
HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E SEU REPASSE AOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS

*ATTORNEY'S FEES TO THE PREVAILING PARTY AND ITS TRANSFER
TO THE FEDERAL GOVERNMENT'S LAWYERS*

*Luís Gustavo Montezuma Herbster
Procurador Federal - PFE-INSS - Araraquara/SP
Advocacia Geral da União*

SUMÁRIO: 1 Aspectos Introdutórios; 2 Honorários de sucumbência; 3 Da remuneração por subsídio e teto constitucional: ausência de vedação constitucional à acumulação do subsídio com honorários sucumbênciais; não incidência do teto remuneratório do funcionalismo; 4 Da inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 9.527/97; 4.1 Da ofensa à forma Federativa de Estado; 4.2 Da ofensa ao Princípio da Isonomia; 4.3 Da ofensa à legalidade e ao Direito de Propriedade; 5 Da necessidade de se discriminar o encargo legal; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Analisa-se no presente artigo, a partir de critérios jurídicos, a viabilidade, ou não, do repasse dos honorários de sucumbência aos advogados públicos federais nas ações judiciais em que a União, suas autarquias e fundações públicas saíram-se vencedoras. Nesse caminho, abordam-se os argumentos do governo federal contrários ao repasse assim como a jurisprudência pretoriana sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Judicial. Fazenda Pública Vencedora. Honorários de Sucumbência. Repasse. Advogados Públicos Federais. Possibilidade. Ausência de Óbice Constitucional. Inconstitucionalidade da Lei nº 9.527/97.

ABSTRACT: This article analyzes, from a legal perspective, the viability of the transfer of the attorney's fees to the Federal Government's Lawyers in the lawsuits in which the Union, its agencies and public foundations are the prevailing party. Thus, this article addresses the government's arguments against the transfer as well as the legal precedents on the subject.

KEYWORD: Lawsuit. Federal Government as the Prevailing Party. Attorney's Fees to the Prevailing Party. Transfer. Federal Government's Lawyers. Possibility. Absence of Constitutional Impediment. Unconstitutionality of Law nº 9.527/97.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O objetivo do presente artigo é analisar, a partir de parâmetros estritamente jurídicos, a possibilidade, ou não, do repasse dos honorários de sucumbência aos advogados públicos federais nas ações judiciais em que a União, suas autarquias e fundações públicas saíram vencedoras.

Tal estudo mostra-se pertinente na medida em que tal verba hodiernamente é negada aos membros da Advocacia Geral da União, mesmo estimando-se que a União tenha arrecadado em 2011 cerca de R\$ 596.710.000,00, entre verba honorária sucumbencial pura e receita decorrente do encargo legal. Esse último atualmente dirigido ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF (Lei nº 7.711/1988, art. 3º).

Ademais, a questão não se encontra consolidada na jurisprudência pátria, oscilando entre a possibilidade e a vedação. A matéria a ser debatida aqui é, inclusive, pano de fundo de questionamento judicial feito pela União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – Unafê, através do Mandado de Segurança Coletivo nº 15813, onde se pleiteia o repasse dos honorários advocatícios de sucumbência aos membros da AGU. Essa ação ainda encontra-se pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça.

Em outro viés, vem enriquecer o debate o fato do repasse dos honorários de sucumbência aos advogados públicos ser tratado de forma heterogênea no âmbito dos entes políticos da federação. Enquanto a União veda o seu pagamento, diversos Estados e Municípios há muito vem promovendo o repasse de tais verbas, de forma integral ou parcial, aos membros de seus órgãos de representação judicial.

O debate que envolve a matéria ainda se mostra oportuno em razão do recente compromisso firmado entre a União, através da direção da Advocacia Geral da União, e as entidades de classe representativas das categorias funcionais formadoras daquele órgão, no sentido de formar um grupo de trabalho² incumbido de rediscutir o repasse de honorários de sucumbência aos seus membros.

Nesse contexto, embora não tenhamos a pretensão de esgotar, de forma definitiva, todas as dúvidas e questões que envolvem a matéria aqui abordada, esperamos contribuir para o enriquecimento do debate, afastando-se de posições simplistas, como as que defendem o repasse da verba honorária de sucumbência unicamente pelo fato dela estar prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados como direito da

1 Informação apresentada na 3ª Reunião GT honorários, com participação dos membros das carreiras da AGU, realizada em 31.10.2012.

2 Constituído pela Portaria AGU nº 414, de 14 de setembro de 2012.

categoria profissional dos advogados ou, ao contrário, as que afastam tal possibilidade sob o argumento de que os membros da AGU são remunerados por subsídio.

2 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Da forma mais genérica possível, podemos conceituar honorários como sendo a parcela econômica que visa remunerar um trabalho específico prestado por um profissional liberal.

O Dicionário Houaiss³ conceitua honorários como sendo: “vencimentos devidos a profissionais liberais (médicos, advogados etc.) em troca de seus serviços; salário remuneração.” Por sua vez, Aurélio Buarque de Holanda⁴ define honorários como: “ 1. Remuneração àqueles que exercem uma profissão liberal: advogado, médico, etc; proventos. 2. P. Ext. Vencimentos, salário, remuneração.”

