse alhures, influenciando na efetividade da prestação jurisdicional.

Aliás, sobre a vigência do entendimento jurisprudencial autorizando a compensação, entre eles os já citados e a própria Súmula 306 do STJ, não é demasiado trazer as luzes de Wellington Luzia Teixeira:

“... se os honorários de advogado, de qualquer espécie, já que a decisão do Supremo Tribunal Federal não fez nenhuma distinção, possuem caráter alimentar, ou seja, têm preferência no momento do pagamento e visam a manutenção do advogado e da sua família, nada mais justifica as

decisões judiciais que ainda determinam a sua compensação, nas hipóteses de sucumbência recíproca, mesmo existindo previsão legal para tanto...”.

A Lei deve prevalecer sobre a Súmula, pois esta é fruto da interpretação do Judiciário, enquanto aquela é decorrente do processo legislativo, ou seja, a legitimidade do processo legislativo deve se sobrepor sobre o jurisprudencial.

Agora, em breve, chegará o novo Código de Processo Civil, Lei que depende de vigência ainda, mas que veda expressamente a compensação dos honorários advocatícios de sucumbência. É o que prevê o parágrafo 14 do art. 85 do novo Código de Processo Civil, na atual e última redação:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 14 - Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial. (grifei)

É bem provável que haverá os que irão esgrimir nulidade, incongruência, inconstitucionalidade, injustiça ou qualquer outro argumento falacioso para não querer dar eficácia e eficiência ao referido dispositivo que expressamente afasta a compensação em questão.

Também, é provável, que alguns dirão precipitado esse meu entendimento, pois ainda não vigente a nova Lei. Adianto que não se trata disso, pois o uso da nova redação proposta no § 14, do art. 85, do novo (futuro) CPC é apenas um argumento de reforço, no sentido de que desde sempre o legislador não quis a compensação da verba honorária, a qual só veio a acontecer por obra da interpretação jurisprudencial, que muitas vezes exagera legislando e não apenas interpretando. Na verdade, mesmo sem a vigência da reforma do CPC não é possível a imposição da compensação pelas razões expostas.

Por tais fundamentos, estou votando para não autorizar a compensação de honorários sucumbências, mesmo quando houver sucumbência recíproca.

DISPOSITIVO.

Diante do exposto, acolho a preliminar da ré, no sentido de determinar a incidência da prescrição trienal no presente feito e, no mérito, dou parcial provimento a apelo, a fim de afastar a condenação a título de danos morais. Dou parcial provimento ao recurso da autora para reformar a r. sentença e condenar a requerida a efetuar a restituição em dobro.

Tendo em vista a modificação da sentença, redistribuo os ônus sucumbenciais, para determinar que a parte autora pague o valor correspondente a 40% das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré no valor de R\$ 1.000,00, suspensa a exigibilidade por ser beneficiária da AJG e condenar a parte ré a arcar com as custas remanescentes (60%) e honorários advocatícios a favor do patrono da parte autora no valor de R\$ 1.400,00. Sem possibilidade de compensação.

É o voto.

DES.^a LIÉGE PURICELLI PIRES (REVISORA)

Acompanho o Eminentíssimo Relator.

Entendo necessária minha manifestação apenas acerca da questão relacionada à compensação de honorários advocatícios.

Em que pese tenha adotado por muito tempo o teor da Súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça, que, friso, não possui caráter vinculante, melhor revendo a questão, posiciono-me pela impossibilidade do comando de compensação.

Os honorários sucumbenciais têm natureza autônoma, ou seja, são do advogado, tanto é que ele pode executar diretamente a verba que lhe é devida, mesmo não sendo parte no processo. Quanto ao ponto, vejam-se os arts. 22, 23 e 24 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. De outro lado, imperioso se mostra o reconhecimento da natureza alimentar de dita verba. E, não fossem tais peculiaridades, ainda verifico que existe impossibilidade de compensação em razão da inaplicabilidade do art. 368 e seguintes do Código Civil (correspondente ao art. 1.009 e seguintes do Diploma anterior), porque se tratam de distintos credores.

E não é demais ressaltar que o Novo Código de Processo Civil, embora ainda não vigente, apresenta expressa vedação, em seu art. 85, §14, da compensação dos honorários advocatícios sucumbenciais em caso de sucumbência parcial.

Fica, portanto, vedada a compensação entre os honorários.

