



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 595.188 - RS (2003/0173535-8)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
RECORRENTE : LIANA MAHFUZ TIMM
ADVOGADO : MARCELO DELLA GIUSTINA
RECORRIDO : LUIZ RODOLFO VILLANOVA FIN
ADVOGADO : EDUARDO RODRIGUES FRANÇA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO (ART. 267, § 3º, DO CPC). PRECLUI A DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação às condições da ação, que devem ser apreciadas ainda que arguidas em sede recursal.
2. A indevida qualificação de defesa de mérito como condição da ação não transforma sua natureza jurídica.
3. O arbitramento e a condenação ao pagamento de honorários advocatícios contratuais são pedidos juridicamente possíveis. Outorgante que se beneficiou dos serviços advocatícios é parte legítima passiva para a ação condenatória. Teoria da asserção, que leva em conta, para verificar as condições da ação, o alegado pela parte na inicial.
4. Precluem as defesas de mérito não oferecidas em contestação ou objeto de agravo retido não reiterado na apelação.
5. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 22 de novembro de 2011 (Data do Julgamento)

Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 595.188 - RS (2003/0173535-8) (f)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
RECORRENTE : LIANA MAHFUZ TIMM
ADVOGADO : MARCELO DELLA GIUSTINA
RECORRIDO : LUIZ RODOLFO VILLANOVA FIN
ADVOGADO : EDUARDO RODRIGUES FRANÇA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): Na origem, trata-se de ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios contratuais. O pedido foi julgado procedente em 1º grau e, com a revisão de determinadas quantias, confirmado em 2º grau.

No recurso especial interposto pela devedora (fls. 528/546) é apontada violação aos arts. 131, 165, 267, IV e VI, 471, II, e 535, do CPC, além de divergência jurisprudencial.

A recorrente sustenta, em síntese, que o TJRS não enfrentou algumas razões de defesa for força da preclusão, o que contraria a legislação e a jurisprudência desta Corte. Isto porque, independentemente da ausência de reiteração do agravo retido ou da inovação de argumento em sede de apelação, as questões deveriam ser analisadas por consistirem matérias de ordem pública.

São elas: (i) as condições da ação (impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva), (ii) a aleatoriedade da remuneração profissional e (iii) a extinção da obrigação em virtude de força maior.

A impossibilidade jurídica do pedido, de acordo com a recorrente, consistiria na previsão contida na tabela de honorários da Seccional gaúcha da OAB segundo a qual o pagamento de honorários, na assistência jurídica, apenas seria devido no caso de vantagem econômica para o assistido.

Também, segundo a recorrente, haveria ilegitimidade passiva, pois os honorários advocatícios devem ser pagos pela parte sucumbente e não por quem se valeu dos serviços advocatícios.

No juízo de admissibilidade perante o Tribunal *a quo* afastou-se a violação ao arts. 165 e 535 do CPC e admitiu-se o recurso em relação à alegada preclusão de matérias consideradas pela parte como questões de ordem pública (fls. 597/599).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 595.188 - RS (2003/0173535-8) (f)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
RECORRENTE : LIANA MAHFUZ TIMM
ADVOGADO : MARCELO DELLA GIUSTINA
RECORRIDO : LUIZ RODOLFO VILLANOVA FIN
ADVOGADO : EDUARDO RODRIGUES FRANÇA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO (ART. 267, § 3º, DO CPC). PRECLUI A DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação às condições da ação, que devem ser apreciadas ainda que arguidas em sede recursal.
2. A indevida qualificação de defesa de mérito como condição da ação não transforma sua natureza jurídica.
3. O arbitramento e a condenação ao pagamento de honorários advocatícios contratuais são pedidos juridicamente possíveis. Outorgante que se beneficiou dos serviços advocatícios é parte legítima passiva para a ação condenatória. Teoria da asserção, que leva em conta, para verificar as condições da ação, o alegado pela parte na inicial.
4. Precluem as defesas de mérito não oferecidas em contestação ou objeto de agravo retido não reiterado na apelação.
5. Recurso Especial não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 595.188 - RS (2003/0173535-8) (f)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
RECORRENTE : LIANA MAHFUZ TIMM
ADVOGADO : MARCELO DELLA GIUSTINA
RECORRIDO : LUIZ RODOLFO VILLANOVA FIN
ADVOGADO : EDUARDO RODRIGUES FRANÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): O recurso especial foi interposto ao argumento de violação a diversos dispositivos do CPC, mas somente admitido, na origem, em relação à inobservância do artigo 267 e à divergência jurisprudencial sobre a preclusão de matérias relacionadas às condições da ação.

Correta a inadmissão quanto aos demais dispositivos legais, por inexistir falha processual no acórdão de origem e pela falta de prequestionamento.

Assim, passo à análise do recurso quanto à ocorrência de preclusão de argumentos de defesa que a recorrente qualifica como relativos às condições da ação.