Transportando esse sentido para o âmbito de atuação do profissional advogado, os honorários seriam as verbas previamente ajustadas entre o cliente e o causídico que patrocina o seu interesse, visando remunerar a atuação desse último. Essa atuação pode se dar dentro de um processo judicial contencioso ou mesmo fora, através, por exemplo, de atividade consultiva ou elaboração de minuta de contratos. Essa verba, então, seria fruto de um negócio jurídico realizado entre cliente e advogado visando a compensação financeira por um serviço prestado. Podemos, assim, afirmar que nesse primeiro sentido os honorários advocatícios denominam-se como contratuais.

Por sua vez, o Direito Processual, inicialmente através do Decreto-Lei nº 1.608/39⁵, e posteriormente por meio do atual Código de Processo Civil (Lei 5.869/73), previu outra espécie de honorários, a saber, os honorários de sucumbência. Esse, segundo se depreende do art. 20⁶ desse último diploma, corresponderia à verba devida pela parte vencida ao vencedor do processo judicial como compensação pelos gastos que teve com a contratação de advogado.

Observa-se aqui que a diferença entre os honorários contratuais e sucumbenciais estava na própria natureza jurídica dessas verbas: enquanto o primeiro tem natureza de contraprestação econômica devida em razão de um serviço prestado, o segundo seria uma indenização que pretenderia compensar

3 Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

4 Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 1.0, 4. ed.

5 Art. 64 A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55.

6 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

monetariamente os gastos com a contratação de um advogado. Ademais, as titularidades dos créditos eram diversas: enquanto nos honorários contratuais o titular é o advogado, nos sucumbenciais é a parte vencedora.

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), contudo, revogando tacitamente parte do art. 20 do CPC, deu outros contornos à titularidade dos honorários de sucumbência, transferindo-a ao advogado, em substituição à parte vencedora. Senão vejamos:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o *direito aos honorários convenionados*, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. (g.n)

Nota-se que o Estatuto não deixou margem a dúvidas quanto à titularidade dos honorários, na medida em que foi explícito ao garantir ao advogado tanto a percepção dos honorários contratuais como os de sucumbência.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TITULARIDADE DO CRÉDITO. LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE DO ADVOGADO PARA A EXECUÇÃO. RECURSO DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE.

1.- *Os honorários advocatícios de sucumbência, pelo sistema originário do Código de Processo Civil, tinham por finalidade compensar a parte vencedora pelos gastos que esta teve de despender com a contratação de um advogado para a defesa dos seus interesses em juízo.*

2.- *A Lei nº 8.906/94 alterou esse sistema, atribuindo ao próprio advogado a titularidade desse crédito e conferindo-lhe a legitimidade concorrente para promover a execução.*

3.- *Se o advogado tem legitimidade para promover em nome próprio a execução do título judicial na parte relativa à verba honorária, também o terá para, na condição de terceiro interessado, recorrer de decisão prolatada na execução promovida pelo credor principal, com relação a essa matéria.*

4.- *Recurso especial provido.*

(REsp 1140511 / SP RECURSO ESPECIAL2009/0093831-4) (g.n.)

Verificamos na mudança legislativa operada uma clara intenção do legislador de premiar o advogado pela sua boa atuação processual, na medida em que a sucumbência da parte contrária é inequivocamente expressão direta e proporcional do trabalho desempenhado pelo advogado da parte vencedora. Por esse motivo, inclusive, é que o CPC (20, § 3º) prevê que o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o seu serviço e o grau de zelo profissional são critérios a serem utilizados pelo magistrado na fixação do percentual dos honorários.

Portanto, a partir da referida mudança, podemos afirmar que atualmente os honorários de sucumbência consistem em verba privada do causídico que patrocinou a causa da parte vencedora, e não desta última. Por essa razão, inclusive, permite-se que seja executada de forma autônoma pelo advogado constituído nos autos.

Nada impede que, ao ajustar os honorários contratuais, advogado e parte acordem que os eventuais honorários de sucumbência façam parte da remuneração daqueles ou mesmo limitem-se a esses. Trata-se de livre manifestação de vontade das partes negociantes no contrato de honorários. Mas isso, no entanto, não iguala essas verbas em suas naturezas.

Nessa ordem de ideias, devemos seguir nosso estudo sabedores de que a discussão ora posta cinge-se exclusivamente ao repasse dos honorários de sucumbência. Por óbvio, aos advogados públicos, em razão do seu vínculo estatutário com os entes públicos que os remuneram, não são devidos honorários contratuais. Como é sabido, a remuneração desses profissionais, por força do art. 135 da Constituição Federal⁷, se dá por meio subsídio fixado em parcela única.

A presente abordagem, portanto, limitar-se-á aos advogados públicos que possuam vínculo estatutário com a Administração. No caso da Administração Pública Federal, especificamente aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central.

3 DA REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO E TETO CONSTITUCIONAL: AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À ACUMULAÇÃO DO SUBSÍDIO COM HONORÁRIOS SUCUMBÊNCIAIS; NÃO INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO DO FUNCIONALISMO

Como pincelado acima, a nossa Carta Política, após alteração trazida pela EC nº 19/98, no Capítulo que trata das Funções Essenciais à

⁷ Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.

Justiça, passou a prever que, entre outros, os advogados públicos federais seriam remunerados por meio de subsídio.