DES. GIOVANNI CONTI

Atento ao preconizado pela Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, posicionei-me, nos mais diversos feitos, pela possibilidade de compensação dos honorários advocatícios em caso de sucumbência recíproca.

Contudo, após inquietações a respeito do tema, passo a perfilar-me ao entendimento de que referido posicionamento sumular não pode persistir e ser aplicado, por manifesta afronta à Lei Civil. Certo é que a condenação da parte sucumbente aos ônus sucumbenciais tinha como intuito principal buscar ressarcir a parte vencedora das despesas ocasionadas no curso processual, com a devolução a ela das custas e despesas processuais pagas, além de honorários sucumbenciais, objetivando saldar parte dos gastos realizados com a contratação do seu patrono.

Nesse bojo, correta e perfeitamente aplicável era o disposto no art. 21, caput, do CPC (Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973), porque havia entre as partes clara relação de credor/devedor, e possuíam as verbas a ser compensadas a mesma natureza, qual seja, a de verba indenizatória.

Também possível era a sua aplicação porque, até a entrada em vigor da Lei 8.906, de 1994 (Estatuto da Advocacia), pairavam dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais com relação a quem pertencia a verba honorária sucumbencial pela ausência de redação cristalina acerca do tema.

Ocorre que, com a entrada em vigor do Estatuto da Advocacia, de forma clara e precisa passou a se estabelecer que os honorários sucumbenciais pertencem, única e exclusivamente, ao advogado, e não mais às partes litigantes, nos exatos termos dos artigos 22 e 23, da referido diploma normativo: "Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência".

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

Este fato faz com que, nos termos do art. 368, do Código Civil/2002, que versa sobre o instituto da compensação, imediatamente se torne impossível compensar honorários advocatícios, pois não mais presente a relação de credor e devedor com relação à verba sucumbencial.

Sobre o tema, a doutrina de MEDINA:

"Os honorários advocatícios pertencem ao advogado (art. 23 da Lei 8.906/94). Os honorários são remuneração pelo trabalho do advogado, tendo caráter alimentar. Assim, se ambas as partes forem sucumbentes, deverão ser condenadas a pagar ao advogado da outra o valor dos honorários respectivos. Como credor dos honorários é o advogado (e não a parte por ele representada), os honorários devidos aos advogados de partes adversárias não podem ser compensados. O art. 21 do CPC deve ser interpretado à luz do art. 23 da Lei n. 8.906/94, regra que lhe é posterior".

Note-se que o art. 368 do CC, é indubitável ao estabelecer a necessidade de que exista, entre as partes que compensaram obrigações, relação de credor e devedor.

In verbis:

"Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem".

Aliás, estas são igualmente as lições de MARTINS - COSTA:

"A compensação é uma forma de extinção recíproca das obrigações, traduzindo-se, fundamentalmente, na extinção de duas obrigações, sendo o credor de uma delas devedor na outra, e o credor desta última devedor na primeira. Na expressiva linguagem de Pontes de Miranda, 'compensar é pesar dois créditos, um de A contra B e outro de B contra A, um pelo outro', razão pela qual alude-se à existência de 'dívidas cruzadas' ou contrapostas. (...)

Trata-se, contudo, de uma equidade associada à reciprocidade: a compensação é a tradução de um poder derivado do fato da coexistência recíproca de obrigações. A reciprocidade, anota Perlingieri, é de 'per se', a 'fattispecie' juridicamente relevante, pois explica o poder de neutralizar o pedido de adimplemento de uma parte relativamente à outra".

Assim, vez que ausente relação direta nos autos de credor/devedor, devedor/credor entre parte sucumbente e advogado da parte vencedora, não há como se falar em compensação de honorários advocatícios, em atendimento ao art. 21, caput, do CPC e Súmula nº 306, do STJ.

Aliás, observa-se, também, que não se justifica o fundamento do Superior Tribunal de Justiça de que os honorários sucumbenciais nascem somente quando já definida a sucumbência e já operada a compensação das verbas, porque, inclusive, os honorários sucumbenciais não mais comportam natureza de ressarcimento, conforme entendimento desta mesma Corte Superior, mas sim têm natureza e caráter nitidamente alimentar, circunstância que, por todas as ordens, também impede a sua compensação.

Vejam-se posicionamentos recentes neste sentido:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO ECOBRANÇA DE ALUGUEIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITOS TRABALHISTAS. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

(...)

