

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N. 8.906/1994 (ESTATUTO DA OAB) E A SÚMULA 306 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jaime Luiz Vicari *

O tema *honorários advocatícios* é relevante e frequenta o cotidiano forense, mas, paradoxalmente, não é objeto de maiores estudos entre os doutos.

A edição da Súmula 306 pelo Superior Tribunal de Justiça, disciplinando a imposição da verba honorária nos casos de sucumbência recíproca, no entanto, acabou por despertar alguma celeuma jurisprudencial, além de evidente preocupação nos advogados, de modo que é oportuna uma abordagem, ainda que sucinta, sobre esse assunto, como forma de contribuição ao debate, despida de qualquer pretensão de esgotá-lo.

De início é interessante lembrar que, nos primórdios do Direito, a atuação dos advogados tinha outra conotação e a legislação existente proibia de maneira expressa a cobrança de honorários — serve como exemplo a Lei Cincia, de 250 a.C.

As Ordenações do Reino eram igualmente rigorosas nesse ponto. Vale assinalar que o Alvará datado de 1º de agosto de 1774 agravou as penas aos profissionais que não respeitassem essa proibição.

O Código de Processo Civil de 1939 determinava no artigo 59 que “a parte vencedora terá direito ao reembolso das despesas do processo”; não mencionava diretamente *verba honorária*, mas ela estava inequivocamente compreendida nessas “despesas”.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O mesmo artigo previa: “quando a condenação for parcial [sucumbência recíproca, assinala-se] as despesas se distribuirão proporcionalmente entre os litigantes”.

E os artigos 63 e 64 davam a essas “despesas” nítido caráter de pena imposta ao vencido porque associavam a condenação à existência de dolo ou culpa.

A Lei n. 4.632, de 18 de maio de 1965, alterou o mencionado artigo 64, suprimindo a exigência de dolo ou culpa para a condenação.

Finalmente, o atual Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973) disciplinou o cabimento das verbas sucumbenciais a partir do artigo 19, ordenando, no artigo 20, que “a sentença condenará o *vencido* a pagar ao *vencedor* as despesas que antecipou e os honorários advocatícios” (os destaques, obviamente, não são do original).

Dispôs, ainda, que “essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”, vale dizer, será devida se o advogado for *parte* no processo.

O artigo 21 normatizou a imposição desse ônus na hipótese de ocorrer sucumbência recíproca, *verbis*: “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

É importante salientar que, pela vez primeira em nossa legislação, fez-se nítida distinção entre os termos genéricos *despesas* ou *custas* e a específica verba honorária, dando a esta disciplinamento inovador e próprio.

Essa construção de Alfredo Buzaid foi certamente inspirada nas lições de seu mestre Enrico Tullio Liebman, que, por sua vez, tomou-a emprestada de Chiovenda (1965), para quem a condenação ao pagamento das despesas processuais estava ligada *alla socombenza, pura e semplice*.

Na Exposição de Motivos do anteprojeto do Código de 1973, Buzaid escreveu:

O projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor. “O fundamento desta condenação”, como escreveu Chiovenda, “é o fato objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante”.

Salta aos olhos, em simples exegese literal, que os titulares do direito aos honorários, seja no crédito, seja no débito, *por ocasião da entrada em vigor do Código*, não eram os profissionais do Direito, os advogados, e sim as próprias partes.

Em tal quadro normativo, era perfeitamente adequado entender que, sendo os litigantes vencidos e vencedores, ou seja, reciprocamente credores e devedores, fosse aplicado à hipótese o instituto da compensação, previsto no artigo 1.009 do Código Civil de 1916 e repetido no artigo 368 do Código Civil de 2002, com a mesma redação.

Consoante essa legislação, “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

Não é outro o entendimento que viceja na doutrina sobre o instituto da reciprocidade, como se pode aferir da ensinança de Rodrigues (2002, p. 215):

é o requisito fundamental da compensação, pois trata-se de um meio da extinção das obrigações pelo encontro de direitos opostos. Como vimos, a compensação compõe-se de pagamentos recíprocos, efetuados com créditos também recíprocos. Assim,

para que haja compensação, mister se faça a presença de obrigações e créditos recíprocos, entre as mesmas partes.