Segundo o próprio texto constitucional (art. 39, § 4º), subsídio consiste em “*parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, [...]*”.

A previsão de remuneração do servidor público por meio de subsídio foi trazida pela Reforma Administrativa do Estado realizada por meio da EC nº 19/1998. O intento da reforma constitucional nesse ponto, juntamente com a criação do teto remuneratório, foi enxugar os gastos públicos com folha, diante de um quadro de supersalários recebidos outrora por algumas categorias funcionais (“marajás”), bem como aumentar a visibilidade e o controle das remunerações auferidas por seus servidores.

Nesse sentido são as palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Melo⁸:

Com o intuito de tornar mais visível e controlável a remuneração de certos cargos, impedindo que fosse constituída por distintas parcelas que se agregassem de maneira a elevar-lhes o montante, a Constituição criou uma modalidade retributiva denominada subsídio.

Ocorre que o fato da remuneração dos advogados públicos federais hoje se dar por meio de subsídio está sendo utilizado pelo governo federal, juntamente com outras alegações, como questão obstativa⁹ ao repasse dos honorários sucumbenciais aos membros da AGU. Segundo esse entendimento, quem, por expressa previsão constitucional, deve ser remunerado pelo ente público em parcela única torna-se impedido de receber honorários.

Esse, inclusive, foi um dos argumentos acatados pelo Ministro Luis Fux, em juízo de cognição sumária, para denegar o pedido de medida liminar formulada pela União dos Advogados Públicos Federais

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 26. ed., São Paulo: Malheiros, p. 268.

9 “A autoridade impetrada prestou as informações de fls. 86/96 aduzindo(...). Sustenta que desde 1994 a AGU editou o parecer GQ-24 (DOU de 10.08.1994, p. 12040) afastando a possibilidade de percepção dos honorários de sucumbência pelos seus membros e completa alegando que “a retribuição pelo desempenho dos cargos de advocacia pública federal na modalidade de subsídio em parcela única (MP nº 305, de 29.06.2006, convertida na Lei 11.358, de 19.10.2006) não foi erigida de forma a conciliar a percepção de qualquer verba honorária de sucumbência por parte dos Advogados Públicos Federais”.(STJ, Mandado de Segurança nº 15.813 – DF)

- UNAFE no bojo do Mandado de Segurança Coletivo nº 15.813-DF. Vejamos.

[...] Por seu turno, a vedação à percepção de honorários de sucumbência pelos Advogados Públicos Federais ficou ainda mais evidente após a vigência da medida provisória nº 305, de 29.06.2006, convertida na Lei 11.358, de 19.10.2006, quando passaram a ser remunerados através de subsídio em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer outro valor ou vantagem, nos termos do art. 39, §4º, e 135, da Constituição da República.

Contudo, em nosso sentir, tal argumento, para além dos sabidos interesses políticos que lhe acompanham, parte de premissa equivocada, traduzida na ideia de que as verbas decorrentes dos honorários sucumbenciais em que houve atuação de advogados públicos federais pertencem à União e que, portanto, o seu repasse ao advogado público configuraria espécie remuneratória adicional ao seu vencimento básico, em afronta ao art. 39, § 4º da CF/88.

Como se verá mais adiante, não há previsão legal que sustente a apropriação dos honorários de sucumbência pela União. Tais verbas atualmente constituem propriedade do advogado, seja ele privado ou público. Portanto, deve ser encarada como verba autônoma e variável em relação a sua remuneração.

O que aqui se defende é basicamente a interpretação do texto constitucional a partir de uma perspectiva histórica. Nesse caminhar, o constituinte reformador previu a remuneração em parcela única (subsídio) para alguns agentes públicos, notadamente os mais bem remunerados da República, com escopo de aumentar o controle e evitar abusos remuneratórios ocasionados pelo pagamento de verbas excessivas, compreendidas outrora em gratificações, abonos e adicionais. Tudo isso em prol da austeridade nos gastos públicos. Noutro dizer, a *mens legis* da criação da remuneração por subsídio é o controle dos gastos públicos com pagamento de pessoal.

Portanto, a ideia de remuneração em parcela única e limitada somente faz sentido se estivermos falando de verbas públicas, ou seja, aquelas decorrentes de receitas públicas, o que não é o caso dos honorários de sucumbência.

Nessa ordem de pensamento, entendemos que a percepção pelo advogado público de verba que tem fundamentação legal própria (art. 20º c.c 3º, §1º da Lei 8.906/94) e origem em fonte diversa da dos cofres públicos que lhe remunera não pode encontrar obstáculo na previsão de remuneração por subsídio, porquanto os honorários sucumbenciais não entram no conceito de remuneração inculcado no art. 39, § 4º da CF/88.

Exatamente pela mesma razão, defendemos que o recebimento de honorários sucumbenciais quando cumulados com subsídio poderia superar o teto remuneratório constitucional previsto no inciso XI do art. 37 da CF.

Não é por outra razão que o art. 37, §9º da CF/88, a contrario sensu, admite que a remuneração dos empregados das empresas pública e sociedades de economia mista que não recebam recursos da União ultrapassem o teto constitucional, *verbis*:

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, *que receberem recursos da União*, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.(g.n)

Inegavelmente a ideia que se extrai desse dispositivo é que não há dever de observância do teto constitucional quando *não há* envolvimento direto de verba pública.

