

23 de janeiro de 2023

2- APRECIÇÃO EQUITATIVA DISFARÇADA E FATIAMENTO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Por Márcio Ávila

O presente artigo abordará o recente acórdão proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo em Recurso Especial nº 2.231.216/SP (DJe 9/12/2022), de relatoria do ministro Francisco Falcão, que tratou do cálculo dos honorários sucumbenciais fixados em sede de exceção de pré-executividade apresentada em execução fiscal com litisconsórcio passivo formado por uma pessoa jurídica e duas pessoas físicas. O tema é de especial interesse para a advocacia tributária, razão pela qual o julgado merece a devida análise.

Antes do estudo propriamente dito do acórdão, é preciso remontar à discussão desde a primeira instância, quando foram acolhidas duas exceções de pré-executividade das duas pessoas físicas. O juízo entendeu que a pessoa jurídica não foi dissolvida irregularmente e que não havia provas nos autos de que os excipientes, de alguma forma, tiveram participação na origem dos débitos fiscais executados. Por essa razão, foram procedentes as exceções apresentadas com base na ilegitimidade daquelas pessoas para figurar no polo passivo da ação.

O juízo condenou a Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios fixados, por equidade (CPC, artigo 85, §8º), em R\$ 1.000,00 para cada um dos excipientes, quando o valor atualizado da causa era superior a R\$ 45 milhões. Em maio de 2017, começa a via crucis do patrono para fazer valer a correta aplicação da lei quanto à percepção dos honorários. Foi interposto agravo por instrumento com vistas à majoração dos honorários, seja porque a decisão contrariou o entendimento pacificado no STJ de que a condenação em honorários inferior a 1% é nitidamente irrisória, seja porque a situação não envolvia fixação equitativa de honorários sucumbenciais, devendo ser aplicado o artigo 85, §3º do CPC. Não vou apontar toda a marcha processual até o STJ para não cansar o leitor.

No recurso especial interposto, o recorrente alegou a violação do artigo 85, §3º, do CPC e que o proveito econômico da ação é o valor da dívida. De acordo com o acórdão proferido pelo STJ, "a despeito da relação jurídica de responsabilidade de caráter solidário previsto no artigo 124 do CTN, que obriga cada um dos devedores a se comprometer pelo total da dívida, tal relação não afasta a relação do direito de regresso daquele que pagou em relação aos demais. Assim, na hipótese de recebimento de honorários, o proveito econômico é o valor da dívida dividido pelo número de executados. Sobre a base apurada, devem incidir os percentuais das gradações do §3º do artigo 85 do CPC".

A Segunda Turma do STJ desenvolveu o seguinte raciocínio: como existe a possibilidade, em tese, de o executado que paga a dívida exercer o direito de regresso contra os demais devedores solidários, o proveito econômico, para fins de cálculo dos honorários sucumbenciais, passa a ser o valor da dívida dividido pelo número de executados.

O ponto incontroverso no caso é a incidência dos honorários sucumbenciais, inclusive havendo tese firmada pelo STJ no Tema Repetitivo nº 961: "Observado o princípio da causalidade, é cabível a fixação de honorários advocatícios, em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, que não é extinta". Quanto a esse ponto, não houve questionamento. Também numa análise superficial, o acórdão do STJ teria sido atendido o leading case que veio a formar o Tema Repetitivo 1.076 (REsp 1.850.512/SP, relator ministro Og Fernandes, DJe 31/5/2022), segundo o qual a fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou do proveito econômico da demanda forem elevados.

Mas o que chama a atenção no acórdão proferido no Agravo em Recurso Especial nº 2.231.216/SP é a inserção de critério não previsto em lei para a determinação dos honorários sucumbenciais: a sua divisão pelo número de executados. É preciso lembrar que a execução judicial para cobrança da dívida ativa é embasada num título executivo extrajudicial (Certidão de Dívida Ativa) que contém o valor originário da dívida, o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos (Lei nº 6.830/80, artigo 2º, §5º, inciso II e §6º). Portanto, é perfeitamente possível individualizar o proveito econômico de cada executado que logrou êxito na exceção de pré-executividade.

Em uma execução fiscal, é comum que a defesa de dois ou mais executados seja efetuada por diferentes patronos, assim como também é corriqueiro que um único patrono adote linhas de defesa completamente distintas, de acordo com a situação jurídica de cada um dos seus clientes. E mesmo que a linha de defesa seja idêntica, fato é que existe uma valoração prévia dessa identidade de teses e que cada um dos executados tem contra si o débito tributário cobrado por inteiro.

Imagine uma execução fiscal ajuizada em face de sócio que jamais foi administrador da pessoa jurídica e de sua esposa que nunca fez parte do quadro societário. O patrono comum aos litisconsortes desenvolve defesas específicas para cada cliente, o que muito provavelmente levará a caminhos processuais diversos. A depender do entendimento da Segunda Turma, o êxito na defesa de cada cliente gerará honorários de sucumbência de 50% daquilo que o patrono teria direito com base no §3º do artigo 85 do CPC. Mas os bens do excipiente ficaram sujeitos à constrição pela dívida integral executada, e não pela metade!

