



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

Advocef

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Salas 510 e 511

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.33, 2022

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisão: *Luís Augusto Junges Lopes (Press Revisão)*

Tiragem: *300 exemplares*

Periodicidade: *anual*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Marcelo Quevedo do Amaral (CETEN-DF)

Vice-Presidente

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (GEJUR-DF)

1º Secretário

Gabriel Augusto Godoy (CEAJU-DF)

2ª Secretária

Fabiola Oliveira Alencar (Natal)

1ª Tesoureira

Anna Claudia de Vasconcellos (DIJUR)

2ª Tesoureiro

Duílio José Sanchez Oliveira (São José dos Campos)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Brasília)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Marcelo Dutra Victor (CEATR-DF)

Diretora de Honorários Advocatícios

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (CEATR-DF)

Diretor de Negociação Coletiva

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

Diretor de Prerrogativas

Sandro Cordeiro Lopes (Niteroi)

Diretor Jurídico

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretora Social

Linéia Ferreira Costa (Salvador)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Marcelo Quevedo do Amaral

Marcelo Dutra Victor

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCIPR. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA/AM.

Antonio Carlos Ferreira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Ex-Diretor Jurídico da Caixa Econômica Federal. Ex-Presidente da Escola de Advocacia da CAIXA.

Bruno Queiroz Oliveira

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará – UFC e Presidente do Conselho Editorial.

Cacilda Lopes dos Santos

Doutora em Direito Urbanístico pela Universidade de São Paulo – USP e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCISP.

Carolina Reis Jatobá Coêlho

Doutoranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub/DF. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília – IDP/DF. Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal em Brasília- ESMPDF.

Clarissa Bueno Wandscheer

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora da Universidade Positivo. Integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social – CPJUS. Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, Responsabilidade e Novos Modelos Econômicos (UP). Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica – PUCIPR.

Cláudio Gonçalves Marques

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Empresarial concursado na Pontifícia Universidade Católica de MG.

Davi Duarte

*Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/
Faculdade Projeção/DF. Presidente da Comissão Especial do
Advogado Empregado da OAB/RS.*

Felipe de Vasconcelos Soares Montenegro Mattos

*Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo -
USP. Especialista em Direito Público pelo Instituto Processus.
Professor na graduação e pós graduação.*

Iliane Rosa Pagliarini

*Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade
Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Tributário pela
Universidade da Amazônia. Membro da Comissão da Advocacia
Pública da OAB/PR.*

João Batista Pinto Silveira

*Desembargador Federal no TRF da 4ª Região. Diretor da Escola da
Magistratura do TRF4. Ex-Gerente Jurídico da Caixa Econômica
Federal.*

João Pedro Silvestrin

*Desembargador Federal do Trabalho no TRT da 4ª Região.
Especialista em Direito e Economia pela Fundação Getúlio Vargas –
FGV e Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e
Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS – UNISC..*

Juarez de Freitas

*Pós-doutorado em Direito na Università degli Studi di Milano.
Doutor em Direito e Mestre em Filosofia. Presidente do Conselho
Editorial da Revista Interesse Público. Co-Diretor de Tese na
Universidade Paris II. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos
Estudos de Direito Público. Membro Nato do Conselho do Instituto
Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de
Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Pesquisador com
ênfase nas áreas de Interpretação Constitucional e Direito
Administrativo. Professor de Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Autor de várias obras
jurídicas. Advogado, Consultor e Parecerista.*

Kátia Aparecida Mangone

*Doutora e Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – PUC/SP.*

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

*Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e pós
doutorado pelo Núcleo de Estudos da Violência – NEVI/USP.
Mestre em Programa de Pós Graduação em Integração da América
pela Universidade de São Paulo.*

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade de São Paulo – USP e Mestre em Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCISP.

Manuel Munhoz Caleiro

Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica. Membro da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Pesquisador integrante da Rede Latino-americana de Antropologia Jurídica (RELAJU). Pesquisador associado ao Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Diretor Executivo do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). Advogado.

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta

Mestranda em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP/ISP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL.

Reis Friede

Desembargador Federal Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho - UGF e Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Diplomado pela Escola Superior de Guerra e pela Escola de Comando do Estado-Maior da Aeronáutica e Membro da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial - SBDA.

Roberto Di Benedetto

Doutor em Sociologia pelo IESPIUERJ e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador-Geral do Direito da Universidade Positivo, professor titular da Universidade Positivo, Avaliador de Curso de Graduação em Direito do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação – INEP/MEC e pesquisador visitante do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.

Vera Regina Hippler

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCISP.

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)
Luiz Fernando Padilha (CEPVA-GO)
Dione Lima da Silva (Porto Alegre)
Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (CEAJU-SP)
Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)
Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)
Henrique Chagas (Aposentado/Presidente Prudente)

Membros Suplentes

Eurico Soares Montenegro Neto (GEAJU-DF)
Janaina Marreiros Guerra Dantas (Teresina)
Matheus Aguiar de Barros (CEATR-PE)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)
Júlio Vitor Greve (Aposentado)
Cláudia Elisa de Medeiros Teixeira (CEPVA-GO)

Membros Suplentes

Marcos Nogueira Barcellos (GEJUC-DF)
Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

APRESENTAÇÃO	11
---------------------------	-----------

PARTE 1 – ARTIGOS

Parceria Público-Privada: luz no fim do túnel?

<i>Paulo Henrique Garcia Hermosilla</i>	<i>15</i>
---	-----------

Cômputo em dobro de todo o período de pena cumprido em situação degradante – Habeas Corpus nº 136.961

<i>Ana Luíza Castro dos Santos, Ana Luíza Dias de Oliveira, Délia Moraes Pales Martins, Manoela Azevedo Sieiro, Rodrigo Assunção Salvador e Hebert Soares Leite</i>	<i>35</i>
---	-----------

(Im)possibilidade de alteração do regime jurídico de exploração das loterias

<i>Ana Paula Galinatti Schreiber</i>	<i>57</i>
--	-----------

A representação política extraparlamentar como manifestação política das organizações da sociedade civil

<i>Luciana Buksztejn Gomes</i>	<i>99</i>
--------------------------------------	-----------

A necessidade de intimação pessoal do réu solto da sentença penal condenatória à luz da Constituição de 1988

<i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira</i>	<i>121</i>
---	------------

Direito e processo desportivo brasileiro: abordagem histórica, normativa e análise dos meios alternativos de resolução de conflitos

<i>Floriano Benevides de Magalhães Neto</i>	<i>149</i>
---	------------

Assinaturas eletrônicas e segurança cibernética: uma análise da Lei 14.063/20 à luz da tríade CIA

<i>Samuel Nunes Furtado e Victor Rodrigues Nascimento Vieira</i>	<i>187</i>
--	------------

A proteção de dados pessoais e do consumidor na esfera extrajudicial à luz da teoria do diálogo das fontes

<i>Samuel Nunes Furtado e Pedro Henrique Almeida Queiroz</i>	<i>209</i>
--	------------

**Autoridade parental e acesso dos filhos menores
às redes sociais**

Larissa Montanari e Luciana Dadalto 229

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Honorários advocatícios. Recurso repetitivo.

Apreciação equitativa. Inviabilidade 249

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 349

Apresentamos à comunidade jurídica a edição 33 da Revista de Direito da ADVOCEF, criada e mantida de forma ininterrupta, desde 2005, pela Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal.

Concretizando a retomada da periodicidade semestral, este número é lançado em evento alusivo aos 30 anos de fundação da entidade que a patrocina.

A Revista de Direito pode ser considerada, por seus muitos protagonistas e leitores ao longo da trajetória, justo motivo de júbilo e orgulho de uma história permeada pela evolução constante e firme dos ideais que sustentaram sua criação.

A edição que se descortina nas quase 300 páginas de sólida doutrina traz desafiadores e muito atuais estudos, abrangendo desde o Direito Público em sentido amplo, Direito Penal e Desportivo, LGPD, Direito de Família e inserções pontuais envolvendo as OSCIPs, loterias, segurança cibernética e redes sociais.

Os autores e suas qualificações, com suas origens e vinculações acadêmicas, atestam a amplitude das proposições trazidas à visibilidade, conferindo o amplo acesso às páginas da publicação não somente aos advogados integrantes dos quadros da CAIXA, mas também a profissionais com perfis os mais diversos.

A jurisprudência coletada, desta feita, se resumiu aos muitos fundamentos dos votos proferidos pelos Ministros do STJ em julgado, com enorme repercussão sobre a classe dos advogados, merecendo, por tal especificidade, a precedência e o destaque da edição.

A composição desta edição busca traduzir os conceitos perseguidos pela ADVOCEF desde a concepção do veículo: divulgar, amplificar e incentivar a produção intelectual de Operadores do Direito, bem como de julgados que revelem pacificação e definições claras acerca de temas de relevo institucional.

O apreço pelo estudo e o apuro intelectual de autores e julgadores, mais do que concretizar anseios de vidas humanas e de histórias de instituições, são obrigações exigíveis de todos, em direção à evolução e ao aprimoramento de homens e mulheres para as melhores causas.

Diretoria Executiva da ADVOCEF



PARTE 1

ARTIGOS

Parceria Público-Privada: luz no fim do túnel?

Paulo Henrique Garcia Hermosilla
*Mestre e Doutor em Direito Civil pela
Universidade de São Paulo
Assessor Jurídico – Banco do Brasil S/A*

RESUMO

Muito se discute sobre o aprimoramento da realização das obras e dos serviços públicos pela Administração Pública. A legislação brasileira é pródiga na produção de normas sobre o tema. Por outro lado, a Constituição Federal determina que o gestor público deve agir em sintonia com diversos princípios, especialmente os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de forma que seja destinada à população obras e serviços de qualidade. Porém, a ausência de recursos pode inibir a realização da licitação. No entanto, como o Estado não pode deixar de entregar à população as obras e os serviços essenciais, entra em cena a parceria público-privada, modalidade de concessão que envolve recursos públicos ou públicos e privados, uma simbiose entre o particular e a Administração Pública destinada à realização de tais objetivos.

Palavras-chave: Parceria público-privada. Licitação. Lei nº 11.079/2004. PPP.

ABSTRACT

Much is discussed about the improvement of public works and services by the Public Administration. Brazilian legislation is prodigal in the production of norms on the subject. On the other hand, the Federal Constitution determines that the public manager must act in harmony with several principles, especially those of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency, providing the population with quality works and services. However, the lack of resources can inhibit the bidding itself. However, as the State cannot fail to deliver essential works and services to the population, the public-private partnership emerged, a concession modality that involves public or public and private resources, a symbiosis between

the individual and the Public Administration aimed at achievement of such objectives.

Keywords: Private Finance Initiative. Public bidding. Lei nº 11.079/2004. PFI.

Introdução

A realização de obras e serviços pelo Estado sempre foi um desafio ao gestor público, especialmente em temas que envolvam conhecimento e expertise específicos.

É inviável outorgar-se ao Estado a construção de uma obra como o metrô ou a fabricação de aviões, o que explica a privatização da EMBRAER em 1994, o que a transformou na 3ª maior fabricante de jatos comerciais do mundo, atrás, apenas, da Airbus e da Boeing¹, o que seria inimaginável se a empresa ainda estivesse sob o manto estatal.

Em tais hipóteses, a Administração Pública pode (deve!) contar com a iniciativa privada, que é, de longe, muito melhor aparelhada para prover, com eficiência, os benefícios que o Estado deve proporcionar ao cidadão.

É evidente que o Estado não tem condições de realizar todas as atividades que dele se espera, e o Brasil, infelizmente, tem sido palco, de longa data, da carência ou da ausência do serviço público com a qualidade que o contribuinte merece receber.

1 A escolha do tema

A prestação do serviço público de qualidade é a razão de ser da existência do Estado.

Não se pode imaginar o Estado senão como um ente destinado a proporcionar ao cidadão os benefícios que este espera receber em função dos tributos que recolhe.

Em países carentes de cidadania, porém pródigos em dissipar o dinheiro público de forma irresponsável como, lamentavelmente, é o caso do Brasil, a situação é duplamente preocupante.

Se, por um lado, a carga tributária é inclemente, por outro, o cidadão não vê qualquer sentido em recolher tributos se os benefícios esperados, que respondem, normalmente, pelo tripé

¹ A Embraer. **EMBRAER**, [s.d.]. Disponível em: <<https://embraer.com/br/pt/sobre-nos>>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

saúde, educação e segurança, jamais foram oferecidos pelo Estado na forma como deveriam.

O contribuinte se vê na triste circunstância de se socorrer do serviço privado. No entanto, isso não o isenta do pagamento dos tributos, ou seja, o Estado não oferece o serviço, mas exige o recolhimento do tributo, e o pouco serviço colocado à disposição da população é, em regra, de péssima qualidade.

Tampouco adianta ao contribuinte se abrigar na restituição do Imposto de Renda, pois tal expediente é limitado às despesas médicas e de educação, e a malsinada tabela do Imposto de Renda defasou-se em nada menos que 134% entre 1996 e 2021, segundo dados da Associação Nacional dos Auditores Fiscais – Unafisco².

A antiga Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93 –, então o marco legal do tema, serviu como referência para a moralização do procedimento licitatório, norteando o gestor público e o vinculando ao procedimento licitatório nas hipóteses não excepcionadas pela lei. A norma serviu, também, como um alento ao contribuinte, ao garantir que, pelo menos em tese, os recursos públicos seriam aplicados com rigor.

Infelizmente, esse alívio se dissipou rapidamente, pois licitantes mal-intencionados, associados a agentes públicos coniventes, logo encontraram formas de burlar a lei e “lotear” as licitações, distribuindo-as de acordo com seus próprios interesses.

Obviamente, sempre que alguém ganha, outro alguém irá perder, e o perdedor é, invariavelmente, o contribuinte, que só é lembrado no momento de pagar a conta do banquete licitatório onerado por inúmeros aditivos.