Pelas razões aqui expostas, defendemos que, sob o prisma constitucional, não há vedação ao acúmulo de remuneração por subsídio e recebimento de honorários sucumbenciais, bem como para a eventual superação do teto remuneratório constitucional daí decorrente.

Nesse exato sentido decidiu o Pleno do Tribunal de Justiça do Maranhão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 30.721/2010:

E M E N T A

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCURADORES DO ESTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PAGAMENTO POR SUBSÍDIO. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - Rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido tendo em vista que a norma constitucional inobservada é de reprodução obrigatória na Constituição Estadual. II - A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue ação direta de inconstitucionalidade contra lei que dispõe sobre a remuneração dos Procuradores de Estado. III - Os Advogados Públicos, categoria da qual fazem parte os Procuradores de Estado,

fazem jus ao recebimento de honorários advocatícios de sucumbência, sem que haja ofensa ao regime de pagamento do funcionalismo público através de subsídio ou de submissão ao teto remuneratório, tendo em vista que tal verba é variável, é paga mediante rateio e é devida pelo particular (parte sucumbente na demanda judicial), não se confundindo com a remuneração paga pelo ente estatal.(g.n)(Decisão publicada em 15 de agosto de 2012)

Dessa decisão destacamos o seguinte trecho: “Assim, sendo os honorários de sucumbência verba de natureza privada, porquanto pagos pela parte vencida diretamente ao advogado da parte vencedora, e não pela Fazenda Pública, *não podem ser vistos como remuneração*, ou seja, não há proibição ao recebimento desta verba em razão do sistema de subsídios, ou mesmo limitação em relação ao teto do funcionalismo público, podendo, inclusive, ser executada autonomamente.”

De outra banda, não se ignora o entendimento de que o recebimento de honorários sucumbenciais por membros da AGU é uma decorrência lógica do vínculo estatutário do seus membros com a instituição e do trabalho daí advindo. E que, portanto, a remuneração *lato sensu* (subsídio + honorários) desses servidores acima do limite remuneratório constitucional poderia eventualmente ser encarado como ofensivo à moralidade.

Rechaçamos, contudo, tal opinião. É que o advogado público, consoante será adiante melhor demonstrado, não deixa de ser advogado com a sua investidura em um dos cargos das carreiras jurídicas da AGU. Ao contrário, reafirma a sua profissão, agora na defesa judicial e consultoria do ente público. Portanto, não deve ser alijado do recebimento de verba autônoma de titularidade exclusiva do profissional advogado. Nessa esteira de ideias, é descabido pensar em imoralidade no repasse de uma verba que é, por expressa dicção legal, direito subjetivo de todos os membros de uma classe e decorrência direta e proporcional da atuação desses enquanto profissionais.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI 9.527/97

O inciso XIII do art. 5º de nossa Carta Política garante o livre exercício do trabalho, observando-se as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Trata-se, segundo o critério científico criado por José Afonso da Silva, de típica norma constitucional de eficácia contida. Vale dizer, o constituinte consagrou o direito ao livre exercício de qualquer profissão ressalvando, contudo, a possibilidade do legislador ordinário criar exigências/qualificações condicionadoras do desempenho dessas profissões.

Regulamentando a qualificação e a atuação dos profissionais advogados, temos a Lei 8.906/94, conhecida como Estatuto da Advocacia, por trazer um completo arcabouço normativo a respeito do exercício da advocacia. A lei em questão, além de exigências mínimas para o desempenho da profissão, veicula prerrogativas e direitos dos advogados, dentre eles, a titularidade dos honorários de sucumbência.

O referido diploma legal, de forma expressa, classificou a atuação dos advogados públicos de todos os entes políticos como atividade de advocacia, senão vejamos:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Nesse aspecto, observamos que a incidência do regime jurídico do referido estatuto na atuação dos advogados públicos federais, independentemente de previsão expressa, já seria possível de ser inferida a partir da interpretação do seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Ora, na medida em que a CF/88 estatuiu, em seu art. 131^{o10}, que cabe aos membros da AGU o exercício, no âmbito da União, justamente das atividades elencadas no Estatuto da Advocacia como privativas de advogado, o art. 3º, §1º se mostra redundante.

10 Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Lado outro, é sabido ser condição de ingresso em qualquer uma das carreiras da Advocacia Geral da União a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, v.g., o último edital do Concurso de Procurador Federal:

4 DOS REQUISITOS BÁSICOS PARA A INVESTIDURA NO CARGO

4.1 REQUISITOS

[...]

4.1.8 Ter registro de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, conforme artigo 61 da Instrução Normativa/AGU nº 1, de 30 de setembro de 2009.

No mesmo sentido é a recente Orientação Normativa da Corregedoria Geral da AGU Nº 1, de 21 de Junho de 2011, *in verbis*:

É obrigatória a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, por todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do quadro suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de Setembro de 2001, para o exercício da advocacia pública no âmbito da instituição.

Note-se que a exigência para que os membros da AGU estejam inscritos na OAB justifica-se exclusivamente no exercício da advocacia pública, uma vez que há previsão institucional expressa vedando a advocacia privada.