2- O tratamento dispensado aos honorários advocatícios - no que refere à sujeição aos efeitos da recuperação judicial - deve ser o mesmo conferido aos créditos de origem trabalhista, em virtude de ambos ostentarem natureza alimentar.

(...)

4- Recurso especial conhecido e provido”.

(REsp 1377764/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 29/08/2013).”

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR, MESMO QUANDO SE TRATAR DE VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COLISÃO ENTRE O DIREITO A ALIMENTOS DO CREDOR E O DIREITO DE MESMA NATUREZA DO DEVEDOR.

1.- Honorários advocatícios, sejam contratuais, sejam sucumbenciais, possuem natureza alimentar. (REsp 706331/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Corte Especial, DJe 31/03/2008).

(...)

3.- Recurso Especial provido.

(REsp 948.492/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011).”

E esta vedação de compensação, vez que se tratam os honorários sucumbenciais de verbas alimentares, decorre do disposto no art. 373, III, do CC c/c art. 649, IV, do CPC:

"Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:

(...)

III - se uma for de coisa não suscetível de penhora".

"Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo";

Portanto, se a verba honorária pertence única e exclusivamente ao advogado, ostentando natureza alimentar e não ressarcitória, como o próprio STJ vem amplamente se manifestando, não só vedada a sua compensação pela ausência de relação recíproca entre parte e patrono da parte adversa de credor/devedor, como também porque esta verba possui natureza alimentar e, por consequência, impenhorável e não compensável.

Merece destaque a confiável doutrina de Yussef Said Cahali que, observando os avanços legislativos, em sua obra “Honorários Advocatícios”, ressalta que:

“(...) na vigência do novo Estatuto da Ordem, ainda que promovida a execução pelo cliente, tendo por objeto a totalidade da condenação incluindo os encargos processuais, a verba concernente aos honorários de sucumbência restará incólume de qualquer compensação pretendida pelo executado: afirmando enfaticamente o art. 23 da Lei 8.906/94 que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado” por direito autônomo, sendo nula (art. 24, § 3º) qualquer cláusula contratual que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários da sucumbência, daí decorre que o direito próprio do patrono não se sujeita, em nenhum caso, à exceção da compensação de crédito do executado oponível à parte vencedora exequente pois é terceiro estranho às relações obrigacionais existentes entre os demandantes”.

Disso tudo se percebe a existência de contradição no fundamento que ensejou a redação da Súmula nº 306 do STJ, o que faz com que este Magistrado passe a deixar de aplicá-la, preferindo manter íntegro o disposto na Lei Civil e no Estatuto da Advocacia, passando a considerar o art. 21, caput, do CPC, na sua parte final, em que prevê a compensação de verba honorária, como letra morta por derrogação, vez que aquelas são leis mais recentes que esta.

Ainda, para além do já exposto, apenas enquanto reforço argumentativo, vez que se trata apenas de redação do projeto do Novo Código de Processo Civil, e, portanto, ainda sem valor legal, é válido ressaltar que, na sua redação, está prevista a vedação da compensação da verba honorária, justamente pela sua natureza alimentar, alteração mantida até então:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 14º Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial".

Logo, perfilando-me aos que entendem impossível a compensação dos honorários advocatícios, passo a considerar vedada a sua compensação, devendo-se, em caso de sucumbência recíproca, cada patrono receber individualmente a verba sucumbencial que lhe couber.

Neste sentido, cito precedente desta câmara:

"APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TELEFONIA. PRESCRIÇÃO TRIENAL. COBRANÇA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DANO MORAL AFASTADO. IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

- Aos honorários advocatícios de sucumbência devem ser garantida autonomia, pertencerem ao advogado e preservado o reconhecimento de sua natureza alimentar e, assim, afastar-se a autorização da sua compensação.

ACOLHIDA A PRELIMINAR RECURSAL DA RÉ, E NO MÉRITO APELO PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70063109664, Décima Setima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 26/02/2015)" Grifei.

Por tais fundamentos, estou votando para não autorizar a compensação de honorários sucumbências, mesmo quando houver sucumbência recíproca, nos termos do voto do Eminentíssimo Relator.

DES. GELSON ROLIM STOCKER - Presidente - Apelação Cível nº 70063109664, Comarca de Antônio Prado: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR ARGÜÍDA PELA RÉ, E NO MÉRITO DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA."

Julgador de 1º Grau: NILTON LUIS ELSENBRUCH FILOMENA