Como apenas uma pequena parte dos brasileiros tem acesso a estudo de qualidade e às riquezas que o país produz, tais mazelas fogem do conhecimento público geral, e a maior parte da população só toma conhecimento do tema de maneira superficial, não tendo sequer elementos para defender seus interesses.

E assim o país vai frequentando posições vergonhosas no Índice de Desenvolvimento Humano e de acesso aos serviços públicos básicos.

² Recorde de declarações: sem correção da tabela, mais gente tem que pagar IR. **UOL**, 2022. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/imposto-de-renda/noticias/redacao/2022/06/01/tabela-do-ir-defasada-ajuda-a-explicar-recorde-de-declaracoes-em-2022.htm>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

Esse triste retrato animou o autor a escrever sobre a Parceria Público-Privada – PPP, uma subespécie de concessão, a qual envolve recursos públicos e privados ou uma “soma de esforços para se alcançar o resultado almejado e necessário para atender à população”.³

Quicá essa modalidade de licitação, que prevê o compartilhamento dos riscos entre as partes envolvidas, represente uma esperança na moralização do sistema licitatório brasileiro e o aprimoramento da qualidade do serviço público disponibilizado pelo Estado.

2 Origem da parceria público-privada

A Constituição Federal determina, em seu art. 37, que a administração pública direta e indireta de quaisquer dos poderes e esferas administrativas da Federação deve obedecer a diversos princípios administrativos, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Prossegue a Constituição, no inciso XXI do referido artigo, que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Na sequência, dispõe a Carta Magna que, ressalvados os casos previstos na CF, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo; que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (art. 173, § 1º, III).

Por fim, a CF incumbiu ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (art. 175), destacando que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de cadu-

³ Cuidado com as PPPs. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-cuidado-com-ppps>>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

cidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; a política tarifária; e a obrigação de manter serviço adequado.

Percebe-se que a licitação figura como regra e está umbilicalmente vinculada à CF, pois é obrigação do gestor público dar aos recursos arrecadados via tributação a melhor destinação possível, revertendo à população os benefícios básicos que se espera da Administração Pública, a exemplo da segurança, da saúde, da educação e da prática desportiva, todos com assento constitucional.

O art. 37, XXI, da CF foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93, já revogada, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e deu outras providências.

A PPP surgiu como instrumento propulsor de serviços associados na Austrália, ao final da década de 1980, e se destacou no Reino Unido através do programa *Private Finance Initiative*, que abrangeu centenas de projetos voltados à infraestrutura no início da década de 1990 (FRISCHTAK, 2013, p. 135).

O *Private Finance Initiative* foi a solução encontrada em face da restrição orçamentária derivada do Tratado de Maastricht e do Pacto de Crescimento e Estabilidade, os quais limitaram o déficit público dos países integrantes da União Europeia. À época, a ideia era viabilizar grandes empreendimentos em infraestrutura (GUIMARÃES, 2013, p. 264).

Portanto, em sua gênese, a PPP serviu como instrumento destinado a garantir investimentos sem onerar demasiadamente o orçamento público, através da convergência dos interesses públicos e privados (MEYER, 2021).

No Brasil, a demanda por obras de infraestrutura e as restrições orçamentárias da Administração Pública geraram a união de esforços entre os setores público e privado, conjugada a dois avanços legislativos de relevo no que tange à parceria público-privada: a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e a Lei nº 11.079/2004, a qual institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública (COVA, 2017).

3 Regência

O art. 22, XXVII, da CF, determina que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações

públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Nesse sentido, a PPP foi introduzida no Brasil através da Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

Conforme constou da exposição de motivos⁴ do projeto de lei que se transformou na Lei nº 11.079/2004, a ideia não era criar um marco legal sobre o tema, mas apenas adaptar a legislação já existente às características da parceria público-privada.

Portanto, a lei adaptou o antigo marco legal da licitação (Lei nº 8.666/1993) e da concessão de serviços (leis nº 8.987 e 9.074 de 1995), estimulando o sistema de parceria e explorando seu elemento distintivo que envolve o compartilhamento dos riscos e o financiamento privado.

O art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 11.079/2004, dispõe que a PPP difere da concessão comum, disciplinada pela Lei nº 8.987/1995, pois a concessão comum não envolve a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, enquanto na PPP a contraprestação pública é devida em quaisquer de suas modalidades.

A Lei nº 11.079/2004 define que a PPP é um contrato administrativo de concessão que admite duas espécies: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, sendo mais indicada nas áreas de mobilidade urbana e transportes.

A concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública figura como usuária, direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A concessão administrativa não prevê a cobrança de tarifa dos usuários, sendo utilizada, em regra, na construção de escolas ou penitenciárias.

⁴ PL 2546/2003. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 19 de nov. de 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01u89s2zca0s8m1eput6zyyurth18970015.node0?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003>. Acesso em: 17 de jun. de 2022.

Sob determinados aspectos, podem ser aplicados à PPP, adicional ou subsidiariamente, alguns dispositivos da Lei nº 8.987/1995, da Lei nº 9.074/1995 e da Lei nº 14.133/2021, nova Lei de Licitações que substituiu a revogada Lei nº 8.666/1993.

4 Modalidades de concessão

A PPP é uma espécie de concessão. Porém, com esta não se confunde, pois, conforme já destacado, na concessão tradicional a remuneração da concessionária tem origem, exclusivamente, na cobrança da tarifa dos usuários, ou seja, “o investimento do parceiro privado é remunerado pelas tarifas pagas diretamente pelo usuário, sem que sejam necessários aportes orçamentários regulares do poder público”.⁵

A PPP prevê duas modalidades de concessão, a patrocinada e a administrativa. Diferentemente do que ocorre com a concessão vulgar, sempre haverá aporte de recursos públicos no âmbito da PPP, seja ela administrativa ou patrocinada.

Na PPP patrocinada, a remuneração da concessionária tem origem híbrida, por envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público, enquanto a PPP administrativa prevê que a remuneração da concessionária seja feita exclusivamente com recursos públicos.

Restou, portanto, clara a distinção entre as três espécies de concessão quanto à remuneração da concessionária:

Modalidade de concessão	Remuneração da concessionária
Comum	Tarifa paga pelo usuário
Patrocinada	Tarifa paga pelo usuário + contraprestação pública
Administrativa	Contraprestação pública

Por fim, a concessão comum continua sendo regida pela Lei nº 8.987/1995, conforme determina o art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004.

⁵ Parceria Público -Privada – PPP. **Caixa Econômica Federal**, [s.d.]. Disponível em: <<https://fundosdegoverno.caixa.gov.br/sicfg/fundos/PPP/detalhe/sobre/>>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

5 Parceria público-privada no mundo

Antes do Brasil, diversos países já haviam adotado a PPP como alternativa para a realização das obras e serviços públicos. Como exemplos, cita-se a Inglaterra, através do *Private Finance Initiative* – PFI –, já mencionado anteriormente; Portugal, que se inspirou no sistema britânico e é voltado à saúde; França, nas áreas de saúde, educação, transportes e sistema prisional; Canadá; e Índia, no âmbito da mobilidade, com ênfase em aeroportos e no transporte terrestre.⁶

6 Diretrizes

Entre as diretrizes da PPP, destacam-se: a) eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; b) respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução; c) indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; d) responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; e) transparência dos procedimentos e das decisões; f) repartição objetiva de riscos entre as partes; e f) sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (Lei nº 11.079, art. 4º).

7 Utilidades

São inúmeras as utilidades da PPP, podendo ser empregada no âmbito da saúde pública, a exemplo da construção de hospitais; do esporte, como a construção de estádios; da educação, através da construção de escolas; do saneamento público, através do tratamento da água e do esgoto; da segurança pública, proporcionando iluminação pública ou a construção de presídios; do transporte, como a construção de rodovias ou do metrô, etc.

Sobre o tema, o Manual de Parcerias do Estado de São Paulo⁷ destaca que a Lei nº 11.079/2004 “aperfeiçoou o regime de

⁶ Existe parceria público-privada no exterior? **Banco Santander (Brasil) S.A.**, [s.d.]. Disponível em: <<https://santandernegocioseempresas.com.br/conhecimento/internacionalizacao/parceria-publico-privada/>>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

⁷ Manual de Parcerias do Estado de São Paulo. **Governo do Estado de São Paulo**, [s.d.]. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

compartilhamento de riscos entre as partes, estabeleceu a possibilidade de constituição de garantias pelo Poder Público em favor do parceiro privado e ampliou o alcance de projetos de concessão no âmbito dos serviços públicos” e salienta que a PPP pode viabilizar projetos em diversos setores e serviços, incluindo, mas não se limitando, aos seguintes: educação, habitação, mobilidade urbana, prédios públicos, saúde, saneamento básico, segurança pública, transportes (incluindo rodovias, ferrovias, portos e aeroportos).

8 Vantagens

Um exemplo das vantagens da utilização da PPP vem do estado de Minas Gerais, que implementou novos arranjos institucionais com modelo de gestão visando a resultados e adotou, com sucesso, formas alternativas de relacionamento com o setor privado, entre elas a PPP (MATIAS-PEREIRA, 2010).

Outra vantagem da PPP é a retirada do parceiro público de uma atividade que não tem expertise ou mão de obra qualificada, transferindo tal incumbência ao parceiro privado e incluindo o compartilhamento dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, o que deve estar expressamente previsto nos contratos de parceria público-privada (Lei nº 11.079/2004, art. 5º, III).

Essa mudança de paradigma licitatório favorece a distribuição adequada dos recursos, dos riscos e da remuneração, agregando sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas ao empreendimento, uma das diretrizes do sistema, permitindo que a Administração Pública se concentre em suas atividades essenciais.

O contrato de parceria público-privada poderá, ainda, prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que autorizado no edital de licitação.

Segundo o Manual de Parcerias do Estado de São Paulo, o aporte consiste em uma transferência de recursos públicos destinada ao custeio imediato, antes da disponibilização dos serviços, dos gastos referentes à aquisição de bens reversíveis, os quais, como o próprio nome sugere, serão oportunamente revertidos ao patrimônio público ao final da concessão, o que representa uma vantagem ao parceiro privado, em função do sistema tributário diferenciado previsto na Lei nº 11.079/2004 em relação ao

aporte, e um benefício ao parceiro público, pois a devolução dos bens ensejará a continuidade da prestação do serviço.

A reversão prestigia outro pilar da PPP, que é a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade, sem prejuízo da indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Em resumo, para o parceiro público, destacam-se as seguintes vantagens: a) menor necessidade de investimentos diretos; b) transparência nas contratações; c) menor necessidade de pessoal; d) melhor qualidade do serviço; e) maior eficiência na aplicação dos recursos públicos; f) flexibilização para estruturar o projeto de acordo com as necessidades das partes; e g) pagamento somente após a entrega da obra e disponibilização do serviço.

Por seu turno, para o parceiro privado, são estas as vantagens: a) fluxo de receitas estável pelo período da PPP; b) garantias prestadas pelo parceiro público; c) flexibilização para estruturar o projeto de acordo com as necessidades das partes; e d) possibilidade de recebimento da contraprestação após a entrega de cada etapa do projeto, desde que previsto em contrato.⁸

9 Requisitos

Antes da formalização da PPP, alguns requisitos devem ser atendidos.

O primeiro deles, como já foi destacado linhas anteriores, é que a PPP deve ser, necessariamente, precedida de licitação via concorrência ou diálogo competitivo (Lei nº 11.079/2004, art. 10).⁹

⁸ Infraestrutura. **Banco do Brasil S/A**, [s.d.]. Disponível em: <[https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/setor-publico/governo-estadual/infraestrutura/parcerias-publico-privada-\(ppp\)#/](https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/setor-publico/governo-estadual/infraestrutura/parcerias-publico-privada-(ppp)#/)>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

⁹ O diálogo competitivo, criado pela Lei nº 14.133/2021, é definido como modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (arts. 6º, XLII, e 28, V).

Outro requisito é o prazo do contrato, que pode variar entre 5 e 35 anos, incluindo eventual prorrogação (Lei nº 11.079/2004, art. 5º, I).

O valor mínimo do contrato não deve ser inferior a R\$ 10.000.000,00 (Lei nº 11.079/2004, art. 2º, § 4º, I).

É vedada a formalização da PPP que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (Lei nº 11.079/2004, art. 2º, § 4º, III).

Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída uma sociedade de propósito específico – SPE, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria (Lei nº 11.079/2004, art. 9º).

Entre os objetivos dessa medida, podem ser citados: a) facilitar a fiscalização das atividades da concessionária, todas relacionadas à PPP; b) prestigiar o princípio da transparência; e c) evitar a contaminação dos negócios da concessionária por outros estranhos à PPP¹⁰.

Sobre o tema, destaca a doutrina (GUIMARÃES, 2013, p. 123):

O objetivo da prescrição é livrar a gestão e execução do contrato de PPP da interferência de outros negócios perseguidos pelo parceiro privado e favorecer o controle mais específico sobre o desempenho da parceria. A atuação de propósito específico e exclusivo à sociedade encarregada de gerir e executar o objeto da parceria produz não só a preservação dos escopos da parceria relativamente a outros interesses e negócios eventualmente envolvidos na atuação empresarial mais abrangente do parceiro privado, como, também, favorece um controle mais específico de gestão, melhorando a transparência e o acesso (pela Administração e pelas demais instâncias de controle) às informações contábeis, financeiras etc. relacionadas ao desempenho do contrato de PPP.

As obrigações assumidas pela Administração Pública no âmbito da PPP poderão ser garantidas de diversas formas, com destaque para a vinculação de receitas, fundos especiais previstos

¹⁰ Introdução ao Conceito de PPP e Concessões. **Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro**, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5305003/4138534/IntroducaoaoConceitodePPPeConcessoes.pdf>>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

em lei, seguro-garantia, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para tal finalidade, etc. (Lei nº 11.079/2004, art. 8º).

Sobre o tema, o art. 16 da Lei nº 11.079/2004, com a redação dada pela Lei nº 12.766/2012, autoriza a União Federal, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, cuja finalidade é a prestação de garantia de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais.