Nessa ordem de ideias, a inarredável conclusão a que chegamos é que os advogados públicos não deixam de ser advogados simplesmente por estarem investidos em um cargo público. Por consequência, a eles se aplica o Estatuto da Advocacia, *além do regime jurídico próprio a que estejam subordinados*.

Na esteira dessa primeira conclusão poderíamos liquidar o problema jurídico do repasse dos honorários de sucumbência aos membros da AGU a partir da simples incidência do art. 23 da Lei 8.906/94, já que a Constituição Federal, diferente do que fez com os membros do Ministério Público¹¹, não trouxe qualquer vedação à fruição de honorários por parte de seus membros.

11 Art. 128, §5º

II - as seguintes vedações:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

Ocorre que a Lei 9.527/97, de forma expressa, afastou a incidência do Capítulo V do Título I do Estatuto da Advocacia da relação jurídica entre advogados públicos e os respectivos entes empregadores.

Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Não obstante a péssima técnica legislativa utilizada na confecção desse dispositivo legal - pois o Capítulo V, do Título I, do Estatuto da Advocacia trata de questões tipicamente ligadas à relação de trabalho celetista, e não estatutária - parece-nos ser difícil defender a idéia de que a intenção do legislador não tenha sido retirar dos advogados públicos, dentre outros, o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.

Fato é que, a partir de sua vigência, a mencionada lei também passou a servir de guarida jurídica para a negativa de repasse dos honorários sucumbenciais aos advogados públicos federais. No entanto, como adiante será demonstrado, o dispositivo legal em questão padece de vícios de constitucionalidade.

4.1 DA OFENSA À FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

Em primeiro lugar, há que se diga ser indevida a intromissão da União na regulamentação das carreiras de advocacia pública no âmbito dos Estados e Municípios. É que embora esteja a União constitucionalmente investida de competência para legislar sobre condições ao exercício das profissões (inciso XVI do art. 22), não o é para criar direito relacionado à Administração de cada ente Federativo. É dizer, é ofensivo ao princípio federativo lei federal que pretende regulamentar nos três níveis federativos requisitos de investidura, remuneração, carga horária, dentre outros, em cargos assemelhados aos existentes na administração federal.

Nesse sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho¹²:

Duas são as características do regime estatutário. A primeira é a da pluralidade normativa, indicando que os estatutos funcionais são múltiplos. Cada pessoa da federação, desde que adote o regime estatutário para os seus servidores, precisa ter a sua lei estatutária

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 568.

para que possa identificar a disciplina da relação jurídica funcional entre as partes. Há, pois, estatutos funcionais federal, estaduais, distrital e municipais, cada um deles autônomo em relação aos demais, *porquanto a autonomia dessas pessoas federativas implica, necessariamente, o poder de organizar seus serviços e seus servidores.*(g.n.)

Com efeito, o art. 4º da Lei 9.527/97 não trata de questões relativas à qualificação técnica ou requisitos mínimos para o exercício da profissão de advogado, esfera de competência reservada à União, mas tão somente exclui do campo de incidência do regime jurídico dos servidores públicos dos órgãos jurídicos dos diversos entes da federação, entre outros, o direito de receber os honorários de sucumbência.

Esses argumentos são corroborados pela análise do conteúdo da Lei 9.527/97, que, em suma, altera diversos dispositivos de leis que tratam exclusivamente do regime jurídico dos servidores públicos civis federais, a saber, Leis 8.112/90 e 8.460/92.

Desse modo, entendemos que o art 4º da Lei 9.527, na parte que estende o seu alcance aos Estados e Municípios, deve ser declarado inconstitucional com redução de texto, por ofensa ao Princípio Federativo.

4.2 DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Há de se reconhecer, contudo, que para além da apontada ofensa ao princípio federativo, o art. 4º da Lei 9.527/97 restaria vigente, válido e, portanto, aplicável aos membros da advocacia pública federal. Tentaremos, ao contrário, doravante, demonstrar que o dispositivo ainda padece de vícios outros de inconstitucionalidade.

Como visto alhures, a incidência do Estatuto da Advocacia ao exercício profissional dos advogados públicos divide espaço com o respectivo regime jurídico do servidor. É o que se extrai da previsão: “§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, *além do regime próprio a que se subordinem, [...]*”. Vale dizer, os regramentos relativos à profissão (advogado), dentre eles o direito à percepção de verba honorária, devem se harmonizar com o regime jurídico dos advogados públicos federais (Lei 8.112/90 e LC 73/93).

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, o regime jurídico estatutário do servidor define-se como “o conjunto de regras de direito que regulam a relação jurídica funcional entre o servidor público estatutário e o Estado. Esse conjunto normativo se encontra no estatuto funcional da pessoa federativa.”

No caso da Advocacia Geral da União, o estatuto funcional de seus membros é o mesmo dos demais servidores públicos federais civis, a saber, a Lei 8.112/90. Embora a LC nº 73/93 trate de questões funcionais de seus membros, como ingresso na carreira, estágio confirmatório, promoções dentre outros, há de se reconhecer que nesse ponto a Lei Orgânica da AGU é lei complementar apenas em seu aspecto formal. Explica-se. Diferentemente do que fez em relação à magistratura (art. 93), a Constituição Federal, em seu art. 131, exigiu o processo legislativo mais solene da Lei Complementar apenas para tratar das questões ligadas à *organização e funcionamento da AGU*, restando o regramento do regime jurídico dos seus membros aos ditames da lei ordinária.

