

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo o relatório proferido pelo i. Ministro Marco Aurélio. Apenas para consignar as premissas que embasam minhas conclusões na matéria, permito-me lembrar que se trata de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República que questiona a Lei 15.711, de 29 de fevereiro de 2016, do Estado de Pernambuco, que dispõe sobre o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a procuradores do Estado

A questão posta em debate já foi objeto de pronunciamento desta Corte, em sessão de julgamento levada a efeito em ambiente virtual, conforme restou assentado nas ADIs 6165, 6178, 6181 e 6197, todas de Relatoria do i. Ministro Alexandre de Moraes, julgadas em sessão virtual de 12 a 19.06.2020. Faço remissão às razões que lancei em tal julgamento para, respeitosamente, apresentar divergência ao voto do e. Relator, Ministro Marco Aurélio:

“O debate em causa diz com duas questões. A primeira, saber se a submissão dos Procuradores de Estado ao regime remuneratório de subsídio é compatível com a percepção de honorários advocatícios sucumbenciais, decorrentes do eventual êxito na defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo. A segunda, saber se, em caso positivo, a percepção cumulativa desses valores submete-se ao teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição da República.

Em relação ao regime de subsídio, tem-se que a Constituição dispõe, no art. 135 que, nos termos do art. 39, § 4º, a remuneração dos Procuradores dos Estados tomará a forma de subsídio, em regime em todo compatível com o regramento constitucional referente à Advocacia Pública (Título IV, Capítulo IV, Seção III), já que o recebimento de honorários advocatícios sucumbenciais por parte dos Procuradores do Estado possui caráter remuneratório e de contraprestação de serviços realizados no decorrer da relação processual.

Consabido que o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n.º 8.906/1994, diferencia três categorias de honorários, nos termos do art. 22. São eles os honorários convencionados, os fixados por arbitramento judicial e os honorários de sucumbência. No conjunto de ações diretas submetidas a julgamento, discutem-se tão somente os honorários sucumbenciais.

Tal como consignou o i. Relator [das ADIs 6165, 6178, 6181 e 6197], essa categoria de honorários ampara-se no no critério da sucumbência e se relaciona com o dever da parte de, uma vez derrotada na demanda, suportar as consequências decorrentes desse resultado, sendo obrigada, via de regra, ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais, entre as quais, os honorários advocatícios de sucumbência.

Nesses termos dispõe o art. 85 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que “ a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor ”.

Colhe-se da doutrina de Nelson Nery Junior que “ honorários sucumbenciais são aqueles fixados pelo juiz na sentença, de conformidade com os critérios estabelecidos pelo CPC 85, que devem ser pagos pelo perdedor da demanda. (...) A condenação pelas custas, despesas processuais e honorários advocatícios deve recair sobre quem deu causa à ação. Se o réu deu causa à propositura da ação, mesmo que o autor seja vencido, pode o réu ter de responder pelas verbas de sucumbência ” (NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 2016, p. 471).

Com efeito, o pagamento de honorários sucumbenciais está inerentemente relacionado à natureza e qualidade dos serviços efetivamente prestados pelo profissional da advocacia, assumindo, em razão disso, feição contraprestacional e remuneratória.

Estou de acordo com a premissa elencada pelo i. Relator [das ADIs 6165, 6178, 6181 e 6197] no sentido de que o fato de os honorários sucumbenciais não serem devidos por alguém que se tenha beneficiado dos respectivos serviços profissionais não é suficiente para, por si só, descaracterizar essa natureza remuneratória. Não por outra razão, as verbas sucumbenciais são fixadas entre percentuais mínimos e máximos, os quais devem ser modulados de acordo com parâmetros relacionados ao serviço objeto da contraprestação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Em igual sentido, o art. 22 do Estatuto da Advocacia, que dispõe que “a prestação de serviço profissional” que assegura aos profissionais inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil “o direito aos honorários [...] de sucumbência”; aplica-se, integralmente, à Advocacia Pública.

Verifica-se que, tal como apontado em memoriais trazidos aos autos pela ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, as ações diretas em exame não questionam o art. 85 do CPC, nem o art. 22 do Estatuto da OAB.

Assim, ressalto que a aplicação do dispositivo legal que prevê como direito do advogado público os honorários sucumbenciais

relaciona-se, tal como apontou o i. Relator, ao princípio da eficiência, insculpido no art. 37, da Constituição da República, pois depende da natureza e qualidade dos serviços efetivamente prestados.

Não enfoco, ademais, contrariedade entre o regime remuneratório dos Procuradores dos Estados e o disposto no art. 39, § 4º, da Constituição da República, cujo teor rechaça acréscimo injustificável de espécies remuneratórias ordinárias, devidas em decorrência do trabalho normal do servidor submetido a regime de subsídio, sem impedir, em linha de princípio, como ressaltou o i. Relator, a percepção de outras verbas pecuniárias que tenham fundamento diverso, a exemplo das verbas honorárias sucumbenciais, fundadas no fato objetivo do resultado da demanda.