O FGP tem natureza privada e patrimônio próprio, apartado do patrimônio dos cotistas, sendo sujeito a direitos e obrigações. O patrimônio do FGP é constituído pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração. A integralização das cotas pode ser feita em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, incluindo ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para a manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

10 Participação da Caixa Econômica Federal na parceria público-privada

Em novembro de 2010, a prefeitura da cidade do Rio de Janeiro assinou contrato com o Consórcio Porto Novo para o início das obras da segunda fase do projeto Porto Maravilha, destinado a revitalizar a região portuária da cidade.

O consórcio, vencedor da licitação que estabeleceu a então maior PPP do Brasil (R\$ 7,6 bilhões), foi responsável pelas obras desta etapa e da prestação de serviços por 15 anos.

Em 2011, foi realizado o leilão eletrônico dos CEPAC – Certificados de Potencial Adicional de Construção¹¹. A oferta dos títulos foi arrematada pelo Fundo de Investimento Imobiliário Porto Maravilha, da Caixa Econômica Federal, o qual arrematou

¹¹ “O Fundo da Caixa, que arrematou o leilão, agora passa a negociar os títulos dos CEPACs no mercado. De acordo com um cronograma preestabelecido, serão repassados à Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto (CDURP) R\$ 8 bilhões, a longo de 15 anos, que serão utilizados para custear toda a operação e a Parceria Público-Privada Porto Novo, responsável pelas obras e serviços da região. Com a ope-

cerca de 6,4 milhões de títulos, totalizando aproximadamente R\$ 3,5 bilhões.

Ainda no âmbito da Caixa Econômica Federal, diversos fundos garantidores de PPP são administrados pela instituição¹², a saber: Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas do Paraná – FGP/PR; Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada do Estado do Amazonas – FGPPPAM; Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas de Serviços de Saneamento Básico do Município de Macaé – FGPSB; e Fundo Municipal Garantidor do Projeto de Parceria Público-Privada/Manaus – FUNGEP.

11 Metrô Linha-6 Laranja – São Paulo/SP

Em outubro de 2020, o Governo do Estado de São Paulo retomou a construção da Linha-6 Laranja do metrô da cidade de São Paulo, através da PPP¹³, envolvendo um investimento estimado de R\$ 15 bilhões. A obra está a cargo da Linha Universidade (Concessionária Linha Universidade S.A.), que tem o grupo espanhol Acciona como um de seus sócios.

A Linha Universidade é uma sociedade de propósito específico (SPE) de capital fechado, a qual tem como objeto social exclusivo a prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros a serem executados na operação da Linha 6, cuja entrega da obra está prevista para 2025¹⁴.

ração, as intervenções serão realizadas sem ônus para a prefeitura do Rio de Janeiro.” Leilão dos CEPACs garante de uma só vez a verba para toda a Revitalização da região portuária. Obras e serviços serão prestados pela maior PPP do Brasil, com intervenções em 5 milhões de metros quadrados. **Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 13 de jun. de 2011. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?article-id=1847504>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

¹² Parceria Público-Privada – PPP. **Caixa Econômica Federal**, [s.d.]. Disponível em: <<https://fundosdegoverno.caixa.gov.br/sicfg/fundos/PPP/detalhe/sobre/>>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

¹³ Programa Pró-São Paulo: um passo importante para a modernização do estado. Governo promove a maior iniciativa de obras de infraestrutura da história de São Paulo. **IstoÉDinheiro**, São Paulo, 24 de jun. de 2022. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/programa-pro-sao-paulo-um-passo-importante-para-a-modernizacao-do-estado/>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

¹⁴ Saiba mais sobre a Linha 6-Laranja do metrô de São Paulo. Prometida para começar em 2020, operação do ramal que liga a Zona Norte ao Centro deve ocorrer somente em 2025. **CNN Brasil**: São Paulo, 24 de jun. de 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/saiba-mais-sobre-a-linha-6-laranja-do-metro-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

A implantação da Linha 6 do metrô paulista, atualmente, é o maior projeto de infraestrutura da América Latina, envolvendo a construção de 15 km de linha e 15 estações, conectando o centro da capital a Brasilândia, zona norte da cidade.¹⁵ Após a conclusão, a Linha 6-Laranja será operada pela concessionária por 19 anos.¹⁶

12 Desafios

Considerando que o período da PPP pode se estender por até 35 anos, é evidente que, no decorrer do cumprimento da parceria, possam surgir problemas os mais variados envolvendo quaisquer de seus atores.

Exemplo disso foi a necessidade de transferência da concessão da Linha 6 – Laranja, do metrô da cidade de São Paulo, do Consórcio Move São Paulo S.A. para o grupo espanhol Acciona, permitindo que a SPE Linha Universidade S.A. assumisse, em 2020, o papel de concessionária responsável.

Por força da operação Lava-Jato, em 2016, o Consórcio Move São Paulo S.A., integrado pelas construtoras Odebrecht, Queiroz Galvão e UTC, investigadas na operação, suspendeu as obras em função das dificuldades na obtenção de financiamento junto ao BNDES.

Por seu turno, em 2018, o governo de São Paulo decretou a caducidade do contrato formalizado com o consórcio, sendo a obra retomada, posteriormente, pela SPE Concessionária Linha Universidade S.A.

Mas não é só! Em 2022, as obras da Linha 6 do metrô de São Paulo voltaram às manchetes dos jornais em face da cratera que se abriu em uma das principais vias da capital paulista, por força do rompimento de uma tubulação de esgoto.¹⁷

¹⁵ Sobre a Linha Uni. **Concessionária Linha Universidade S.A.**, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.linhauni.com.br/institucional>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

¹⁶ Governo de SP inicia montagem de “tatução” da Linha 6-Laranja do Metrô. **Governo do Estado de São Paulo**, São Paulo, 17 de ago. de 2021. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/governo-de-sp-inicia-montagem-de-tatucao-da-linha-6-laranja-do-metro/>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

¹⁷ Falta de fiscalização em obra do metrô de SP põe em xeque modelo de PPP. **UOL**, 2022. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/thiago-herdy/2022/02/02/falta-de-fiscalizacao-em-acidente-poe-em-xeque-mo-del-de-ppp-do-metro-de-sp.htm>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

Com tais atrasos, a obra, prometida para 2012, deverá ser entregue em 2025, portanto, com treze anos de atraso, prejudicando milhares de usuários.

13 Crítica

Pelo visto, nem tudo são flores nos caminhos da PPP. Em artigo intitulado “Modelo das PPPs é interessante, mas deve ser usado com muito cuidado”, da lavra de Antonio Roque Citadini¹⁸, o ex-presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo alerta:

O modelo das PPPs é interessante, mas não é o remédio ideal para todos os males. Não existe um Setor Privado cheio de dinheiro e benesses, querendo realizar as obras de infraestrutura. No máximo, são mais eficientes em buscar empréstimos, usando a pressão do Estado, quando não querendo o próprio Estado como avalista.

Citadini lembra que, em sua versão original, a PPP se baseava no tripé representado pelas três partes interessadas na obra/serviço: privado, que entra com algum dinheiro e realiza e explora a obra; o Estado, que faz algum aporte e remunera a empresa de acordo com o risco envolvido; e, finalmente, o usuário que pagará pelo serviço.

Porém, Citadini destaca que, na prática, não há risco para o setor privado, pois este não aporta recursos próprios, mas os obtém via bancos públicos, concluindo que, na maioria das vezes, “o risco do privado é zero”.

Tampouco existe a participação do usuário na remuneração de serviços, a exemplo do estado de Minas Gerais, que construiu escolas e presídios que serão pagos apenas pela Fazenda Pública, ou seja, o risco não existe.

Em outro artigo, “Cuidado com as PPPs”¹⁹, Citadini conclui:

A utilização da parceria público-privada só tem sentido quando se trata de empreendimentos que exigem grande soma de valores e se revestem de

¹⁸ CITADINI, Antonio Roque. **MODELO DAS PPPs É INTERESSANTE, MAS DEVE SER USADO COM MUITO CUIDADO**. Disponível em: <<https://citadini.com.br/?p=171>>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

¹⁹ Cuidado com as PPPs. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-cuidado-com-ppps>>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

complexidade que impedem a concretização sem a soma de esforços para se alcançar o resultado almejado e necessário para atender à população. Aliado a isto não se pode esquecer que a parceria privada só será possível se houver retorno da aplicação financeira que vier a ser feita. Tal retorno há de ser suportado pelo que se cobra do usuário do serviço.

Conclusão

Com base na experiência de diversos países que driblaram a carência orçamentária sem perder de vista a necessidade de continuar proporcionando à população as obras e os serviços públicos essenciais, o legislador brasileiro decidiu inserir em nosso ordenamento jurídico a chamada Parceria Público-Privada – PPP – ferramenta essencial à realização dos desígnios do Estado.

Por um imperativo constitucional, o processamento da PPP se dá através de licitação, admitindo-se duas modalidades, a concessão administrativa, a qual envolve apenas recursos públicos e a Administração Pública figura como usuária direta ou indireta, e a patrocinada, em que, paralelamente à tarifa cobrada dos usuários, existe a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Como em qualquer licitação, a PPP exige do gestor público a adesão aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de forma a destinar à população obras e serviços de qualidade.

Assim, considerando que a ausência de recursos não deve inibir a realização das obras e dos serviços públicos que estejam sob a responsabilidade do Estado, e, ainda, que o gestor responde por sua inércia, a parceria público-privada surge como uma opção prática à realização de tais objetivos.

A PPP surgiu como uma derivação da concessão e, neste aspecto, o legislador brasileiro foi muito feliz ao proporcionar ao gestor público a oportunidade de poder optar por mais esta modalidade de licitação, através da qual o licitante figura não apenas como um mero interessado na adjudicação do objeto da licitação, mas como parceiro da Administração Pública na realização de seus objetivos.

Isso fica evidente ao se observar o expressivo valor mínimo do contrato e o período mínimo de prestação do serviço, ambos estampados na lei de regência, denotando uma relação contratual duradoura e eficaz em condições normais.

É certo que a PPP não é imune a falhas. Por ser um contrato de prestação diferida no tempo, a PPP está sujeita a toda sorte de infortúnios, como os citados no decorrer deste artigo, ou seja, a álea pode surpreender os contratantes.

Apenas para citar dois exemplos mais recentes, a pandemia de Covid-19, que impactou o Brasil e todos os demais países de uma forma jamais imaginada por qualquer cidadão, e a guerra na Ucrânia, com reflexos diretos sobre o preço dos combustíveis, representam fielmente fatos efetivamente ocorridos e com poder suficiente para turvar qualquer negócio jurídico, especialmente o de trato sucessivo, pois o contrato, por mais completo que seja, não é capaz de prever, com exatidão, todos os reveses que o futuro possa apresentar.

Assim, a PPP, ou qualquer outra modalidade de licitação, está sujeita às intempéries, o que não diminui sua importância e o seu valor no contexto licitatório.

Dividir com o particular o ônus da prestação do serviço público, da realização da obra ou da instalação de bens pode aliviar a Administração sob diversos aspectos, reduzindo a alocação de recursos públicos, a exemplo da concessão patrocinada; otimizando a qualidade através do aproveitamento da expertise do parceiro privado; diminuindo o ruído causado pela influência de terceiros, através da formalização da SPE exclusiva para tal mister; e, sob o aspecto operacional, diminuindo a necessidade de pessoal, pois o Estado deixará de atuar pessoalmente, pautando-se mais pela fiscalização do empreendimento e do desempenho do parceiro particular no que tange à fidelidade ao contrato.

Assim, se bem utilizada, a PPP é uma ferramenta de grande valia para o gestor público e vem ganhando destaque, especialmente nas pequenas localidades, onde cresceu exponencialmente nos últimos anos²⁰.

Cabe à Administração Pública o dever de fiscalizar o exato cumprimento do objeto da licitação em harmonia com o que constou do contrato e do edital, dando aos recursos públicos o

²⁰ Parcerias Público-Privadas se popularizam e ganham pequenas cidades do interior. Número de iniciativas em municípios com até 20 mil habitantes é nove vezes maior que há quatro anos, aponta estudo. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 12 de dez. de 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/12/parcerias-publico-privadas-se-popularizam-e-ganham-pequenas-cidades-do-interior.shtml>>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

destino constitucionalmente previsto, o de retornar à população na forma de obras e serviços públicos.

Referências

A Embraer. **EMBRAER**, [s.d.]. Disponível em: <<https://embraer.com.br/pt/sobre-nos>>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

CITADINI, Antonio Roque. **MODELO DAS PPPs É INTERESSANTE, MAS DEVE SER USADO COM MUITO CUIDADO**. Disponível em: <<https://citadini.com.br/?p=171>>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

CITADINI, Antonio Roque. Cuidado com as PPPs. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-cuidado-com-ppps>>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

COVA, Carlos José Guimarães. **Manual de estruturação de concessões e parcerias público-privadas**. São Paulo, SP : Cengage Learning, 2017.