Portanto, ao menos em seu aspecto formal, entendemos que a Lei 9.527/97 é válida para processar alterações no regime jurídico dos membros da Advocacia Geral da União. A pergunta que se impõe, contudo, é outra: alijar os membros desse órgão de vantagens atribuídas indiscriminadamente a todos os profissionais advogados é razoável? Em outro dizer: A exclusão em questão macula o princípio da isonomia? Tentaremos agora responder esses questionamentos.

O Princípio da Isonomia, elevado a status constitucional na Carta Política de 88 por meio do art. 5º, caput e outros, é norma que se coaduna com as ideias mais basilares de justiça e equidade, na medida em que orienta o Estado, seja em qual for a sua manifestação de poder, a tratar os seus membros de forma igualitária. Se em um Estado Democrático de Direito o poder emana do povo, nada mais lógico que cada elemento individualmente considerado tenha o mesmo valor e importância.

Partindo da premissa acima solidificada de que os advogados públicos são, por força de lei, advogados, faz-se necessário perquirir, dentro desse grupo profissional, em que ponto os advogados privados e públicos se diferenciam e a partir daí tentarmos traçar um liame de pertinência entre essas diferenças e o conteúdo discriminatório trazido pelo art. 4º da Lei 9.527/97.

Para a concretização desse exercício lógico devemos nos socorrer do Princípio do Devido Processo Legal Substantivo, pressupondo-o como bússola orientadora voltada à justiça. A propósito do tema, Luís Roberto Barroso ensina que : “é por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (reasonableness) e da racionalidade (rationality) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”.

Os membros da AGU se diferenciam dos advogados particulares basicamente em razão do seu vínculo com o ente público. Enquanto o advogado privado tem como cliente o particular, os advogados públicos patrocinam, em juízo, os interesses de pessoas jurídicas de direito

público, perseguindo nessa última atuação, portanto, o interesse público primário e secundário¹³.

Nesse sentido, as prerrogativas conferidas aos advogados públicos como, por exemplo, prazos processuais dilatados, poder de requisição e intimação pessoal, ao mesmo tempo que são discrimenes proporcionais, guardam inteira pertinência com a defesa do interesse público em juízo, justificando nesse ponto o tratamento diferenciado entre advogados públicos e privados.

Por outro lado, o advogado público não tem a mesma liberdade técnica de atuação dos advogados privados, estando muitas vezes adstrito aos entendimentos jurídicos que já se encontram consolidados, por súmula ou instrumento vinculante equivalente, no âmbito do órgão jurídico ao qual está subordinado. Nesse caso, a diferenciação é de toda oportuna, na medida em que os órgãos jurídicos de representação judicial atuam com um enorme volume de processos e em várias instâncias do Judiciário, o que demanda uma atuação coordenada em prol de um resultado efetivo, evitando-se a concentração de forças em questões jurídicas já superadas ou reconhecidas pela Administração. Desse modo, vemos a excepcional mitigação da liberdade técnica do advogado público como algo justificável. Acerca do tema, recomenda-se a leitura dos votos proferidos pelos Ministros do STF na ADI 470/91.

Outra diferença entre esses profissionais estaria nas suas formas de remuneração primária. Enquanto os advogados privados, na condição de profissionais autônomos (maioria), são remunerados de acordo com o pactuado no contrato de honorários, os membros da AGU os são por meio de subsídio. Fala-se em remuneração primária porquanto os honorários sucumbenciais são verbas de natureza variável, sem uma periodicidade predeterminada. Ademais, trata-se de remuneração incerta, haja vista estar atrelada à sorte do processo judicial. Portanto, não pode ser considerada a remuneração principal do profissional advogado, esteja ele atuando na seara pública ou privada.

Afora essas diferenças que guardam pertinência com a pessoa judicialmente representada, tem-se que as funções exercidas por advogados públicos e privados dentro da atuação processual são essencialmente as mesmas: propor ação, contestar, impugnar, embargar, recorrer, prestar orientação jurídica quanto ao cumprimento da decisão judicial, entre outras. Mas é justamente na prática de tais atos que estão os fundamentos legais para a concessão dos honorários de sucumbência. Como já vimos, essas verbas hoje são uma retribuição financeira, paga

13 Classificação criada pelo doutrinador italiano Renato Alessi.

pela parte vencida, proporcional e vinculada à *boa atuação processual* do advogado, privado ou público.

Ora, se nesse ponto essas duas categorias de profissionais se igualam, a diferenciação trazida pelo art. 4º da Lei 9.527/97, consistente na exclusão dos honorários de sucumbência, ofende a razoabilidade, especificamente no aspecto ligado à necessidade da discrimine, bem como o Princípio da Isonomia.

Outro ponto que vem reforçar a nossa tese, é o fato da União hodiernamente ter transformado a arrecadação dos honorários de sucumbência decorrentes da atuação dos membros da AGU em receita corrente. Ou seja, existe um interesse econômico muito claro da União em manter o estado das coisas.