A compensação, verdadeiro “encontro de contas”, é instituto que remonta ao Direito Romano, pois há passagens sobre o tema em Gaio e Justiniano, conforme leciona Monteiro (p. 329), traslada-se para o Direito Canônico e encontra guarida em todos os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, seja na *common law*, seja na *civil law*.

O *Codice Civile Italiano* (p. 216), por exemplo, define a compensação no artigo 1.241 como a situação em que, “quando *due persone sono obbligate l’una verso l’altra, i due debiti si estinguono per le qualità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono*”, ou seja, para o direito peninsular, a compensação é a situação em que, se duas pessoas são obrigadas uma para com a outra, os dois débitos se extinguem pelas quantias correspondentes, segundo as normas dos artigos seguintes.

Não pairam dúvidas de que o legislador de 1973 separou, nitidamente, a pessoa do litigante (parte) da pessoa do procurador (advogado), como se pode ver claramente no Título II do Código Buzaid: “das partes e dos procuradores”.

Tinha-se, até então, consoante o Código de Processo na versão original, uma situação em que as custas e os honorários pertenciam ou deveriam ser pagos às partes, pois os titulares do crédito ou os devedores da obrigação eram os litigantes.

Veio a lume, em 4 de julho de 1994, após vinte e um anos de vigência do Código de Processo Civil, a Lei n. 8.906 — Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, inovando substancialmente essa matéria.

Com efeito, o artigo 23 da mencionada norma diz, textualmente, que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sen-

tença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido a seu favor”.

E o § 3º do artigo 24 do mesmo estatuto fulminou qualquer tentativa de afastamento da regra dantes mencionada ao explicitar que “é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência”.

Exatos quatro meses após essa alteração substancial, o colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu de sumular a matéria pertinente à sucumbência recíproca, fazendo-o, contudo, *datissima venia*, em sentido claramente oposto ao texto legal.

Com efeito, ao editar a Súmula 306, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

Ousa-se divergir e faz-se isso tendo presente a lição de Descartes (1979, p. 25): “a diversidade das nossas opiniões não provém do fato de serem uns mais racionais do que os outros, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos por vias diversas e não considerarmos as mesmas coisas”.

Inicialmente, é de assinalar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, em sua função de intérprete máximo da lei federal, tem, dentre suas relevantes atribuições, a de editar súmulas para a uniformização da jurisprudência em todo o País, e, com isso, acelerar a prestação jurisdicional, objetivo de irretorquível validade e que constitui o desejo de todos os operadores do Direito.

Essas súmulas, conquanto gozem de natural autoridade, e nem poderia ser diferente, já que advindas de corte superior, não ostentam, contudo, caráter vinculante.

É de reconhecer, e nem poderia ser de outra forma, a força e a autoridade emanadas de súmula do Superior Tribunal de Justiça, mas é necessário, igualmente, reconhecer que tal enunciado não possui caráter vinculativo, como, por exemplo, aquele ostentado pela chamada *súmula vinculante*, oriunda do Supremo Tribunal Federal, conforme determina, expressamente, o artigo 103-A da Constituição Federal, *verbis*:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei [no caso a Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006].

A Lei n. 8.906, *lex posterior*, pois, alterou, sim, a titularidade da verba honorária que a redação original do Código de Processo Civil carregava às partes, passando a atribuí-la aos advogados, como direito pessoal.

Observa-se que o § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil é de clareza meridiana ao enunciar que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Ora, se o Código de Processo Civil, em sua versão original, atribuía a titularidade da verba honorária às partes, aos litigantes, e a Lei n. 8.906, *posterior*, diz que os titulares agora são os advogados, impossível se afigura sustentar que a segunda não revogou a primeira, nesse particular.

Ademais, é de considerar que tanto o Código de Processo Civil quanto o Estatuto da OAB são leis especiais, e em tal caso a antinomia se resolve em favor da lei posterior.

Alterada a titularidade, inadmissível se afigura, repita-se, aplicar à sucumbência recíproca o instituto da compensação no tocante aos honorários dos advogados, pois esses profissionais não são, simultaneamente, *devedores e credores*, e sim apenas *credores* dessa verba.

Como lembrado com inegável sabedoria,

no exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que ‘conviria’ fosse por ela perseguida” (Celso Antonio Bandeira de Mello – em parecer inédito). Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele [...]. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escoreta linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios (BRASIL, 1994, p. 1).