Existe parceria público-privada no exterior? **Banco Santander (Brasil) S.A.**, [s.d.]. Disponível em: <<https://santandernegocios.com.br/conhecimento/internacionalizacao/parceria-publico-privada/>>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

Falta de fiscalização em obra do metrô de SP põe em xeque modelo de PPP. **UOL**, 2022. Disponível em: <[https://noticias.uol.com.br/colunas/thiago-herdy/2022/02/02/falta-de-fiscalizacao-em-acidente-](https://noticias.uol.com.br/colunas/thiago-herdy/2022/02/02/falta-de-fiscalizacao-em-acidente-poe-em-xeque-modelo-de-ppp-do-metro-de-sp.htm)

[poe-em-xeque-modelo-de-ppp-do-metro-de-sp.htm](https://noticias.uol.com.br/colunas/thiago-herdy/2022/02/02/falta-de-fiscalizacao-em-acidente-poe-em-xeque-modelo-de-ppp-do-metro-de-sp.htm)>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

FRISCHTAK, Cláudio R. PPPs: a experiência internacional em infraestrutura. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (Org.). **Parcerias público-privadas : experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro : LTC, 2013. p. 125-144

Governo de SP inicia montagem de “tatuzão” da Linha 6-Laranja do Metrô. **Governo do Estado de São Paulo**, São Paulo, 17 de ago. de 2021. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/governo-de-sp-inicia-montagem-de-tatuzao-da-linha-6-laranja-do-metro/>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Infraestrutura. **Banco do Brasil S/A**, [s.d.]. Disponível em: <[https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/setor-publico/governo-estadual/infraestrutura/parcerias-publico-privada-\(ppp\)#/](https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/setor-publico/governo-estadual/infraestrutura/parcerias-publico-privada-(ppp)#/)>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

Introdução ao Conceito de PPP e Concessões. **Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro**, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5305003/>

4138534/IntroducaoaoConceitode PPPeConcessoes.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

Lei nº 11.079/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

Lei nº 14.133/2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

Leilão dos Cepacs garante de uma só vez a verba para toda a Revitalização da região Portuária. Obras e serviços serão prestados pela maior PPP do Brasil, com intervenções em 5 milhões de metros quadrados. **Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 13 de jun. de 2011. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?article-id=1847504>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

Manual de Parcerias do Estado de São Paulo. **Governo do Estado de São Paulo**, [s.d.]. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_par

[cerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf](#)>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no setor público**. São Paulo: Atlas, 2010.

MEYER, Bernardo. **Parcerias Público Privadas: Uma estratégia governamental**. São Paulo : Actual, 2021.

Parceria Público Privada – PPP. **Caixa Econômica Federal**, [s.d.]. Disponível em: <<https://fundosdegoverno.caixa.gov.br/sicfg/fundos/PPP/detalhe/sobre/>>. Acesso em: 16 de jun. de 2022.

PL 2546/2003. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 19 de nov. de 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01u89s2zca0s8m1eput6zyyurt h18970015.node0?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003>. Acesso em: 17 de jun. de 2022.

Programa Pró São Paulo: um passo importante para a modernização do estado. Governo promove a maior iniciativa de obras de infraestrutura da história de São Paulo. **IstoÉDinheiro**, 24 de jun. de 2022. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/programa-pro-sao-paulo-um-passo-importante-para-a-modernizacao-do-estado/>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

Parcerias Público-Privadas se popularizam e ganham pequenas cidades do interior. Número de inicia-

tivas em municípios com até 20 mil habitantes é nove vezes maior que há quatro anos, aponta estudo. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 12 de dez. de 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/12/parcerias-publico-privadas-se-popularizam-e-ganham-pequenas-cidades-do-interior.shtml>>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

Recorde de declarações: sem correção da tabela, mais gente tem que pagar IR. **UOL**, 2022. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/imposto-de-renda/noticias/redacao/2022/06/01/tabela-do-ir-defasada-ajuda-a-explicar-recorde-de-declaracoes-em-2022.htm>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022

RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal. **Novos investimentos em contratos de parceria**. 1. ed. São Paulo : Almedina, 2021.

Saiba mais sobre a linha 6-Laranja do metrô de São Paulo. Prometida para começar em 2020, operação do ramal que liga a Zona Norte ao Centro deve ocorrer somente em 2025. **CNN Brasil**: São Paulo, 24 de jun. de 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/saiba-mais-sobre-a-linha-6-laranja-do-metro-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. **Aspectos orçamentários das parcerias público-privadas**. São Paulo : Almedina, 2018.

Sobre a Linha Uni. **Concessionária Linha Universidade S.A.**, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.linhauni.com.br/institucional>>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

Cômputo em dobro de todo o período de pena cumprido em situação degradante – *Habeas Corpus* nº 136.961

Ana Luiza Castro dos Santos
Ana Luiza Dias de Oliveira
Délia Moraes Pales Martins
Manoela Azevedo Sieiro
Rodrigo Assunção Salvador
Acadêmicos de Direito do Centro
Universitário Newton Paiva

Hebert Soares Leite
Mestre em Direito pela Universidade Federal
de Minas Gerais
Professor do Centro Universitário Newton Paiva e
Defensor Público

RESUMO

Mesmo diante de tratados e entidades a fim de resguardarem os Direitos Humanos básicos de um cidadão, o Sistema Prisional Brasileiro apresenta inúmeros casos de desrespeito à dignidade humana, como prisões superlotadas, falta de higiene básica e doenças contagiosas. À vista disso, o cômputo em dobro do período de pena cumprido em situação degradante traz consigo favorável precedente para determinadas situações, vez que fomenta a esperança do reeducando a voltar para o convívio social e reduzir o número de reincidência.

Palavras-chave: Cômputo em Dobro. Direito Humanos. Ressocialização. Sistema Prisional Brasileiro.

ABSTRACT

Even in the face of treaties and entities in order to protect the basic human rights of a citizen, in the Brazilian Prison System there have been numerous cases of overcrowded prisons, lack of basic hygiene and contagious diseases. This makes the double calculation to be taken into account, since

recidivism in crimes occurs commonly among individuals and that resocialization in prisons is increasingly distant.

Keywords: Double Computation. Human Rights. Resocialization. Brazilian Prison System.

Introdução

O Sistema Prisional Brasileiro, atualmente, tem por finalidade a privação da liberdade como uma forma de punir o cidadão que comete um delito e, em seguida, após o cumprimento da pena, esse mesmo indivíduo é reintegrado à sociedade. Enquanto se cumpre a pena, esse cidadão tem seus direitos protegidos pela LEP – Lei de Execução Penal, porém, o que se vê são superlotações nas prisões, falta de higiene, entre outros direitos básicos que são violados.

Existem órgãos que defendem os Direitos Humanos, em quaisquer circunstâncias, local ou situação, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, o qual se constitui em um tratado realizado em 1969 e tem como objetivo principal estabelecer direitos fundamentais/essenciais da pessoa humana. No mesmo sentido, tem-se a CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual é uma entidade autônoma que integra o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

A grande preocupação é que, além do alto índice de reincidência de indivíduos que cometeram crimes, cumprem pena e retornam à prisão novamente, observa-se a superlotação nos cárceres brasileiros, demonstrando, assim, que o Sistema Prisional Brasileiro não está funcionando como um órgão ressocializador. A partir disso, afirma-se que, não existem prisões adequadas para o cumprimento da pena, bem como a reintegração daquele ser humano para o retorno a uma vida digna e honesta na sociedade está bem aquém da ideal, o que nos leva a estudar sobre o cômputo em dobro de pena cumprida em situação degradante.

1 Das condições dos encarcerados nas penitenciárias brasileiras

“Ninguém conhece realmente uma nação até estar atrás das grades. Uma nação não deveria ser julgada pelo modo como trata os seus melhores cidadãos, mas sim, como trata os piores.”

Nelson Mandela

Atualmente, o sistema prisional brasileiro tem como objetivo principal a punição, bem como a ressocialização de um cidadão que cometeu um delito. A ideia deveria ser a reintegração de forma integral daquele cidadão na sociedade, que ele volte a ter uma vida digna e não torne a cometer crimes. Porém, o que muito se discute são as condições nas quais aquele cidadão vive nas penitenciárias e a forma como ele se transforma durante o cumprimento da sua pena.

No Brasil, vigora a LEP – Lei de Execuções Penais, que dispõe sobre os direitos dos encarcerados enquanto eles cumprem a sentença. E, segundo a LEP, o preso deverá ter assistência à saúde, instalações higiênicas, acesso adequado ao atendimento médico e odontológico, bem como farmacêutico. Entretanto, o que é observado nas penitenciárias são a superlotação e a falta de acesso à saúde de modo geral.

A partir disso, Machado *et al* (2014) dispõem:

(...) o sistema carcerário no Brasil está precisando cumprir a legalidade, pois a precariedade e as condições subumanas que os detentos vivem atualmente são assuntos delicados. Tendo em vista que os presídios se tornaram grandes e aglomerados depósitos de pessoas, tem-se que a superlotação, a falta de assistência médica e até mesmo higiene pessoal, acarretam doenças graves e incuráveis, onde o mais forte irá subordinar o mais fraco.

Ainda diante do exposto, Cabral (2007) diz:

O sistema penitenciário brasileiro está à beira de um colapso, com rebeliões, superlotação, fugas, denúncias de corrupção e violência interna sendo eventos corriqueiros. Vale salientar que, além das diferentes expressões de carências e cuidados com a saúde, Assis (2007), nas DSTs - Doenças sexualmente transmissíveis, como a AIDS - Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (disseminada em especial pelo uso de drogas e através do abuso sexual por parte dos outros detentos), e doenças do trato respiratório, como a tuberculose e a pneumonia.

Dentro das penitenciárias, os presos também sofrem violências e a prática de torturas, tanto por parte de outros presos, assim como por parte dos agentes da Polícia Penal. Isso ocorre pela

falta de preparo dos agentes, que, ao tentar disciplinar ou corrigir algum ato indisciplinar, acabam por cometer abusos violentos, os quais vão na contramão do ordenamento jurídico.

As condições precárias em que os encarcerados no Brasil vivenciam são elucidadas nas imagens a seguir:

Figura 1. PRESÍDIO ANÍBAL BRUNO (PE)



Fonte: <<http://noeliabritoblog.blogspot.com/2013/10/em-vez-do-presidio-anibal-bruno-psb-e.html>>

Figura 2. PRESÍDIO CENTRAL (RS)



Fonte: <<https://polibiobraga.blogspot.com/2017/02/presidio-central-e-um-dos-piores-do-rio.html>>

Figura 3. PENITENCIÁRIA DESEMBARGADOR FLÓSCULO DA NÓBREGA - PRESÍDIO DO ROGER (PB)



Fonte: < <https://solaneaonline.com/conselho-de-direitos-humanos-visita-presidio-do-roger-e-pede-proibicao-da-entrada-de-novos-presos/> >

Figura 4. COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE PEDRINHAS (MA)



Fonte: <<https://www.conectas.org/noticias/complexo-de-pedrinhas-por-dentro-do-presidio-simbolo-da-falencia-do-sistema-prisional/>>

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no período que compreende de janeiro a junho de 2021, no Brasil são 673.614 presos em celas físicas, sendo 332.480 em regime fechado, 113.173 em regime semiaberto, 18.294 em re-

gime aberto, 207.151 em situação provisória, 659 em tratamento ambulatorial e 1.857 em medida de segurança.

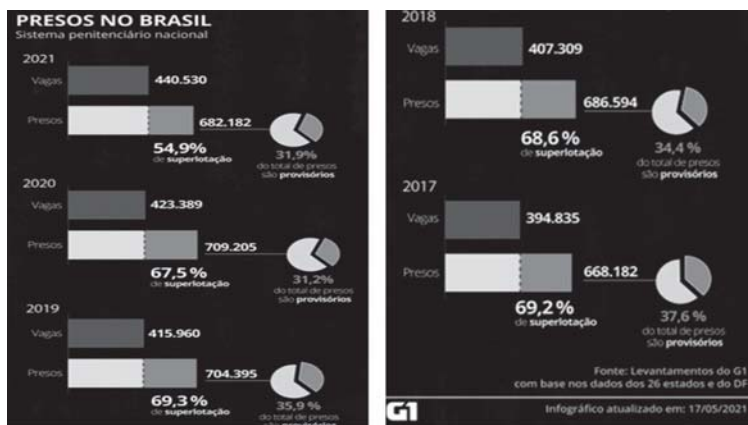
Figura 5. PRESOS EM UNIDADES PRISIONAIS NO BRASIL



Fonte: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>

As prisões brasileiras estão superlotadas, há quase o dobro de presos para o número de vagas disponíveis, conforme o site G1.

Figura 6. PRESOS NO BRASIL



Fonte: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>>

Diante de superlotações nos presídios, um dos maiores desafios foi a pandemia da Covid-19 no Sistema Penitenciário Brasileiro, visto que a saúde das pessoas privadas de liberdade está sob responsabilidade do Estado. Há relatos de condições extremamente precárias de higiene, onde 35 presos estariam usando a mesma escova de dentes, de acordo com a Pastoral Carcerária (2020).

Sendo que, a princípio, é uma doença que até então o tratamento mais efetivo era a prevenção de sua transmissão, através de higiene individual, ambientes devidamente higienizados e com determinado isolamento social entre as pessoas – o que, por sua vez, não ocorre em presídios brasileiros.

Contudo, o Estado, em seu papel de julgador com procedimentos punitivos, age de forma a não observar a real conjuntura do sistema carcerário, ocasionando, portanto, diversos problemas, entre eles, excesso de presos que contrapõe aos limites de vagas nas penitenciárias, procedimentos que vão em linha adversa à LEP (Lei de Execução Penal), como a precariedade do sistema de saúde pública nas penitenciárias, violação à sexualidade e abuso físico dos presos, ferindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2 A importância do pacto de São José da Costa Rica

Com importância fundamental para a proteção dos direitos à dignidade da pessoa humana e para a luta contra qualquer violação dos direitos humanos, tem-se a constituição do Pacto de São José da Costa Rica, o qual busca, através da consolidação entre os países americanos, um regime de liberdade pessoal e justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, visando estabelecer a proteção universal do ser humano, determinando os direitos fundamentais à pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, e à educação, proibindo a escravidão e a servidão humana.

À luz do Pacto de São José da Costa Rica, criou-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual visa avaliar os casos em que houve violação dos direitos humanos em países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA) e reconheçam sua competência. Exemplo disso é quando ocorre um abuso referente à matéria de Direitos Humanos em um dos países da OEA, o mencionado Pacto tem influência marcante na Declaração Universal

dos Direitos Humanos, haja vista que compreende o ideal do ser humano livre, isento de temor e miséria, possuidor de direitos sociais, culturais, civis, políticos e econômicos.

Em linhas gerais, o Pacto de São José da Costa Rica preserva a autonomia da vontade das partes, garantindo, por força obrigatória, que os contratos devem ser cumpridos conforme pactuados, vez que são regidos pelo *pacta sunt servanda*¹.