Como já dito no início desse texto, Estados e Municípios vêm dando tratamento diverso sobre o tema em relação à União. Hoje, 23 Estados da federação repassam os honorários de sucumbência aos membros de suas procuradorias¹⁴. Do mesmo modo, procuradorias de grandes Municípios, como as de São Paulo e Recife. Esse cenário de discriminação imposto pela União aponta para o surgimento de duas categorias de advogados públicos, os dos Estados e Municípios, recebedores de honorários, e os federais, alijados desse direito. Nesse caso, a ofensa à isonomia é ainda mais grave, pois materialmente não há qualquer diferença nas atribuições desses profissionais.

Portanto, entendemos como inconstitucional, por malferimento ao Princípio da Isonomia e do Devido Processo Legal Substantivo, o ato discriminatório do Estado-Legislator de alijar os advogados públicos federais da percepção de honorários de sucumbência.

Segundo ¹⁵José Afonso da Silva, duas são as formas de se incidir em inconstitucionalidade por ofensa ao Princípio da Isonomia: “*outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação.*”; ou ainda,

Impor ônus, sanção, ou outro sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade.

Essa última hipótese parece ser a que se conforma com a situação aqui discutida, pois o art 4º da Lei 9.527/97 nada mais fez que

14 Dado retirado do sítio do Fórum da Advocacia Pública

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, p. 228.

impor aos advogados públicos o ônus do não recebimento da verba correspondente ao fruto de seu trabalho enquanto profissional da advocacia, mantendo tal verba para os advogados privados. Visando corrigir a inconstitucionalidade presente em discrimine dessa natureza, José Afonso da Silva pondera:

Mas aqui, ao contrário, a solução da desigualdade de tratamento não está em estender a situação jurídica detrimetosa a todos, pois não é constitucionalmente admissível impor constrangimento por essa via. Aqui a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103.

Nessa ordem de idéia, defendemos que, por ser fruto de uma diferenciação desmotivada e injusta, o art 4º da Lei 9.527/97 deve ser reconhecido como materialmente incompatível com os preceitos constitucionais da isonomia.

4.3 DA OFENSA À LEGALIDADE E AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Consoante restou exaustivamente demonstrado no decorrer deste artigo, os honorários de sucumbência, por força de lei (Estatuto da Advocacia), pertencem aos advogados que atuaram no processo judicial. Consistem, assim, em verdadeiro direito subjetivo de caráter patrimonial do advogado, devendo ser resguardado pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XXII) em razão de estar abrangido no conceito constitucional de propriedade.

A propósito do tema, Gilmar Ferreira Mendes¹⁶ assevera:

Essa mudança de função da propriedade foi fundamental para o abandono da idéia da necessária identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade.

Ao revés, essencial para a definição e qualificação passa a ser a “utilidade privada” (Privatnützigkeit) do direito patrimonial para o indivíduo, isto é, a relação desse direito patrimonial com o titular. *Vê-se, assim, que o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privalística estrita, arbacando outros valores de índole patrimonial, como as pretensões salariais e as participações societárias.* Em rigor, trata-se de especificações do direito de propriedade no sentido em que Bobbio fala de especificações (novas) dos direitos fundamentais.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, p. 468.

Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patentes e de marcas etc.”(g.n)

Nesse caminhar, há de se reconhecer a incidência do feixe protetivo das normas constitucionais garantidoras da propriedade também sobre as verbas honorárias dos advogados públicos federais.

Ainda que afastássemos todos os argumentos até agora apresentados, reafirmando-se a constitucionalidade do art. 4º da Lei 9.527/97 e conseqüentemente, a impossibilidade do advogado público federal receber honorários, a pergunta imediata que se impõe é: A União possui substrato jurídico-legal para cobrar e executar da parte sucumbente valores correspondentes aos honorários de sucumbência, que segundo ela mesma não são devidas aos advogados públicos? Em outro dizer: Qual lei dispõe que os honorários de sucumbência constituem receita da União?

A resposta a essas questões invariavelmente nos leva ao reconhecimento de que a União vem se locupletando indevidamente dessas verbas, pois não há uma causa legal ou fática que ampare essa apropriação. Sabe-se que o Princípio da Legalidade é pilar fundamental de um Estado Democrático de Direito. Nesse rumo, qualquer pretensão do Estado em onerar o seu cidadão sem prévia estipulação legal de uma obrigação correspondente é ofensiva à legalidade - elevada a garantia fundamental de nossa Carta Política por seu art. 5º, inc. II, bem como pelo não menos importante art. 150º, inc. II.

Destarte, ao cidadão jurisdicionado que reste vencido em demanda judicial contra a União restarão sólidos argumentos jurídicos para se voltar contra a cobrança de parcela correspondente aos honorários de sucumbência, dentre eles, ofensa ao Princípio da Legalidade.

Por esses motivos, é inequívoco que a União vem se apropriando indevidamente de verba que tem titularidade certa e prevista em lei.

5 DA NECESSIDADE DE SE DISCRIMINAR O ENCARGO LEGAL

Hoje a União, nas ações em que é parte vencedora, cobra da parte vencida os honorários de duas formas diferentes: nas execuções fiscais cobra parcela única denominada encargo legal,

ai compreendidos os honorários de sucumbência e as despesas administrativas com o procedimento de inscrição em dívida; nas demais ações, executa os honorários de sucumbência de forma isolada.