De início, cumpre registrar que as condições da ação, ainda que não arguidas em 1º grau ou não reiterado o agravo retido, devem ser analisadas pelo Tribunal intermediário por se tratar de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício e insuscetível de preclusão.

Nesse sentido, diversos os precedentes desta Corte, dentre os quais destaco:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE SANEAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. As matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação - mesmo que a parte não tenha interposto o recurso próprio (agravo).

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.254.589/SC, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/9/2011, DJe 30/9/2011).

No presente recurso a recorrente invoca a impossibilidade de preclusão em relação às seguintes teses de defesa: (i) condições da ação, (ii) aleatoriedade da remuneração profissional e (iii) extinção da obrigação em virtude de força maior.

Sucede, porém, que apenas o primeiro argumento envolve matéria não sujeita à preclusão, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC. Quanto aos demais – tipicamente de mérito – revela-se incabível sua análise nesta via especial, pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistência de impugnação no momento oportuno, além da ausência de prequestionamento e da necessidade de se revolver matéria fática para se concluir de forma distinta.

Nesse contexto, resta enfrentar as razões classificadas pela recorrente como afetas às condições da ação.

Nesse sentido, a apelação de fls. 480/484 alude à impossibilidade jurídica do pedido (argumento oferecido desde a contestação - fls. 341/342) e à ilegitimidade de parte (apresentado apenas em sede recursal).

Segundo a recorrente, a impossibilidade jurídica do pedido consistiria no fato de a tabela de honorários da Seccional da OAB do Rio Grande do Sul, vigente à época dos fatos, prever, no caso de assistência jurídica, o pagamento de honorários apenas se houvesse "vantagem econômica para o assistido" (fl. 481). A ilegitimidade passiva escora-se no argumento segundo o qual o pagamento de honorários deveria ser feito pela parte *ex adversa*, vencida na demanda, e não pela parte que se valeu dos serviços do advogado (fl. 483).

Ao examinar tais abordagens, fica evidente não se estar diante de debate relacionado às condições da ação, mas sim ao mérito – este definido como o pedido formulado pela parte ou, mais precisamente, a "relação existente entre o pedido e a causa de pedir" (JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA e outros, O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação, *Revista de Processo* 152/23).

LIEBMAN se refere à possibilidade jurídica do pedido como:

"admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não estando expressamente proibido" (*Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 205).

É o que se verifica no caso dos autos. Com efeito, a cobrança de honorários realizada pelo patrono em face de seu cliente é um provimento admitido em abstrato pela legislação material e processual, portanto, juridicamente possível.

A recorrente, considerando o disposto na tabela da OAB, articula não ser cabível o pagamento de honorários. Percebe-se, claramente, tratar-se de uma discussão de mérito, em que se analisa a relação entre a causa de pedir e o pedido. Sendo assim, não se trata de condição da ação e, conseqüentemente, a matéria está sujeita à preclusão.

Quanto à legitimidade de parte, LIEBMAN a define da seguinte forma:

"(...) a titularidade ativa e passiva da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir e a pessoa com referência à qual ele existe" (op. cit., p. 208).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente caso, também a alegação de ilegitimidade passiva - em face da inexistência de responsabilidade pelo pagamento dos honorários - não tem a natureza de condição da ação.

Isso porque há pertinência entre as partes da relação jurídica de direito processual (autor e réu) e da relação jurídica de direito material (advogado e cliente). Ou seja, o advogado interessado em receber seus honorários, colocou no pólo passivo da demanda aquele indicado como devedor, por ter sido o contratante e beneficiário dos serviços. Destaque-se, a propósito, que a argumentação do recorrente demonstra confusão entre honorários contratuais e honorários sucumbenciais.

De igual modo, nesse ponto, a discussão é de mérito, pois envolve a relação entre a causa de pedir e o pedido contido na inicial. Portanto, também em relação a esta defesa, verifica-se a preclusão.

A qualificação jurídica dada pela parte a uma defesa não a desnatura. Não se aplica a regra prevista no art. 267, § 3º, do CPC, diante de uma defesa de mérito, ainda que o recorrente qualifique seus argumentos como de ordem processual (condições da ação).

Como se sabe, aplica-se a teoria da asserção em relação às condições da ação. A propósito, vejam a passagem de CARLOS AUGUSTO DE ASSIS (et. alii. *Teoria Geral do Processo Civil*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010, p. 201 – grifos nossos), que bem retrata essa óptica:

"Imagine-se que alguém se intitule credor de uma pessoa, em face da qual propõe uma demanda. Essa pessoa, a Ré, nega essa qualidade, (...) para os adeptos da teoria da asserção a solução seria a improcedência. Isso porque, analisada a questão à luz do quanto afirmado na inicial, as partes eram legítimas. (...) A teoria da asserção parte do pressuposto de que as condições da ação são justificáveis no sistema apenas como medida de economia processual, possibilitando, através de cognição superficial (tendo em vista a simples afirmação do demandante), extinguir, desde logo, processos que não possuem viabilidade alguma."