Dessa maneira, a fim de fomentar a força dos contratos celebrados, à luz do Pacto de São José da Costa Rica, os direitos fundamentais da pessoa humana devem ser garantidos.

3 CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) constitui um dos órgãos principais e autônomos da OEA, cujo mandato surge a partir da Carta da OEA e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A nobre Comissão é responsável pela promoção da proteção dos direitos humanos, além de representar todos os países-membros da OEA.

A realização do trabalho baseia-se nos seguintes pilares:

- o Sistema de Petição Individual;
- o monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados-Membros;
- a atenção a linhas temáticas prioritárias.

À vista disso, a Comissão considera que, no contexto da proteção dos direitos de toda pessoa que está sob a jurisdição da OEA, é fundamental dar atenção às comunidades, à população, e aos grupos que são submetidos à discriminação. Temos, também, outros conceitos que formam o trabalho da Comissão, como o princípio *pro homine*, o qual afirma que a interpretação de uma norma deve ser feita de maneira mais favorável ao indivíduo, com a necessidade de acesso à justiça e a incorporação da perspectiva de gênero em todas as atividades realizadas.

Ato contínuo, a partir do Decreto 4.463/2022, o Brasil reconheceu a competência da CIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica, aprovado no ano de 1969, como visto anteriormente).

¹ **Pacta Sunt Servanda** é o princípio da força obrigatória que abrange os contratos firmados entre duas ou mais partes. Consiste na ideia de que aquilo que está estabelecido no contrato e assinado pelas partes deve ser cumprido. Esta é uma expressão em latim e significa “pactos devem ser respeitados” ou “acordos devem ser mantidos”, em português.

Foi por meio da Resolução CIDH, de 22 de novembro de 2018, que a Corte Interamericana proibiu o ingresso de novos presos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local, com exceção dos casos de crime contra a vida ou a integridade física, e também dos crimes sexuais, em que a diminuição da pena, que seria de 50% (cinquenta por cento) ou menos, depende da avaliação de cada detento, na perícia criminológica. Com a contagem em dobro, o condenado pode alcançar o tempo necessário para a progressão de regime e o livramento condicional.

Desse modo, a sentença emitida pela CIDH possui eficácia vinculante para as partes processuais, não sendo permitido revisá-la, uma vez que possui autoridade de “coisa julgada” internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Assim, consubstancia-se que todos os órgãos e poderes internos do país são obrigados a cumprir a sentença.

4 Decisão do ministro Reynaldo Soares da Fonseca

A Corte IDH, após inúmeras inspeções realizadas entre janeiro e novembro do ano de 2018, proferiu Resolução a respeito do notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro (IPPSC), reconhecendo o mesmo como inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos estarem em situação degradante e desumana, determinando que se *“computasse em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos considerados 115 a 130 da presente resolução”*.

Podemos observar, por exemplo, no trecho a seguir:

121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.

De fato, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro de todo o período de pena cumprida em situação degradante tenha seus efeitos modulados, como se o apenado tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e, a partir de então, tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

Portanto, considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de adesão à referida convenção em 25 de setembro de 1992, tornou-se signatário desta, entrando em vigor no mesmo ano, no dia 06 de novembro, por meio do Decreto nº 678.

O artigo 63 da referida Convenção Internacional preceitua que a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá determinar medidas provisórias para reparação de situação que configure violação a um direito ou liberdade por ela protegidos. De outro vulto, o artigo 68 do mesmo tratado estabelece que os Estados-Partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem partes.

In verbis:

Artigo 63:

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.
2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Aduz que a contagem em dobro deve incidir sobre o total da pena cumprida de forma degradante, o que levaria o recor-

rente a alcançar o período necessário tanto para a progressão de regime quanto para o livramento condicional.

As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a consequente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos, aplicando sempre o Princípio da Humanidade das penas, o qual se trata de princípio que consagra a Dignidade da Pessoa Humana, haja vista que veda a imposição de determinadas espécies de penas, quais sejam: Pena de morte (salvo no caso de guerra declarada), prisão perpétua, penas cruéis, trabalhos forçados, banimento.

Vale registrar que o princípio em comento se encontra consagrado no rol de direitos e garantias fundamentais do ser humano, sendo, portanto, uma cláusula pétrea, impossível de ser reduzida ou suprimida pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

O referido princípio, também, tem amparo no artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata do direito à integridade pessoal e estabelece limites à aplicação das penas. *In verbis*:

Artigo 5º - **Direito à integridade pessoal**

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter

por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Portanto, à luz da decisão, observa-se que os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada é pela aplicação da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, a todo o período em que o apenado cumpriu pena no IPPSC. Para tanto, foi dado provimento ao Recurso Ordinário no HC 136.961, para que efetuasse o cômputo em dobro de todo o período em que o apenado cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, qual seja, 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

Desse modo, vejamos o julgado do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 136.961 – RJ (2020/0284469-3):

Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir sentença emitida pela Corte IDH, na hipótese, as instâncias inferiores ao desconsentirem dos efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte, deixando de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

O Agravo Regimental alhures mencionado foi interposto pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face da referida decisão que deu provimento ao Recurso Ordinário no HC 136.961.

O Ministério Público do Rio de Janeiro atacou o recurso, alegando que seria forçoso concluir quanto à obrigatoriedade da determinação contida na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018. Argumentando que a resolução foi omissa quanto marco *a quo* da contagem, de forma que deveriam aplicar as regras do ordenamento

jurídico brasileiro, que confere efetividade e coercibilidade às decisões, apenas na data de sua notificação formal, *in casu*, no dia 14 de dezembro de 2018, de modo que não fariam jus os pacientes ao cômputo em dobro no tocante ao período em que esteve custodiado no mencionado estabelecimento prisional anteriormente ao dia 14 de dezembro de 2018.

Tal ordem foi conhecida pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e denegada, aduzindo que a contagem em dobro deve, sim, incidir sobre o total da pena cumprida de forma degradante, o que levaria o apenado a alcançar o período necessário, tanto para a progressão de regime quanto para o livramento condicional. Fazendo menção mais uma vez à resolução da Corte IDH, onde se determinou que se “computasse em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas”.

Considerando que as pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal monitorado estavam cumprindo pena que lhes importaria sofrimento maior que aquele que já é inerente à privação de liberdade, concluiu o tribunal internacional que seria justo reduzir seu tempo de encarceramento de forma proporcional ao sofrimento experimentado.

Sendo decidida, assim, em julgado histórico, de 15 de junho de 2021, a confirmação do HC 136.961, para que seja computada em dobro a pena dos internos no Instituto Plácido de Sá Carvalho, a 5ª turma do STJ, em referência à resolução da Corte IDH de 22 de novembro de 2018 e à obrigação de controle de convencionalidade.

5 Necessidade de penas mais humanitárias, precedente favorável

Nesse sentido, é sabido que as primeiras divisões de grupos humanos na sociedade criaram leis e, conseqüentemente, punições para quem as desobedecesse, apoiadas nas correções privadas ou na vingança divina, eram fundadas no castigo corporal, que, na maioria das vezes, era sanguinário. Atingir, ferindo o corpo do delinquente, constituía-se na maneira primitiva de penalizar o cidadão, a qual persistiu por longos anos, até meados do século XIX, e a transformação das penas nasceu-se com o desenvolvimento do Direito e com a materialização dos Direitos Humanos nas Constituições.

À vista disso, em 11 de julho de 1984, criou-se a Lei de Execução Penal, a qual versa sobre as regras para tratamento dos presos, cumprimento da pena, condições de clausura, do trabalho e da remissão do preso, de modo a identificar a preocupação do legislador com o caráter humanitário do cumprimento da pena.

No entanto, como visto anteriormente, a vivência nos cárceres brasileiros é muito diferente. Sabe-se que a sofrida realidade no Sistema Penitenciário Brasileiro persiste diariamente, expostos a inúmeras barbáries no interior das penitenciárias e condições de vidas degradantes, a real situação dos apenados e presos provisórios é muito distante da ideal.

O Sistema Penitenciário Brasileiro tem papel ressocializador, embora, na realidade, o que se vê é óbice na individualização do cumprimento da pena, vez que, além de não comportar todos os apenados, os submete a condições de vida degradante.

Ora, como o indivíduo será capaz de ressocializar vivendo em situação extremamente degradante?!

O alto índice de reincidência tem demonstrado o aumento vertiginoso com o caos do sistema, vez que funciona como um ciclo, em que o indivíduo que cumpre a pena é tratado (e assim se sente) como um problema social. Ao sair, alvo de preconceito, muitas das vezes não encontra amparo na sociedade, especialmente em relação a emprego, e, conseqüentemente, volta a delinquir.

Estabelece o artigo 1º da LEP que:

Art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Não obstante o disposto no alhures artigo, o Brasil tem agido de maneira imprudente quanto à questão da violência aos direitos fundamentais dos presidiários. Ressalte-se que tais violações afrontam gravemente a Constituição Federal, na medida em que a Carta Maior assegura, em seu artigo 4º, II, que “*o Brasil reger-se-á, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos, sendo a proteção a tais direitos, verdadeiro imperativo constitucional*”.

Substancia-se a necessidade de mudança para que as penas e as condições no Sistema Prisional Brasileiro sejam mais humanitárias.

Desse modo, a superlotação no ambiente carcerário tem sido uma das maiores violações aos Direitos Humanos dos apenados no Brasil, principalmente pelas péssimas condições das celas, tendo em vista que alocam inúmeros presos, sem o mínimo de dignidade, saúde e higiene, não contestando de maneira alguma as “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – Regras de Mandela²”. Vejamos algumas regras dos seus princípios básicos:

Princípios básicos

Regra 1

Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

Regra 4

1. Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, **proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis.**

² As chamadas Regras de Mandela surgiram em 1955 e seu nome é uma homenagem ao grande líder sul-africano Nelson Mandela. Ao longo de 55 anos, os Estados usaram as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos como um guia para estruturar sua Justiça e os sistemas penais. Em 22 de maio de 2015, a Organização das Nações Unidas (ONU) oficializou um quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade, oportunidade em que editaram as chamadas Regras de Mandela. (Artigo: *ENTENDA O QUE SÃO AS REGRAS DE MANDELA E SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO*, Autor(a): Ana Maria Fernandes Ballan da Costa)

Alojamento

Regra 13

Todos os locais destinados aos reclusos, especialmente os dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climatéricas e, especialmente, a cubicação de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.

Neste aspecto, é evidente que o Sistema Carcerário Brasileiro está bem aquém de cumprir o patamar mínimo estabelecido.

Imperioso notar, a quantidade de presos provisórios aguardando julgamento intervém diretamente na superlotação carcerária, uma vez que os presos provisórios são alocados com os presos condenados, justamente por não se ter compartimentos de clausuras suficientes para presos desta categoria, o que acaba superlotando as penitenciárias, em incompatibilidade com as Regras de Mandela, vez que, em sua Regra 11, alínea b³, estabelece que os presos provisórios deverão ser mantidos separados dos condenados, o que não acontece na maior parte dos presídios brasileiros.

Ato contínuo, também é necessário falar dos presos que iniciam o cumprimento da pena em regime semiaberto, os quais acabam ficando sem vaga nas celas, pois a maior parte das celas é ocupada por presos cumprindo pena em regime fechado, o que gera falha no sistema, vez que não há como alocar todos os presos na quantidade de celas fornecidas nos presídios.

Como viés para restabelecer o Sistema Prisional Brasileiro, tem-se o cômputo em dobro da pena cumprida em situações degradantes.

Como se observou anteriormente, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao conceder ordem no *Habeas Corpus* nº 136.961, aplica pela primeira vez, por meio da Turma Criminal do STJ, o Princípio da Fraternidade para decidir pela contagem da pena de maneira mais benéfica ao condenado que é mantido preso em local degradante, fazendo com que a decisão seja importante precedente possível de ser aplicado para situações semelhantes.

³ **Separação de categorias – Regra 11:** As diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, tendo em consideração o respectivo sexo e idade, antecedentes criminais, razões

A decisão do HC 136.961 tem caráter histórico, dada “a importância e a profundidade do voto” – nas palavras do ministro Ribeiro Dantas.

Para tanto, o voto do Relator Reynaldo é de grande mérito e relevância, haja vista que admite ao Estado a responsabilidade em tutelar os direitos dos presos, pois é durante o cumprimento da pena, na Execução Penal, que o apenado terá a possibilidade de adquirir o senso de disciplina e responsabilidade para se reintegrar na sociedade.

Neste cenário, o entendimento já foi aplicado em demais estados brasileiros, como nos autos de Execução Penal nº 5035476-56.2020.8.24.0038, considerando que o apenado estava preso há 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias, computou-se a pena para: 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 08 (oito) dias.

Por essa razão, a humanização das penas e as condições carcerárias funcionam como um importante fator motivacional, incentivando o reeducando a adquirir uma postura correta para, progressivamente, deixar o ambiente prisional.

Segundo o artigo 38 do Código Penal, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Portanto, as condições de clausuras não podem ser degradantes a ponto de ferir os princípios constitucionais e da dignidade humana, a fim de fomentar a revolta e descrença no apenado, desmotivando-o a adotar uma postura correta, voltada a retornar ao convívio social.

Conclusão

A presente pesquisa científica abordou a questão do cômputo em dobro do período de pena cumprida em situação degradante, especificamente no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro. Neste trabalho, os autores buscaram esboçar alguns tópicos de relevante questão no Sistema Prisional Brasileiro, Direitos Humanos, Tratados e Convenções, entre eles, o Pacto de São José da Costa Rica e a Comissão Interamericana

da detenção e medidas necessárias a aplicar. Assim: **(b) Presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados.** (Tratado: REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE RECLUSOS – Regras de Nelson Mandela).

de Direitos Humanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos, enfatizando os direitos à dignidade da pessoa humana e a fiscalização dos casos de violação dos direitos humanos ocorridos em países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Primeiramente, foi feito um levantamento sobre o Sistema Prisional Brasileiro e o seu papel na sociedade, concluindo-se que a superlotação nos cárceres do Brasil é um problema que persiste diariamente.