O encargo legal foi criado pelo Decreto-Lei nº 1.025/69, posteriormente modificado pelo Decreto-Lei nº 1.569/77 e Decreto-Lei 1.645/78, consoante se extrai dos dispositivos abaixo.

Art. 21. As percentagens devidas aos Procuradores da República, aos Procuradores da Fazenda Nacional ... (VETADO) ... Promotores Públicos, *pela cobrança judicial da dívida ativa da União, passarão a ser pagas pelo executado. (Lei 4.439/64) (g.n)*

Art. 1º É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, *passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União. (Decreto-Lei nº 1.025/69)(g.n)*

Art. 3º O encargo previsto no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, calculado sobre o montante do débito, inclusive multas, atualizado monetariamente e acrescido dos juros e multa de mora, *será reduzido para 10% (dez por cento), caso o débito, inscrito como Dívida Ativa da União, seja pago antes do ajuizamento da execução. (Decreto-Lei nº 1.569/77) (g.n.)*

Art. 3º Na cobrança executiva da Dívida Ativa da União, a aplicação do encargo de que tratam o art. 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, o art. 32 do Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, o art. 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, o art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, *substitui a condenação do devedor em honorários de advogado e o respectivo produto será, sob esse título, recolhido integralmente ao Tesouro Nacional.*

Parágrafo Único. O encargo de que trata este artigo será calculado sobre o montante do débito, inclusive multas, monetariamente atualizado e acrescido dos juros de mora. (Decreto-Lei 1.645/78)(g.n)

A análise sucessiva desses dispositivos legais nos leva de forma uníssona às seguintes conclusões:

- a) O encargo legal é pago pelo executado;
- b) A parcela do encargo legal, até então devida ao servidor público responsável pela execução fiscal (Procuradores da República, aos Procuradores da Fazenda Nacional e Promotores Públicos), a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.025/69, deixou de lhe ser devida, se tornando receita da União;
- c) O Decreto-Lei nº 1.025/69 tornou inequívoco que do percentual de 20% cobrado a título de encargo legal, metade era cobrado em razão da atividade administrativa de cobrança e a outra metade em função da atividade judicial (execução fiscal). Isso resta claro pelo fato de se cobrar apenas 10% de encargo legal nas execuções fiscais não ajuizadas;
- d) O Decreto-Lei 1.645/78 deixou explícito que a cobrança do encargo legal, mais precisamente metade dele, substituiu a cobrança de honorários de sucumbência.

Ocorre que o advento da Lei 8.906/94 trouxe mudança radical no panorama do encargo legal. Isso porque, através dos seus art. 3º, §1º c.c. art. 22, a novel legislação revogou tacitamente de forma parcial o art. 1º Decreto-Lei nº 1.025/69 e de forma total o art. 3º do Decreto-Lei 1.645/78, voltando a garantir ao advogado público a fruição dos honorários de sucumbência nas execuções fiscais. Com isso, temos que a metade do encargo legal cobrado nas execuções fiscais da União, hoje executado na proporção de 20% sobre o montante do débito, representa os honorários do advogado público federal e a outra metade é receita da União.

Desse modo, entendemos que a União, visando alinhar o seu entendimento administrativo ao regramento jurídico vigente, deve garantir o repasse de metade do encargo legal apurado nas suas execuções fiscais aos advogados públicos federais. Ou, de outro modo, orientar seus membros a executar apenas o encargo legal na proporção de 10% e, paralelamente, requerer a condenação dos devedores em honorários de sucumbência seguindo-se as regras de quantificação do CPC.

6 CONCLUSÃO

Diante do demonstrado tratamento díspar que os advogados públicos federais vêm sofrendo, seja em relação aos advogados privados seja em relação aos advogados públicos de outros entes da federação, vislumbramos a urgente necessidade de pronunciamento judicial que venha a garantir àqueles o integral repasse dos honorários de sucumbência.

A perpetuar-se tal situação, entendemos exsurgir no país uma categoria de advogados públicos de segundo escalão, composta pelos membros da Advocacia Geral da União, que embora sejam e realizem as atividades próprias de um advogado, são excluídos da fruição de verba legal própria dessa categoria profissional.

Temos, ainda, que a hodierna conversão dos valores arrecadados com honorários de sucumbência em receita do Tesouro Nacional configura ilegal apropriação de verba particular, o que ultraja o direito constitucional de propriedade.

Deve-se consignar, por fim, que ainda que se entenda como constitucional o dispositivo legal que excetua os honorários sucumbenciais dos direitos do advogado público federal, a arrecadação dessa verba nas ações judiciais deve imediatamente ser reconhecida como indevida, sob pena da União incidir em enriquecimento sem causa, em prejuízo do cidadão jurisdicionado. Nesse sentido, nas execuções fiscais promovidas pela União somente seria possível a cobrança de encargo legal na proporção de 10 % da dívida, nos moldes preconizados pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 1.569/77.

A partir de tudo quanto foi aqui exposto, em especial dos apontados vícios de inconstitucionalidade presentes no art 4º da Lei 9.527/97, defendemos o repasse aos membros da AGU dos valores arrecadados pela União a título de honorários de sucumbência, estejam eles inseridos ou não no encargo legal.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.