A aplicação da teoria da asserção encontra guarida nesta Corte, consoante se depreende dos seguintes julgados (grifos nossos):

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO CELEBRADO ENTRE AS PARTES. LEGITIMIDADE DA CONTRATANTE. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROIBIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. INEXISTÊNCIA.

(...)

5. Por fim, acerca da sustentada impossibilidade jurídica do pedido e do desrespeito ao art. 267, VI, do CPC, também não merece guarida a pretensão da parte recorrente, já que a análise de tal questão à luz da eventual prova do trabalho por aquela até então desenvolvido na Malha Sudeste, bem como da previsão de um preço mínimo para o leilão no item 2.2 do Edital de Licitação, em verdade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confunde-se com o próprio mérito da demanda. Ora, as condições da ação são inicialmente aferidas *in status assertionis*, sem considerar as provas produzidas no processo. Ademais, o pedido não é impossível juridicamente quando o ordenamento jurídico o não proíbe de forma expressa.

6. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.138.190/RJ, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/4/2011, DJe 27/4/2011).

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA E AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CONEXÃO. INTERESSE PROCESSUAL E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARÊNCIA AFASTADA.

(...)

2. Conforme entendimento desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se insere a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz das alegações feitas pelo autor na inicial. Trata-se da aplicação da teoria da asserção.

3. Pedido juridicamente impossível é somente aquele vedado pelo ordenamento jurídico e, diante da alegação de inadimplemento contratual, verifica-se que há, em abstrato, interesse processual do recorrente em promover ação de cobrança em face do recorrido.

4. O fato de ter sido ajuizada uma ação de revisão contratual, na qual se discutem as cláusulas do contrato celebrado entre as partes, não retira a viabilidade da ação de cobrança, podendo, no entanto, influir no julgamento do seu mérito. Reconhecida a violação do art. 267, VI, do CPC.

(...) 6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.052.680/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2011, DJe 6/10/2011).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO DE BAGAGENS DO PREPOSTO CONTENDO PARTITURAS A SEREM EXECUTADAS EM ESPETÁCULO ORGANIZADO PELA EMPRESA AUTORA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EQUIPARAÇÃO AO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DA ASSERÇÃO. EMPRESA AUTORA BENEFICIÁRIA DO CONTRATO HAVIDO ENTRE O MAESTRO E A RÉ. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL.

(...)

2. A teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema legal, permite a verificação das condições da ação com base nos fatos narrados na petição inicial.

3. No caso em exame, como causa de pedir e fundamentação jurídica, a autora invocou, além do Código de Defesa do Consumidor, também o Código Civil e a teoria geral da responsabilidade civil.

4. Destarte, como o acórdão apreciou a causa apenas aplicando o art. 17, CDC, malferindo o dispositivo legal, o que, como examinado, por si só, no caso concreto, não implica em ilegitimidade passiva da autora, a melhor solução para a hipótese é acolher em parte o recurso da ré, apenas para cassar o acórdão, permitindo que novo julgamento seja realizado, apreciando-se todos os ângulos da questão, notadamente o pedido com base na teoria geral da responsabilidade civil.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

(REsp n. 753.512/RJ, Relator para Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/3/2010, DJe 10/8/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...) Em relação às preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir, razão não assiste ao Réu. Isto porque, pela teoria da asserção, a verificação das condições para o legítimo exercício do direito de ação deve se dar com base nas afirmações em tese levadas a efeito pela parte Autora. A verificação do que foi alegado pelo Réu é matéria de mérito, tanto assim que depende de prova, a ser apreciada oportunamente. (...)

(MC n. 18.318/RJ, decisão monocrática, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data da Publicação 2/9/2011).

Em tais condições, não há como afastar, *in casu*, a preclusão reconhecida pelo Tribunal de origem, (i) pois não houve reiteração do agravo retido (em relação ao previsto na tabela de honorários da OAB/RS – argumento qualificado pela recorrente como impossibilidade jurídica do pedido) e (ii) porque houve inovação de matéria em sede de apelação (sobre o pagamento dos honorários ser de responsabilidade da parte contrária – defesa enquadrada no REsp como ilegitimidade de parte).

Em tais circunstâncias, não merece reparo a conclusão a que chegou o acórdão impugnado, ainda que por fundamentação distinta, ante à inexistência de matéria constante do art. 267, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2003/0173535-8

REsp 595.188 / RS

Números Origem: 1195442676 70000122788 70001233634

PAUTA: 22/11/2011

JULGADO: 22/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA MARIA GUERRERO GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: LIANA MAHFUZ TIMM
ADVOGADO	: MARCELO DELLA GIUSTINA
RECORRIDO	: LUIZ RODOLFO VILLANOVA FIN
ADVOGADO	: EDUARDO RODRIGUES FRANÇA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Prestação de Serviços

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.