Com o advento da LEP – Lei de Execuções Penais, foi garantido aos encarcerados o direito de assistência à saúde e higiene básica.

Contudo, observou-se que as superlotações nos cárceres brasileiros impedem o acesso à saúde de modo geral.

Em um segundo momento da pesquisa, abordou-se sobre a importância do Pacto de São José da Costa Rica, seus objetivos e a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Em seguida, discorreu-se acerca da decisão do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que concedeu ordem no *Habeas Corpus* nº 136.961, computando em dobro todo o período de pena cumprido por um apenado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

À vista disso, verificou-se a necessidade de penas mais humanitárias, trazendo a nobre decisão como precedente favorável.

Do exposto, o cômputo em dobro de todo o período de pena cumprido em situação degradante foi determinado como precedente favorável para situações semelhantes, vez que o ambiente carcerário nestas situações não consegue cumprir o seu papel reeducador, tampouco ressocializador.

A dignidade da pessoa humana, no que concerne à integridade física e mental, implica na inafastável obrigação do Estado de tratar os reeducandos como seres dignos de suas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e nas Regras de Mandela.

Com o grande número de reincidência, nota-se que o Sistema Prisional Brasileiro não está cumprindo com o objetivo de ressocialização. Desse modo, é de extrema importância que sejam realizadas inspeções recorrentes nos presídios, com o intuito de fiscalizar o ambiente carcerário, as situações das clausuras, e os direitos básicos dos apenados, como higiene e as condições de vida nas celas.

As condições insalubres, ocasionadas pelas situações degradantes, resultam em proliferação de doenças, sendo notória a

necessidade de mudança nas penas, para que sejam mais humanitárias.

Por fim, o cômputo em dobro de todo o período de pena cumprida em situação degradante visa garantir que os apenados, no cálculo da pena, tenham a pena reduzida em até 50% (cinquenta por cento), em razão de terem cumprido pena em cárceres sem o mínimo de respeito à dignidade humana.

Portanto, conclui-se que é de extrema relevância o voto do Ministro Reynaldo Soares para o âmbito jurídico, uma vez que cria precedente favorável em computar em dobro o tempo de pena cumprida em condições degradantes, para que o reeducando possa voltar ao convívio social e reduzir o número de reincidência.

Havendo precedentes para a aplicação do instituto do cômputo em dobro para o período de pena cumprida em situação degradante, desperta a esperança no reeducando para deixar o ambiente prisional, adquirindo conduta correta, para, posteriormente, se reintegrar à sociedade, fazendo jus a uma nova vida e um novo recomeço.

Referências

- ASSIS, R. D. de. **A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, n. 39, out./dez.2007.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo Como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CABRAL, S. **Sobre a participação privada na gestão e operação de prisões no Brasil: uma análise à luz da Nova Economia Institucional**. Organizações e Sociedade, Salvador, v.14, n.40, jan./fev./mar. 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **PROCESSO PENAL: Doutrina e Prática**. 1. ed. Salvador-BA. Editora JusPODIVM. 2008.
- GRECO, Rogério. **SISTEMA PRISIONAL: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 6. ed. Niterói-RJ. Editora Impetus. 2021.
- SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 17. ed. Salvador/BA. Editora JusPODIVM. 2021.
- Acesso em meio eletrônico: **A Solução para a Superlotação dos Presídios Brasileiros**. Disponível em: <<https://br.lexlatin.com/opinioao/solucao-para-superlota>>

cao-dos-presidios-brasileiros>. Acesso 16/05/2022.

Acesso em meio eletrônico: **ONU Estima Crescimento de 17% nas Necessidades de Ajuda Humanitária em 2022**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/161823-onu-estima-crescimento-de-17-nas-necessidades-de-ajuda-humanitaria-em-2022>>. Acesso em 17/04/2022.

Acesso em meio eletrônico: **Violações aos Direitos Humanos dos Encarcerados no Brasil: Perspectiva Humanitária e Tratados Internacionais**. Disponível em: <<https://ninhajud.jus.brasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em 05/03/2022.

Acesso em meio eletrônico: **A Superlotação do Sistema Carcerário**. Disponível em: <<https://projetoredacaonota1000.com.br/a-superlotacao-do-sistema-carcerario-t11244.html>>. Acesso em 17/04/2022.

Acesso em meio eletrônico – **Pacta-sunt-servanda**. Disponível em: <<https://www.3mind.com.br/blog/pacta-sunt-servanda/#5>>. Acesso em: 22/04/2022.

Acesso em meio eletrônico: **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Corteidh, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em 20/05/2022.

Acesso em meio eletrônico: **Pacto de São Jose da Costa Rica**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>>. Acesso em: 22/04/2022.

Acesso em meio eletrônico: **Resoluções**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/decisiones/resoluciones.asp>>. Acesso em: 05/05/2022.

Acesso em meio eletrônico: **O que é a CIDH?** Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 05/05/2022.

Acesso em meio eletrônico: **Pastoral Carcerária divulga relatos e denúncias sobre o sistema carcerário em tempos de pandemia**. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/pastoral-carceraria-divulga-relatos-e-denuncias-sobre-o-sistema-carcerario-em-tempos-de-pandemia>>. Acesso em: 20/03/2022.

Acesso em meio eletrônico: MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044>. Acesso em: 20/03/2022.

Acesso em meio eletrônico: **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. Quinta Turma. AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136.961 – RJ (2020/0284469-3), rel. min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 15 de junho de 2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28AGRRHC.clas.+ou+%22AgRg+no+RHC%22.clap.%29+e+%40num%3D%22136961%22%29+ou+%28%28AGRRHC+ou+%22AgRg+no+RHC%22%29+adj+%22136961%22%29.suce>>. Acesso em: 17/06/2022.

Acesso em meio eletrônico: **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível

(Im)possibilidade de alteração do regime jurídico de exploração das loterias¹

Ana Paula Galinatti Schreiber

*Advogada da CAIXA no Distrito Federal
Especialista em Direito das Concessões e Parcerias com
a Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de
Direito Público - IDP
Especialista em Direito do Estado pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS*

RESUMO

O presente trabalho tratou do tema do enquadramento jurídico das loterias sob o conceito de serviço público, com foco na análise do regime jurídico de exploração. O objetivo central do trabalho foi avaliar a possibilidade de eventual alteração do regime jurídico para exploração das loterias. Adotaram-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem sociojurídico e o método de procedimento de análise bibliográfica e documental. Os objetivos específicos do trabalho foram: analisar a evolução do instituto das loterias no Brasil através de uma análise sistemática de legislação; conceituar serviço público; avaliar se o serviço público se insere no conceito de atividade econômica e identificar se este conceito é aplicável às loterias; indicar o regime jurídico aplicável para exploração das loterias e possibilidade de alteração. Concluiu-se que a loteria é serviço público sob a acepção formal, defendida por Gaston Jéze, o que permite a alteração de seu regime jurídico de exploração por vontade do legislador.

Palavras-chave: Loterias. Natureza jurídica. Serviço público. Atividade econômica

¹ Artigo científico apresentado à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, da Especialização em Concessões e Parcerias com a Administração Pública.

ABSTRACT

This paper assesses the legal framework of lotteries under the public service concept, according to its operation regimes. The main issue herein addressed is to evaluate the possibility of legal regime change. The research adopted a socio-juridical approach and it is based on bibliographic and documentary sources. The specific objectives are: to analyze the lottery evolution in Brazil through a systematic analysis of statutes; to define public service; to study if economic activity concept is applicable to public service definition and if this concept is appropriate to lotteries; to show the applicable legal regime for the operation of lotteries and possibility of change. It concludes that a lottery could be defined as a public service under a formal concept, supported by Gaston Jéze, which allows the amendment of its legal regime by legislator will.

Keywords: Lottery. Legal nature. Public service. Economic activity

Introdução

As loterias no Brasil são de propriedade exclusiva² do Estado, sendo atribuída à União competência privativa para legislar sobre seus sorteios, segundo o artigo 22, XX, da Constituição Federal. Trata-se de tema que se insere no Direito Constitucional, quanto à competência legislativa, e no Direito Administrativo, quanto à natureza jurídica. Desde a República Velha, há definição legal das loterias como serviço público, de acordo com o artigo 5º do Decreto nº 15.775, de 6 de novembro de 1922. Contudo, à luz do conceito de serviço público predominante no Direito Administrativo, ainda resta a indagação: loteria é serviço público?

No intuito de se alcançar uma resposta para o objeto de estudo, é necessário revisitar a teoria do serviço público, a qual ampara o surgimento do próprio Direito Administrativo. Para os autores clássicos das escolas francesas de Toulouse e Bordeaux, a

² De acordo com a definição de Plácido e Silva, em sua obra *Vocabulário jurídico*, exclusividade assemelha-se a monopólio; contudo, o STF, na análise da ADI 3273 e ADI 3366, já esclareceu que “O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva”.

definição de serviço público pode ser entendida ou como um poder estatal com regras jurídicas próprias ou como uma atividade para a satisfação de necessidades coletivas. A partir dela, chega-se a uma nova pergunta: quais parâmetros adotar para propor um conceito de serviço público?

Nesse sentido, a doutrina estabelece inúmeros critérios para conceituar serviço público, mas dos autores clássicos franceses, permanecem três aspectos diferentes para a construção da noção de serviço público, sendo o elemento objetivo, o elemento subjetivo e o elemento formal.

O aspecto objetivo ou material reporta-se à doutrina de Duguit, segundo a qual se pode considerar serviço público como toda atividade que seja indispensável para promover a realização e o desenvolvimento da interdependência social, sendo uma obrigação estatal sua prestação pautada no interesse social.

O sentido subjetivo concebe o serviço público como um organismo público, isto é, algo parte da máquina estatal, um direito exercido pelas pessoas administrativas que resulta na prestação e funcionamento dos serviços públicos, relacionando-se com o ensinamento de Hauriou.

O elemento formal propõe que o serviço público pode ser definido pela sujeição a um regime jurídico diferencial para a satisfação de determinada necessidade de interesse geral, mediante os procedimentos de direito público, o que se reporta ao pensamento de Jèze.

Uma vez adotado um critério para definir serviço público, é possível analisar a natureza jurídica das loterias à luz do conceito, apontar qual o regime jurídico aplicável, se de Direito Público ou de Direito Privado, bem como a possibilidade de modificação.

A principal técnica a ser utilizada para abordar o problema é a pesquisa bibliográfica e documental, dado o caráter teórico-argumentativo do tema. O desenvolvimento da análise possui como objetivos a conceituação jurídica de serviço público, a natureza jurídica das loterias e o regime jurídico de exploração. O tema possui relevância política, social, acadêmica e jurídica; política, porque, historicamente, as loterias têm servido como instrumento de arrecadação do Estado para implementação de políticas públicas; social, porque tem necessidade de uma regulamentação específica para que não haja abuso contra a economia popular e a boa-fé as pessoas. A relevância acadêmica advém de análise das teorias do serviço público em cotejo com o aspecto histórico, legal e social que as loterias adquiriram no Brasil.

Por fim, a importância jurídica decorre da necessidade de se identificar o regime jurídico para a exploração e possibilidade de alteração.

No primeiro tópico do artigo, será exposta a evolução do instituto das loterias no Brasil, através de uma análise sistemática de normas, desde a introdução dos jogos até a atualidade. Para a referida exposição, consultou-se principalmente a legislação histórica e atual. O segundo tópico tem o desafio de conceituar serviço público a partir do estudo da doutrina clássica francesa e nacional. Nesse ponto, serão expostos os conceitos dos autores franceses Duguit, Hauriou e Jéze, bem como de autores brasileiros, como Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, Bandeira de Melo, di Pietro, entre outros. Ainda, no mesmo tópico, pretende-se identificar qual critério para enquadrar as loterias no conceito de serviço público a partir da análise do ordenamento jurídico nacional e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, o terceiro tópico tem por escopo avaliar a inserção do serviço público no conceito de atividade econômica, indicar o regime jurídico aplicável para exploração das loterias, a partir da análise da Constituição Federal, bem como eventual possibilidade de alteração. Ao final, será apresentada a conclusão para a pesquisa.

1 Evolução do instituto das loterias no Brasil

O conceito de loteria está definido na doutrina como uma “espécie de jogo para obtenção de um prêmio em dinheiro, ou em bens, que se realiza por meio da venda ou colocação de bilhetes numerados ou por outro processo, em que se distribuam os números, que participarão de um sorteio”³.

Na legislação brasileira, a Lei de Contravenções Penais (Decreto nº 3.688/41) define loteria como bem jurídico-penal da seguinte forma: “Considera-se loteria toda ocupação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza”⁴. No mesmo sentido era a previsão da legislação anteriormente vigente, a qual trazia disposições sobre o serviço de loterias.⁵

³ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁴ Art. 51, §2º, Decreto nº 3.688/41.

⁵ Art. 40, parágrafo único, Decreto-lei nº 2.980/41.

O surgimento da loteria no Brasil remonta a 04 de outubro de 1874, quando teve início a extração de loteria em Vila Rica, capital da Província de Minas Gerais, por iniciativa de seu governador, Luiz da Cunha Menezes, com vistas à construção de novo edifício que abrigaria a Casa de Câmara e Cadeia de Vila Rica, atual prédio do Museu da Inconfidência (BERTOLETTI, 1980, p. 14-22).

Com a vinda da Corte Portuguesa ao Brasil, no ano de 1808, e mesmo durante o reinado de D. Pedro I, após a Independência, a concessão de loterias cresceu de modo desordenado. Esse cenário só veio a ser modificado na Regência do padre Diogo Antônio Feijó, com a Lei de 06 de junho de 1831, a qual proibiu as concessões e as extrações de loterias⁶. Referida proibição vigorou até 1837, quando foram sancionados o Decreto nº 153, de 29 de novembro de 1837, e o Decreto nº 154, de 30 de novembro de 1837⁷, que autorizaram a extração de loterias, respectivamente, em favor do Teatro da Praia de D. Manoel e do Teatro Constitucional Fluminense (BERTOLETTI, 1980, p. 23).