A situação fica ainda mais esdrúxula se os dois executados forem defendidos por patronos diferentes. Por qual razão uma defesa judicial exitosa gerará honorários sucumbenciais pela metade? O advogado é indispensável à administração da justiça (CF/88, artigo 133) e a desvalorização de sua atuação em juízo tem reflexo imediato na defesa da cidadania. A dignidade do advogado é indispensável para a boa defesa do cidadão.

Os honorários sucumbenciais são eventuais, mas, quando incidentes, certamente constituem direito do advogado (Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94, artigo 22, caput c/c artigo 85, §14 do CPC), além de possuírem natureza alimentar (STF, Súmula Vinculante nº 47), compondo, com os honorários contratuais, seu meio de subsistência. Compete ao STJ uniformizar a interpretação da lei federal, mas não lhe compete saltar critério obrigatório, tampouco criar critério não previsto em lei. Não consta do CPC nem nenhuma outra norma jurídica a redução do valor da condenação com base no número de executados e tal ativismo judicial não protege de maneira alguma o interesse público, mas blinda o comportamento equivocado do Estado e desvaloriza o exercício da advocacia.

Por outro lado, em tempos de consequencialismo jurídico, a mensagem que o acórdão passa para as Procuradorias de Fazenda não é nada pedagógica: quanto mais executados constarem do polo passivo da execução fiscal, mais diluído será o risco de a Fazenda Pública sucumbir numa demanda mal ajuizada por ela própria e menores serão os honorários sucumbenciais a serem recebidos por cada defesa exitosa. Esse racional não atende o interesse público porque não estimula o eficiente controle administrativo de legalidade da Dívida Ativa a ser exercido pelas Fazenda Pública (Lei nº 6.830/80, artigo 2º, §§3º e 4º) e ainda abre espaço para litigiosidade inconsequente, o que prejudica o regular funcionamento do próprio Poder Judiciário.

Não tenho apreço pela utilização da expressão "interesse público" na discussão sobre honorários sucumbenciais porque entendo que existe uma manipulação indevida do conceito, mas como é usualmente

utilizada, vou mantê-la aqui para ressignificá-la. É muito frequente a sua utilização para o não reconhecimento dos honorários sucumbenciais legalmente previstos e devidos aos patronos das causas, o que é extraível de um exemplo dos próprios autos: nas contrarrazões da União apresentadas no agravo de instrumento interposto no TRF da 3ª Região, foi alegado o seguinte: "em que pese o valor elevado da causa, as peculiaridades do caso concreto não autorizam a majoração da verba honorária, pois estamos diante do interesse público, que não pode e não deve ser onerado excessivamente". Ora, o interesse público não é atendido com a redução da dignidade do advogado, via fatiamento e mitigação dos honorários sucumbenciais, mas, em verdade, se relaciona com uma administração pública fazendária eficiente e obrigada ao devido controle da dívida ativa. Se o controle fosse efetivo, não existiriam tantas exceções de pré-executividade espalhadas pelos fóruns do país.

O trabalho do advogado garante a cidadania e promove o interesse público. Toda vez que o cidadão-contribuinte é executado indevidamente, colocando em risco o próprio patrimônio, usualmente construído às duras penas, fica escancarada a irresponsabilidade no trato das questões atinentes ao erário e a existência de demandas sem justa causa, mas que causam prejuízo ao executado. A atuação do patrono na defesa judicial de pessoa física que tem seu CPF restringido indevidamente por dívida tributária em montante superior a R\$ 45 milhões, que ficou incapacitada durante anos de realizar financiamentos (veículos e imóveis), crediários ou mesmo alienar bens imóveis próprios, não é simples detalhe. O papel do advogado é fundamental nesses casos!

Aliás, quando a Fazenda Pública obtém sentença condenatória em desfavor do executado, são devidos honorários sucumbenciais por inteiro, de maneira que não faz sentido o fatiamento dos mesmos na direção inversa.

Em conclusão, o acórdão proferido pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no AREsp nº 2.231.216/SP, não dá cumprimento ao artigo 85, §3º do CPC. O tribunal, na verdade, adota uma apreciação equitativa disfarçada de proveito econômico ao afirmar que os honorários advocatícios devem ser calculados com base no valor da dívida dividido pelo número de executados, o que viola o Tema Repetitivo 1.076, dando ensejo à reclamação para preservação da competência das decisões da Corte Especial (artigo 11 do Regimento Interno do STJ), além de desvalorizar o exercício da advocacia. O sistema de prerrogativas da Fazenda Pública é exclusivamente legal, jamais jurisprudencial, ainda mais quando tal prerrogativa se consubstancia em privilégio odioso.

Acesso em:

<https://www.conjur.com.br/2023-jan-22/marcio-avila-fatiamento-honorarios-sucumbenciais>