No mesmo norte, outra lição que nos ministra o judicioso Lacerda (1983, p. 8), *verbis*:

[...] a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim. Nesta perspectiva, os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual. A propósito, não me canso de verberar o mau vezo, infelizmente generalizado, de negar-se à norma de processo outra interpretação que não a literal, exatamente aquela que os mestres da hermenêutica consideram a mais pobre, a menos satisfatória, a menos inteligente. Não há por que degradarmos o direito processual e os processualistas autênticos a esse ponto, nem atribuírmos ao legislador intenções que jamais passaram por sua cabeça.

O excelso Supremo Tribunal Federal, em sua condição de intérprete da *Lex Maxima*, por duas vezes assentou que os honorários de advogado têm caráter de verba alimentar. A primeira, ao examinar o RE n. 170.220-6-SP, do qual foi relator o culto Ministro Carlos Velloso, e a segunda, mais recentemente, em 14 de maio de 2008, por ocasião do julgamento do RE n. 470.407-DE, do qual foi relator o eminente Ministro Marco Aurélio de Mello.

Diz a ementa desse último julgado, *verbis*:

CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA – ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1º-A do artigo 100 Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NATUREZA – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional nº 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário nº 146.318-0-SP, Segunda Turma, relator Ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário nº 170.220-6-SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998.

Assinale-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, curvou-se a esse entendimento *contrário* à aplicação da Súmula ao decidir os Embargos de Divergência em REsp. n. 724.158; o mesmo ocorreu no julgamento dos Embargos de Divergência n. 647.283, em 14 de maio de 2008.

É elucidativa, a respeito, a ementa do EREsp. n. 724158/PR, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 20 de fevereiro de 2008, *verbis*:

Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, têm natureza alimentar. Precedentes do STJ e de ambas as turmas do STF. Por isso mesmo, são bens insuscetíveis de medidas constritivas (penhora ou indisponibilidade) de sujeição patrimonial por dívidas de seu titular. A dúvida a respeito acabou dirimida com a nova redação do artigo 649, IV, do CPC (dada pela Lei n. 11.382/2006), que considera impenhoráveis, entre outros bens, “os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

Firma-se pois que os honorários de advogado são verba alimentar até por interpretação de mandamento constitucional. Regra maior não há. Porém, é importante lembrar de outra determinação aplicável ao caso, extraída do artigo 373 do Código Civil de 2002, *verbis*:

A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, *exceto*:

I — se provier de esbulho, furto ou roubo;

II — se uma se originar de comodato, depósito ou *alimentos*;

III — *se uma for de coisa não suscetível de penhora* (grifo nosso).

Mais explícito é o comando emergente do artigo 1.707 do Código de 2002, *verbis*: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com ressalva de respeitável corrente em sentido oposto, tem-se inclinado pelo descabimento da compensação da verba honorária em caso de sucumbência recíproca, como se verifica pelos seguintes arestos: Ap. Cív. n. 2009.024798-0, rel. Des. Cesar Abreu; Ap. Cív. n. 2008.069278-0, rel. Des. Edson Ubaldó; Ap. Cív. n. 2007.057663-4, rel. Des. Carstens Köhler; Ap. Cív. n. 2009.042104-3,

rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga; Ap. Cív. n. 2007.051119-5, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento; Ap. Cív. n. 2009.043006-6, rel. Des. Jorge Schaefer Martins; Ap. Cív. n. 2000.012807-4, rel. Des. Subst. Robson Luz Varella; Ap. Cív. n. 2009.050621-7, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein; Ap. Cív. n. 2009.025042-0, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz; Ap. Cív. n. 2006.010487-0, rel. Des. Sérgio Heil; Ap. Cív. n. 2002.008974-0, rel. Des. Fernando Carioni; Ap. Cív. n. 2004.002871-7, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato; Ap. Cív. n. 2009.043405-7, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade; Ap. Cív. n. 2009.015117-7, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva; e Ap. Cív. n. 2008.017413-4, rela. Des. Rejane Andersen.

Essa mesma posição foi adotada pela colenda Quarta Câmara de Direito Comercial na Apelação Cível n. 2004.000825-2, da comarca de Lages, em reexame ditado por força do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, igualmente encontram-se vários julgados que decidiram pela inaplicabilidade da compensação da verba honorária nos casos de sucumbência recíproca: Ap. Cív. n. 70034761221, Des. Claudir Fidelis Faccenda; Ap. Cív. n. 70029873858, Des. Rui Portanova; Ap. Cív. n. 70030098495, Des. José Ataídes Siqueira Trindade; dentre outros.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma plêiade de notáveis juristas sob a coordenação do Ministro Luiz Fux, nome dos mais representativos do Superior Tribunal de Justiça, e foi entregue há poucos dias ao Congresso Nacional, para a devida apreciação.