Com o retorno das concessões, as loterias voltaram a se proliferar de maneira desorganizada, sendo concedidas a teatros, Santas Casas e outras organizações de assistência, na Corte e nas províncias. Para disciplinar a forma de exploração, foram editados o Decreto 57, de 28 de novembro de 1840, que visou disciplinar as vendas de bilhetes e a extração de loterias e, após a antecipação da maioria de Dom Pedro II, o Decreto nº 92, de 11 de agosto de 1841, o qual trouxe normas para aumentar o controle do governo sobre a atividade. Entretanto, somente com o Decreto nº 357, de 27 de abril de 1844, houve a regulamentação da extração de loterias em todo o território nacional e a

⁶ Lei de 6 de junho de 1831. (*Artigo Único. Fica prohibido a concessão e extração de loterias.*) Coleção das Leis no Império do Brasil de 1931. Parte I, Rio de Janeiro: Typographia Nacional. 1875. p. 5.

⁷ Decreto nº 153/1837. (*Art. 1º. São concedidas ao Theatro da Praia de D. Manoel duas loterias annuaes de cem contos de réis cada huma, por espaço de quatro anos.*) Decreto nº 154/1837. (*Art. 1º São concedidas ao Theatro Constitucional Fluminense duas loterias annuaes de duzentos contos de réis cada huma, segundo o plano junto, pelo tempo de seis anos. Art. 2º Para a realização desta graça a Sociedade Theatral prestará caução de ali manter, além de huma Companhia, que represente peças dramaticas em vulgar, huma de opera Italiana e outra de baile.*) Coleção das Leis no Império do Brasil de 1937. Parte I, Rio de Janeiro: Typographia Nacional. 1861. p. 108.

proibição da venda da loteria estrangeira⁸, sendo este o primeiro ato legal de caráter abrangente que conseguiu ordenar as concessões de modo eficaz (BERTOLETTI, 1980, p. 24).

O Decreto nº 2.936, de 16 de junho de 1862, criou o cargo de Fiscal de Loterias vinculado ao Ministério da Fazenda, a ser contratado com pessoa idônea, cabendo ao titular todos os negócios relacionados às loterias da Corte, em especial *“solicitando as providências que forem necessárias para a garantia do público”*, correndo por sua conta as despesas.⁹

Após a proclamação da República, a Lei nº 428, de 10 de dezembro de 1896, referente ao orçamento da receita geral da União para o exercício de 1897, previu a contabilização dos rendimentos oriundos das loterias, a forma de tributação e estipulou como diretriz a ser seguida a previsão de rescisão unilateral do contrato de concessão pela Administração Pública, sem indenização ao contratado na hipótese de descumprimento das obrigações (caducidade).¹⁰ Ainda, a Lei nº 640, de 14 de novembro de 1899, referente ao orçamento da receita geral da União para o exercício de 1900, também previu a contabilização dos rendi-

⁸ Art. 36. Não he permittida a venda de Loteria estrangeira, debaixo de qualquer denominação que seja. Os infractores desta disposição serão punidos com a multa de duzentos mil réis por bilhete, que venderem, e com a pena de desobediência. BRASIL. Senado Federal. Decreto nº 357 de 27 de abril 1844, Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/legislacao/PublicacaoSigen.action?id=387220&tipoDocumento=DEC-n&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 27 SET 2018.

⁹ Art. 3º O Ministro da Fazenda, para a boa execução da Lei nº 1.099 do 18 de Setembro de 1860 e do Decreto nº 2.874 de 31 de Dezembro de 1861, nomeará um fiscal a cujo cargo fiquem todos os negocios relativos às Loterias, e que se incumba especialmente de fiscalisar o processo das que são extrahidas na Côrte, dando parte ao Governo de tudo o que occorrer, e solicitando as providencias que forem necessárias para garantia do publico. O dito fiscal será nomeado em comissão, e em remuneração do seu trabalho terá uma quota que não exceda a 300\$ mensaes, do remanescente que fôr recolhido ao Thesouro na forma do Art. 2º. BRASIL. Senado Federal. Decreto nº 2.936 de 16 de junho de 1862, Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=398766&id=14387496&idBinario=15819187&mime=application/rtf>>. Acesso em 27 SET 2018.

¹⁰ Art. 24. Fica o Governo autorizado a regular o serviço das loterias, observadas as seguintes determinações:

§ 1º O actual contracto das loterias da Capital Federal será reformado pelo prazo de sete annos a datar de 1 de janeiro de 1897 abrangendo o serviço geral das loterias, sob as seguintes condições:

O contractante se obrigará:

mentos oriundos das loterias, forma de tributação, mas nada dispõe sobre as diretrizes para extinção contratual.¹¹

Com o Decreto nº 3.638, de 09 de abril de 1900, surge um novo regulamento para as loterias, abrangendo todo o território nacional, no qual é prevista a submissão prévia de um plano de loterias ao Ministro da Fazenda, requisitos para a emissão de bilhetes de loterias, regras para as loterias federais e para as loterias estaduais. Esse decreto faz menção ao contrato celebrado com a Companhia de Loterias Nacionais do Brasil, firmado em 31 de dezembro de 1896.¹²

Em 1922, por meio do Decreto nº 15.775, de 06 de novembro de 1922, surge a definição legal de loterias¹³ e seu

a) ao pagamento annual da quantia de 1.600:000\$. sendo: 807:000\$ ao Thesouro, em prestações quinzenaes de 33:625\$, para as instituições indicadas no § 2º; e os outros 793:000\$, tambem em prestações quinzenaes, na importancia de 39:650\$, a cada um dos Estados que não estiverem nos casos previstos no § 3º;

b) a elevar a sua caução ao dobro da actual em apolices da divida publica, para garantia da fiel execução do contracto;

c) a sujeitar-se á rescisão do contracto sem indemnisação de especie alguma, no caso de infracção por sua parte, das condições estipuladas;

d) a resgatar os bilhetes premiados dentro do prazo de dous annos, entrando para o Thesouro Federal, annualmente, com a quantia de 30:000\$, a titulo de «Remanescentes»;

e) a pagar ao Thesouro Federal o imposto de 2 % sobre a importancia da emissão de loteria ou serie de loteria que extrahir, quando federal, e o de 4 % quando estadual, não excedendo a média da emissão para as loterias federaes a 3.000:000\$ mensaes.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 428, de 10 de dezembro de 1896, Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-428-10-dezembro-1896-540244-publicacaooriginal-40210-pl.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 640, de 14 de novembro de 1899, Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-640-14-novembro-1899-540785-publicacaooriginal-41910-pl.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 3.638, de 09 de abril de 1900, Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-3638-9-abril-1900-514347-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

¹³ *Art. 39. Constitue jogo de azar, passivel de repressão penal, a loteria de qualquer especie, não autorizada por lei federal.*

Considera-se loteria:

a) qualquer operação em que se faça depender de sorteio a obtenção de um premio em dinheiro ou em bens de outra natureza, seja qual fôr a denominação que se lhe dê, e o seu processo de sorteio, adoptem bilhe-

enquadramento como serviço público para as loterias federais.¹⁴ A mesma norma estabelece que o serviço de loterias federais é de competência exclusiva da Companhia de Loterias Nacionais do Brasil¹⁵, durante a vigência do seu contrato, e proíbe subconcessão das loterias federais. Ainda, consta a possibilidade de exploração por particulares; contudo, observa-se que possuem uma finalidade social¹⁶ como a Sociedade da Cruz Verme-

tes, listas, coupons, vales, papeis manuscriptos, signaes, symbolos ou qualquer outro meio para distribuição dos numeros e designação dos jogadores ou apostadores;

b) qualquer jogo, operação ou aposta, cujo desfecho ou solução dependa de sorteio effectuado por loteria autorizada;

c) as apostas sobre corridas de cavallos, quando effectuadas fóra dos respectivos prados.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 15.775, de 06 de novembro de 1922. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15775-6-novembro-1922-512460-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

- ¹⁴ Art. 5º *As loterias exploradas pela companhia são consideradas como serviço publico da União, e terão livre curso em todo o territorio da Republica, pertencendo-lhe a exclusividade de venda no Districto Federal.*

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 15.775, de 06 de novembro de 1922. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15775-6-novembro-1922-512460-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

- ¹⁵ Art. 2º *O serviço de loterias federaes compete á Companhia de Loterias Nacionaes do Brasil, durante o tempo de duração do seu contracto, obrigada, a mesma Companhia, aos seguintes onus: (...)*

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 15.775, de 06 de novembro de 1922. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15775-6-novembro-1922-512460-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

- ¹⁶ Art. 6º *A União abster-se-ha de fazer concessões de loterias ou exploralas durante a vigencia do contracto celebrado com a companhia, e não permittirá a circulação, fóra dos respectivos estados, de bilhetes de loterias estadoaes resalvados, porém, as loterias já concedidas á Sociedade da Cruz Vermelha Brasileira e ao Instituto de Assistencia á Infancia do Rio de Janeiro, bem como as de concessão estadual que, estando na situação prévista pela parte primeira do art. 29, do decreto n. 8.597, de 8 de março de 1911, venham a obter o Registro na fórmula deste Regulamento.* Paragrapho unico. A exclusividade de venda no Districto Federal, conferida ás loterias federaes, pelo art. 5, soffre excepção relativamente ás loterias a que se refere a disposição precedente.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 15.775, de 06 de novembro de 1922. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15775-6-novembro-1922-512460-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

Iha Brasileira e o Instituto de Assistência à Infância do Rio de Janeiro.¹⁷

O Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932, confirmou as disposições da legislação anterior sobre loterias, introduzindo inovações importantes com relação à concessão do serviço lotérico e ao pagamento de prêmios. Reafirmou a definição das loterias como serviço público, incluindo no conceito também as loterias estaduais.¹⁸

Por meio da referida norma, foi estipulado o princípio da concorrência pública para as concessões, com apreciação de idoneidade moral e financeira dos proponentes¹⁹, bem como foi previsto o prazo improrrogável de 05 anos para a vigência da concessão.²⁰ Foi igualmente prevista no Regulamento anexo ao

¹⁷ Art. 13. *A companhia não poderá transferir a outrem a sua concessão para exploração das loterias federaes.*

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 15.775, de 06 de novembro de 1922. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15775-6-novembro-1922-512460-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

¹⁸ Art. 20. *São consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados.*

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21143-10-marco-1932-514738-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

¹⁹ Art. 3º *Nenhum serviço de loteria, federal ou estadual, poderá ser contratado, a não ser mediante concorrência pública, aberta com todas as formalidades legais, durante um prazo mínimo de trinta dias, devendo no julgamento das propostas ser apreciada a idoneidade moral e financeira dos proponentes.*

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21143-10-marco-1932-514738-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

²⁰ Art. 2º *Nenhuma loteria, federal ou estadual, poderá ser extraída no território da República, sem que distribua, no mínimo, a percentagem de 70 % em prêmios, assim como nenhuma concessão poderá ser outorgada por prazo superior a um lustro.*

Art. 4º *São terminantemente proibidas as prorrogações de contratos, bem como as concessões de preferência em igualdade de condições, devendo, para todos os efeitos, ser considerados concorrentes somente os candidatos à concessão que efetivamente houverem apresentado proposta, com valor declarado, nas condições do edital respectivo.*

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21143-10-marco-1932-514738-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

decreto a obrigação de os concessionários de loterias federais manterem estabelecimento físico para a venda de bilhetes.²¹

O Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, dispôs de forma conclusiva pelo regime de concessões, fortalecendo ainda mais a figura do concessionário particular, sendo atualmente a base jurídica da Loteria Federal.

Somente em 1961, houve alteração do regime de exploração de loterias, por meio da edição do Decreto nº 50.954, de 14 de julho de 1961, trazendo a Loteria Federal para a execução direta do Estado²², através do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais²³. A alteração ocorreu após a verificação de conveniência pelo Poder Público de se assegurar da aplicação dos recursos às finalidades de natureza educativa e assistencial, determinadas pelo Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, obrigatoriedade das Caixas Econômicas Federais no financiamento de serviços de caráter social, bem como assegurar uma fonte de recursos para as Caixas Econômicas, as quais padeciam de desequilíbrio financeiro.²⁴

²¹ Art. 8º *Os concessionários da loteria federal manterão agências de venda de bilhetes em todos os Estados da União e no Território do Acre, devendo comunicar à Fiscalização de Loterias a sede das mesmas e os nomes de seus representantes.*

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21143-10-marco-1932-514738-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

²² Art. 1º A Loteria Federal será explorada diretamente pela União. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 50.954, de 14 de julho de 1961. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50954-14-julho-1961-390555-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

²³ Art. 2º O serviço da Loteria Federal subordinado ao Ministro da Fazenda, será executado em todo País, pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas em colaboração com as Caixas Econômicas Federais.

Art. 3º Para os efeitos do disposto no artigo anterior, funcionará, junto ao Conselho Superior das Caixas Econômicas, um órgão especializado, com a denominação de Administração do Serviço da Loteria Federal.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 50.954, de 14 de julho de 1961. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50954-14-julho-1961-390555-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

²⁴ CONSIDERANDO a conveniência de ser submetido dito serviço ao regime de execução direta, a fim de assegurar-se a aplicação dos apreciáveis recursos que proporciona às finalidades de natureza educativa e assistencial, determinadas pelo Decreto-lei nº 6.259 de 10 de fevereiro de 1944;

O Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, por sua vez, modificou a conceituação da própria loteria, que, além de serviço público, foi considerada uma exceção às normas de Direito Penal, como tal só sendo admitida com a finalidade de distribuição social de seus rendimentos, em âmbito nacional.²⁵ Além disso, a norma previu que a loteria federal não seria passível de concessão²⁶ e proibiu a criação de novas loterias estaduais.²⁷

O Decreto-Lei nº 594, de 27 de maio de 1969, instituiu a loteria esportiva federal, sendo regulamentado pelo Decreto nº 68.703, de 03 de junho de 1971, acerca da aplicação dos recursos. Referida norma dá respaldo jurídico para a exploração da Loteca e da Lotogol.