Na oportunidade do julgamento do recurso extraordinário 650.898, Rel. Ministro Marco Aurélio e da ação direta de inconstitucionalidade ADI 4941, Rel. o saudoso Min. Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14.08.2019, consignei o seguinte sobre o regime do subsídio:

“Conforme dispõe o art. 39, § 4º, do Texto Constitucional, o subsídio é pago em parcela única, “vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”.

O alcance desse dispositivo jamais foi analisado minudentemente pelo Plenário desta Corte. No entanto, em recente decisão da Segunda Turma (MS 30.922, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje 29.05.2015), o Tribunal acolheu o magistério doutrinário nos seguintes termos:

“Embora o dispositivo [art. 39, § 4º, da Constituição da República] fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias. (...)) Também não podem deixar de ser pagas as vantagens que têm caráter indenizatório, já que se trata de compensar o servidor por despesas efetuadas no exercício do cargo; é o caso das diárias e das ajudas de custo. Não se pode pretender que o servidor que faça gastos indispensáveis ao exercício de suas atribuições não receba a devida

compensação pecuniária. Trata-se de aplicação pura e simples de um princípio geral de direito que impõe a quem quer que cause prejuízo a outrem o dever de indenizar” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 607-608).

Essa justificativa parece mitigar o alcance literal do art. 39, § 4º, da Constituição Federal, para exigir do intérprete uma interpretação sistemática. Tal interpretação funda-se na convicção de que é impossível afastar, em relação aos agentes públicos remunerados por meio de subsídio, os direitos inerentes aos trabalhadores de modo geral e que são expressamente aplicáveis aos demais servidores, nos termos do art. 39, § 3º, da Constituição Federal. Tal interpretação é corroborada, ainda, pela doutrina de diversos outros autores, também citados no MS 30.922:

“Na vedação estabelecida [no art. 39, § 4º, da Constituição da República] só não se incluem as vedações indenizatórias (...). Ao se tratar do limite remuneratório dos servidores públicos, o disposto no art. 39, § 4º, tem que ser entendido com certos temperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por parcela única, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do § 3º do mesmo artigo, combinado com diversos incisos do art. 7º, a que ele se reporta. Por esta razão, quando for o caso, haverá de lhes ser aditados tais acréscimos, deixando, em tais hipóteses, de ser única a parcela que os retribuirá” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 277-278).

“Não obstante essa vedação [do art. 39, § 4º, da Constituição da República], é importante salientar que o servidor público remunerado por subsídio único faz jus às seguintes verbas: - em face do § 3º, do art. 39: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à normal, adicional de férias (1/3); em face do caráter indenizatório: diárias, ajudas de custo e transporte (...); - parcelas de caráter indenizatório: para efeitos dos limites estabelecidos, a EC n. 47/05 (CF, art. 37, § 11), expressamente, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. Determinou, ainda, como regra de transição (art. 4º, EC n. 47/05), a aplicação de toda legislação em vigor definidora de parcelas de caráter indenizatório, enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica sobre o assunto. Aos congressistas, porém, em face da EC n. 50, de 14-2-2006, está vedado o recebimento de pagamento de parcela indenizatória em razão de convocação extraordinária (CF, art. 57, § 7º)” (MORAES, Alexandre. Direito constitucional administrativo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 169).

O mesmo entendimento é ainda perfilhado por José dos Santos Carvalho Filho:

“Não custa lembrar que o próprio art. 39, § 4º, da CF, não pode ser interpretado de forma literal, mas sim em conjugação com o § 3º do mesmo artigo, que manda aplicar aos servidores vários direitos concedidos aos trabalhadores da iniciativa privada, entre eles o adicional de férias, o décimo terceiro salário, o acréscimo de horas extraordinárias, o adicional de trabalho noturno etc. São direitos sociais que não podem ser postergados pela Administração. Por conseguinte, é indubitável que algumas situações ensejarão acréscimo pecuniário à dita ‘parcela única’”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 741).

É preciso observar que o magistério doutrinário, em sua maioria, autoriza a abertura do art. 39, § 4º, por meio do conteúdo do art. 39, § 3º, a todos os servidores públicos, muito embora o texto do § 3º refira-se apenas a “servidores”. Por isso, é digna de nota a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Seria absurdo imaginar-se que deveriam prestar serviços nas condições referidas sem a fruição das garantias outorgadas no pertinentes incisos do art. 7º (aos quais se remete o art. 39, § 3º), que isto implicaria impor a alguns – e sem contrapartida – encargos pesados ou anormais, tanto que merecedores de tratamento especial nos dispositivos referidos. O fato de se alocarem entre os melhor retribuídos no serviço público (se o são não simplesmente porque o queiram, mas porque a lei considerou ser esta sua adequada remuneração), ou a circunstância de serem remunerados por subsídios, não são razões prestantes para que sofram tratamento discriminatório detrimtoso em relação aos demais. Anote-se que ditas observações só valem para os servidores públicos, não abrangendo os agentes políticos, pois é apenas dos primeiros que cogita o art. 39, § 3º.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 281).