Trata-se de lei mais consentânea com a realidade institucional vigente e que por certo melhor se afeiçoa aos dias em que vivemos, com ênfase na celeridade e na efetividade da jurisdição. E o anteprojeto prevê, de

maneira expressa, descaber qualquer espécie de compensação no tocante a honorários, dado terem caráter alimentar.

Com efeito, o § 11 do artigo 73 do anteprojeto assim preceitua, *verbis*: “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, tendo os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

Diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, do projeto do novo CPC e de tudo o mais que foi dito, ousa-se assentar que mesmo a angusta via do artigo 543-C do Código de Processo Civil não elide a possibilidade da reafirmação, em novo julgamento, da posição contrária à aplicação de dita súmula.

Esse é o entendimento, *verbi gratia*, a que chegou a colenda Câmara Especial Regional de Chapecó ao reexaminar os autos da Ap. Cív. n. 2008.069278-0, em voto da lavra do eminente Desembargador Edson Ubaldo, acompanhado, *nemine discrepantur*, pelos eminentes Desembargador Cesar Abreu e Desembargador Substituto Saul Steil, mantendo a decisão anterior pela inaplicabilidade da súmula mencionada.

Acerca da jurisprudência e sua mutabilidade, oportuna a lição de Calamandrei (1976, p. 74, tradução livre):

Seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e a mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e de expansão.

Não se desconhece, por evidente, a existência de corrente doutrinária respeitável, com alguma receptividade na jurisprudência e também

no Direito comparado¹, que sustenta ser mais adequada na fixação dos honorários a aplicação do princípio da causalidade.

Entretanto, *legem habemus* e nela se acolheu como critério para a fixação de honorários não o princípio da causalidade, mas, sim, o da sucumbência.

Ademais, ainda que adotado, *de lege ferenda*, por certo, o princípio da causalidade para a imposição da verba honorária, essa adoção, por si só, não alteraria a titularidade desses valores, vale dizer, os honorários continuariam a ser direito pessoal do advogado, dotados de natureza alimentar, insuscetíveis de compensação.

E surge a inevitável pergunta: o que se poderia fazer a respeito da compensação de honorários com o advento da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, que só aparentemente pacificou a questão?

Entende-se que se deveria proceder da mesma maneira como se procedeu, em outro episódio, com a Súmula 263 do STJ, de 8 de maio de 2002, que dispunha sobre a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil em caso de cobrança antecipada do chamado Valor Residual Garantido – VRG. Aquele enunciado foi cancelado pela edição da Súmula 293. Após dois anos de recursos contrários à anterior, os eminentes ministros, em gesto de admirável grandeza, reviram seu pensamento e editaram nova ementa.

Se a Súmula 263 foi cancelada pela 293, certamente com bons argumentos, o mesmo, espera-se, irá acontecer com a Súmula 306, com o que se estará a fazer justiça, *suum cuique tribuere*.

Ao arremate: a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, rogada a indispensável vênua, incide em vários equívocos: a) ignora a existência de lei posterior e especial, que revogou lei anterior e geral, acerca da titularidade

1 *Zivilprozessordnung*, §§ 91 e 92, e *Code de Procédure Civile*, artigos 130 e 131.

da verba honorária; b) aplica compensação à verba alimentar, que não a admite; c) suprime dos advogados o direito à percepção dos valores que a lei lhes assegura, e que têm caráter alimentar, repita-se; d) concede às partes, aos litigantes do processo, uma isenção de verba de sucumbência não prevista em lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 166.772-9, do Rio Grande do Sul, relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 de maio de 1994, DJ 16-12-1994, p. 1.

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Nápoles: Opere Giuridiche, 1976. v. 2 e 3.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3.

DESCARTES, René. *O discurso do método*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

ITÁLIA. *Codice civile e leggi complementari*. Roma: Stamparia Nazionale.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Ajuris*, Porto Alegre, ano X, n. 28, p. 8-14, jul. 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva. t. 1.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.