Essa posição sustentada por Bandeira de Mello é mais consentânea com a rigorosa interpretação constitucional. Com efeito, a abertura permitida pelo texto a partir do art. 39, § 3º, exige que a extensão dos direitos garantidos aos “servidores ocupantes de cargo público” restrinja-se apenas aos servidores.

Para os fins desse parágrafo, ainda na lição do professor, servidores seriam os agentes públicos que “entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 253).

Assim, se é certo, como sustenta parcela expressiva da doutrina, que a interpretação do art. 39, § 4º, não pode olvidar do disposto no § 3º, é preciso reconhecer que os direitos ali garantidos estendem-se apenas aos servidores ocupantes de cargo público. Noutras palavras, o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais que não sejam servidores não farão jus a acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, incluindo, neste ponto, a gratificação natalina e o adicional do terço de férias.”

Dessa argumentação é possível extrair duas conclusões para o presente caso: a) os agentes políticos que não são servidores não têm direito ao acréscimo em seus subsídios de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, nos termos do art. 39, § 4º, da CRFB; b) os servidores remunerados por subsídios, por força do disposto no art. 39, § 3º, CRFB, que manda aplicar-se-lhes os vários direitos concedidos aos trabalhadores da iniciativa privada, têm direito ao adicional de férias, ao décimo terceiro salário, ao acréscimo de horas extraordinárias, ao adicional de trabalho noturno, ao salário-família, além de parcelas de caráter indenizatório.

No caso em exame, os honorários sucumbenciais são vantagens instituídas para servidores das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, em conformidade com o art. 85, CPC e art. 22 do EAOAB. Assim, se cumpridas as exigências do art. 39, § 3º, da CRFB, não haveria inconstitucionalidade no pagamento de outras parcelas a servidores remunerados pelo regime de subsídio.

Ademais, tal como apontou o i. Relator [das ADIs 6165, 6178, 6181 e 6197], nas hipóteses em que a Constituição da República pretendeu proibir o recebimento de honorários em razão de alguma incompatibilidade relevante, a vedação é expressa, como nas hipóteses da Magistratura (art. 95, parágrafo único, II, CRFB) e do Ministério Público (art. 128, § 5º, II, a, da CRFB). Não se verifica vedação análoga para a advocacia pública.

Tais razões são em todo aplicáveis ao caso em tela e endossam a conclusão lógica no sentido da compatibilidade do percebimento de honorários sucumbenciais, própria do ofício da advocacia, para o âmbito do regime jurídico de direito público a que submetidos os Procuradores dos Estados. Manifesto, portanto, respeitosamente, divergência em relação à posição do i. Relator, para assentar a possibilidade de percepção de honorários de sucumbência pelos Procuradores do Estado de Pernambuco,

nos termos da Lei Estadual n.º 15.711, de 29 de fevereiro de 2016, diante da ausência de ofensa à determinação constitucional de remuneração exclusiva mediante subsídio (arts. 39, § 4º, e 135, da CF).

Em relação à segunda questão em debate, ou seja, se a percepção cumulativa desses valores de honorários deve se submeter ao teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição da República, a resposta também é afirmativa.

Nesse sentido, reitero a posição que sagrou-se majoritária na ocasião do julgamento das ADIs 6165, 6178, 6181 e 6197, no sentido de que as normas que dispõem sobre os honorários no âmbito dos estados e o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) e o CPC atribuem os honorários advocatícios nos feitos judiciais que envolvam a Fazenda Pública aos advogados públicos, sendo inegável o caráter salarial e retributivo dessas parcelas, recebíveis por serviços prestados de maneira eficiente no exercício da função pública.

Portanto, devem obediência ao teto remuneratório constitucional, previsto no artigo 37, XI da Constituição da República, diante de sua natureza remuneratória.

A possibilidade de percepção de honorários sucumbenciais por parte dos advogados públicos não se desvencilha por completo das imposições decorrentes do regime jurídico de direito público a que se submetem.

Tal como afirmei no julgamento das ADIs 6165, 6178, 6181 e 6197, também adoto o argumento no sentido de que no âmbito federal, o art. 102-A da Lei 13.898/2019 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União para 2020), acrescido pela Lei 13.957/2019, introduziu no ordenamento infraconstitucional regra segundo a qual “ *para fins de incidência do limite de que trata o inciso XI do art. 37 da Constituição, serão considerados os pagamentos efetuados a título de honorários advocatícios de sucumbência* ”, regra que evidencia a submissão da remuneração dos advogados públicos ao inciso XI, do art. 37, da CRFB.

Ante o exposto, homenageando as conclusões diversas, manifesto divergência em relação às conclusões do i. Relator e declaro a constitucionalidade da percepção de honorários de sucumbência pelos Procuradores do Estado de Pernambuco e julgo o pedido parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei Estadual n.º 15.711, de 29 de fevereiro de 2016, de Pernambuco, de modo a estabelecer que a somatória dos subsídios e honorários de sucumbência percebidos mensalmente pelos Procuradores do Estado respectivos não

poderá exceder ao teto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a teor do que dispõe o art. 37, XI, da Constituição da República.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 29/06/20 21:31