CONSIDERANDO que as Caixas Econômicas Federais estão legalmente obrigadas a aplicar recursos no financiamento de serviços dessa natureza; CONSIDERANDO que tais operações, pelas respectivas condições de juros e prazo, são via de regra, de baixa lucratividade; CONSIDERANDO a necessidade de propiciar às mesmas Caixas Econômicas recursos especialmente destinados a êsse fim, tendo em vista o estado de desequilíbrio financeiro a que foram conduzidas em sua quase totalidade;

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 50.954, de 14 de julho de 1961. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50954-14-julho-1961-390555-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

²⁵ Art. 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei. Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-204-27-fevereiro-1967-373407-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

²⁶ Vide nota de rodapé acima, que transcreve o art. 1º do Decreto-lei nº 204/67.

²⁷ Art. 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais. § 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação dêste Decreto-lei.

§ 2º A soma das despesas administrativas de execução de todos os serviços de cada loteria estadual não poderá ultrapassar de 5% da receita bruta dos planos executados.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-204-27-fevereiro-1967-373407-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

Com o Decreto-Lei n 759, de 12 de agosto de 1969, foi criada a Caixa Econômica Federal, que, na forma do art. 2º, tem por finalidade explorar exclusivamente os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal.²⁸

A Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, autorizou a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concursos a título de propaganda, sendo que essa modalidade especial de sorteio depende de prévia autorização do Ministério da Fazenda.²⁹

Com a Lei nº 6.717, de 12 de novembro de 1979, veio a autorização da modalidade de concurso de prognósticos da loteria federal, o que, atualmente, dá amparo para a realização dos sorteios da Mega-Sena, Quina, Lotofácil, Lotomania e Dupla Sena.

A Lei nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, trata da possibilidade de as entidades promotoras de corridas de cavalos com exploração de aposta extrair *sweepstakes*³⁰ e explorar outras modalidades de loterias, desde que autorizadas.³¹

A Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006, tratou da instituição de concurso de prognóstico específico destinado ao de-

²⁸ Art 2º A CEF terá por finalidade:

(...)

d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente;

BRASIL. Planalto. Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0759.htm >. Acesso em 28 SET 2018.

²⁹ Art 1º A distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda quando efetuada mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, dependerá de prévia autorização do Ministério da Fazenda, nos termos desta lei e de seu regulamento.

BRASIL. Planalto. Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5768.htm >. Acesso em 28 SET 2018.

³⁰ A form of gambling, especially on horse races, in which all the stakes are divided among the winners. Uma forma de aposta, especialmente em corridas de cavalos, em que todas as apostas são divididas para os vencedores. (livre tradução).

OXFORD Dictionary. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/sweepstake>>. Acesso em 28 SET 2018.

³¹ Art.14 - As entidades promotoras de corridas de cavalos com exploração de apostas poderão ser autorizadas pelo Ministério da Fazenda a extrair "sweepstakes" e outras modalidades de loteria, satisfeitas as exigências estipuladas pela Secretaria da Receita Federal, quanto aos Planos de Sorteios.

envolvimento da prática desportiva, à participação de entidades desportivas da modalidade futebol nesse concurso. É regulamentada pelo Decreto nº 6.187, de 14 de agosto de 2007, o qual instituiu a Timemania.

Com o advento da Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013, houve a disciplina legal sobre o exercício da atividade e a remuneração do permissionário lotérico e a reafirmação de que a prestação de serviços lotéricos é serviço público.³²

A Lei nº 13.155, de 04 de agosto de 2015, criou a Loteria Instantânea Exclusiva – Lotex, implementada em meio físico ou virtual, passível de execução direta ou indiretamente mediante concessão.³³ Dessa forma, em 2015, retornou ao Brasil a possibilidade de exploração de loterias por particulares.

Parágrafo único. Os Regulamentos dos Planos de Sorteios de modalidades de jogos lotéricos, abrangendo corridas de cavalos não incluídas no movimento geral de apostas dos hipódromos, deverão dispor sobre o percentual devido à Comissão Coordenadora da Criação do Cavalo Nacional - CCCCN.

BRASIL. Planalto. Lei nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7291.htm>. Acesso em 08 NOV 2018.

³² Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - permissão lotérica: a outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos feita pelo poder outorgante à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, para comercializar todas as loterias federais e os produtos autorizados, bem como para atuar na prestação de serviços delegados pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes;

II - outorgante de serviços lotéricos: a Caixa Econômica Federal (CEF) na forma da lei.

BRASIL. Planalto. Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12869.htm>. Acesso em 09 OUT 2018.

³³ Art. 28. Fica o Poder Executivo federal autorizado a instituir a Loteria Instantânea Exclusiva - LOTEX, tendo como tema marcas, emblemas, hinos, símbolos, escudos e similares relativos às entidades de prática desportiva da modalidade futebol, implementada em meio físico ou virtual.

§ 1º A loteria de que trata o *caput* deste artigo será autorizada pelo Ministério da Fazenda e executada diretamente, pela Caixa Econômica Federal, ou indiretamente, mediante concessão.

BRASIL. Planalto. Lei nº 13.155, de 04 de agosto de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13155.htm>. Acesso em 02 OUT 2018.

No âmbito constitucional, a Constituição de 1988 previu, no art. 22, inciso XX, a competência privativa da União Federal para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, não havendo disposição semelhante nas Constituições brasileiras anteriores.

Dessa forma, atualmente, o sistema jurídico estabelece competência privativa da União para legislar acerca das loterias, com exploração do serviço realizada pelo Estado via Caixa Econômica Federal ou mediante concessão ao particular para a Loteria Instantânea Exclusiva – Lotex, o que caracteriza um sistema de duopólio.

Nesse ponto, por fim, é de se dizer que o sistema de monopólio, como também o duopólio, é eficiente onde as economias de escala são grandes em relação ao tamanho do mercado. No entanto, não há uma boa solução para essa atuação, pois “há apenas uma escolha entre três males: monopólio desregulado privado, monopólio privado regulado pelo Estado, e operação pelo governo”.³⁴

2 Conceito de serviço público e loterias

A base do conceito de serviço público surgiu em 1873, quando o Tribunal de Conflitos francês proferiu o acórdão do caso Blanco. O objeto do acórdão era decidir a competência de julgamento de uma ação de responsabilidade por danos físicos causados a Agnes Blanco, oriundos de um acidente envolvendo vagões que transitavam em uma manufatura de tabacos de Bordeaux, cuja atividade econômica era explorada pelo município.³⁵

Nas considerações do acórdão, constou que a responsabilidade estatal pelos danos não poderia ser regida pelo regime jurídico privado pelo fato de os empregados do Estado prestarem serviço público. Nesse sentido, cumpre transcrever o trecho mencionado:

Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie

³⁴ WILLIAMSON, Oliver E. As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais. São Paulo: Pezco Editora, 2012. p.34-35.

³⁵ FRANÇA. Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon. M. Mercier, rapporteur
M. David, commissaire du gouvernement. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886>>. Acesso em 04 jan 2019.

dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ;³⁶

Com o diálogo da doutrina francesa e a jurisprudência do tribunal administrativo (Conselho de Estado), estruturou-se a definição clássica de serviço público calcada na presença de critérios jurisprudenciais, quais sejam, um organismo administrativo, uma atividade de interesse geral e um regime jurídico derogatório do direito comum.³⁷

O pioneirismo da elaboração da teoria do serviço público coube a León Duguit, originando a escola do serviço público, para quem serviço público significa toda atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque tal atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de natureza tal que não pode ser levada a termo a não ser pela intervenção da força governante.³⁸ Nesse sentido, cumpre transcrever o seguinte trecho que trata da obrigação legal aos governantes de prestar serviço público à sociedade:

Puisque la notion fondamentale, qui est au fond de tout service public, est celle d'une obligation juridique s'imposant aux gouvernants d'assurer l'accomplissement ininterrompu d'une certaine activité, que est d'une importance capitale pour la vie sociale (...) (DUGUIT, 1928, p. 70)

Para Duguit (1928, p. 59), os serviços públicos são um dos elementos do Estado, sendo o Estado uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes.

³⁶ FRANÇA. Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon. M. Mercier, rapporteur
M. David, commissaire du gouvernement. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886>>. Acesso em 04 jan 2019.

³⁷ Para Rivero, o conceito de serviço público francês é relativamente estável. RIVERO *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 15-16. Nota de rodapé 6.

³⁸ DUGUIT, León *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 190-236, dec. 1965. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66490/69100>>. Acesso em: 23 mai 2018.

Na mesma escola, pode-se citar Gaston Jéze, segundo o qual, para se reconhecer a existência de serviço público, deve ser examinada a vontade dos legisladores, ou seja, sua intenção referente à atividade administrativa em exame. Para ele, o serviço público é uma criação artificial do legislador, único que pode instituí-lo e dar discricionariamente este caráter a uma atividade qualquer, a qual depende da época, do ambiente, das condições econômicas, sociais e políticas. Nesse sentido (JÉZE, 1924, p. 288):

Cette thèse des services qui, par leur nature même, répugnent à être des établissements publics me paraît inadmissible. Elle est en contradiction certaine avec la notion même d'établissement public : il s'agit purement et simplement d'un procédé juridique. Ce procédé peut être ou ne pas être employé par le législateur suivant qu'il estime ou non que, par ce procédé, le service public sera bien géré. Le législateur peut se tromper ; mais il ne faut pas dire qu'il existe des services publics qui, par leur nature même, répugnent à ce procédé.

Cela dépend des époques, du milieu, des conditions économiques, sociales, politiques. La jurisprudence administrative s'attache à la volonté du législateur.

Por fim, Jéze (1949, p.103) afirma que criar um serviço público é decidir que a satisfação de determinada necessidade de interesse geral poderá se dar mediante os procedimentos de direito público.

Para a escola institucional, cujo expoente é Maurice Hauriou, serviço público é ação de poder estatal manejado por regras jurídicas próprias, em que o poderio público ("*puissance publique*") é uma imposição vertical do Estado, como ato de soberania e regime jurídico próprio (SCHIRATO, 2017, p. 5). Trata-se de um direito exercido pelas pessoas administrativas, que resulta na prestação e no funcionamento dos serviços públicos. Nessa direção (HAURIU, 1893, p. 175),

Mais si en droit administration ne doit jamais perdre de vue que le bon fonctionnement des services publics est l'objectif final, on ne doit pas oublier non plus que ce fonctionnement est le résultat indirect de l'exercice de leurs droits

fait par les personnes administratives, et que l'objectif immédiat ce sont ces droits.

De acordo com o autor, a noção de serviço público é subordinada ao conceito de "*puissance publique*", a qual assume, por si mesma, um poder jurídico, criador de direito. Em síntese, "o serviço público é a obra a realizar; a *puissance* é o meio. Qual está em primeiro plano? *Puissance*. Serviço Público, embora em segundo plano, desempenha papel importante".³⁹

No Brasil, a noção de serviço público não encontra referência no período imperial, com exceção do Conselheiro Ribas, para quem serviço público "é a utilidade que por meio dos seus atos alguém presta à sociedade ou a parte dela."⁴⁰

No período republicano, pode-se citar Ruy Cirne Lima:

serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.

O autor completa:

determinado, porém, que serviço público seja todo serviço existencial, relativamente à sociedade, fica, não obstante, por determinar o que há de entender-se por existencial. A condição de existencial, relativamente à sociedade, pela qual o Serviço Público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se sub-sume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade como bem em si mesma. No conceito de utilidade pública encontrar-se-á, portanto, implícita, a noção de serviço existencial. Ora, a determinação do conceito de utilidade pública incumbe a ciências não-jurídicas, como

³⁹ MEDAUAR, Odete. Serviço Público. Revista de Direito Administrativo, 189, p.100-113, jul./set. 1992. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45285/47720>>. Acesso em 03 OUT 2018.

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 190-236, dec. 1965. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66490/69100>>. Acesso em: 23 mai 2018.

a Sociologia, a Política e a Ciência da Administração. Essa determinação, de resto, faz-se relativamente a tal país e a tal momento designados. Trata-se, pois, de conceito essencialmente variável no tempo e no espaço.⁴¹

Para Themistocles Brandão Cavalcanti, tem-se o seguinte:

conceituação do serviço público não pode ser compreendida em uma fórmula *a priori* traçada; depende de circunstâncias. Pode o Estado ser acionista de uma empresa e não se considerar aquele serviço como público (o Banco do Brasil não tem sido considerado como tal) ao mesmo tempo que podem empresas particulares realizar Serviços Públicos (especialmente as concessões).

Ainda, acrescenta que o essencial no serviço público “é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir”.⁴²

Segundo Vitor Rhein Schirato:

verifica-se que a doutrina de Themístocles Brandão Cavalcanti institui no Brasil a existência de serviços não apenas sob o ângulo de atividades pertencentes ao Estado, mas também sob o aspecto de serviços sujeitos a um regime jurídico especial, decorrente de normas especiais impostas pelo Estado e necessárias para o atendimento das necessidades coletivas.⁴³

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 190-236, dec. 1965. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66490/69100>>. Acesso em: 23 mai 2018.

⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 190-236, dec. 1965. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66490/69100>>. Acesso em: 23 mai 2018.

⁴³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-03092012-110406. Acesso em: 2018-05-23.

Conforme José Cretella Júnior, a conceituação do serviço público obedece a alguns critérios principais, que podem ser assim organizados: a) execução pelo Estado; b) finalidade; c) identificação com o Direito Administrativo; d) ideia de Poder Público; e) regime jurídico determinado pelo Estado.

Para o referido autor (CRETELLA JÚNIOR, 1965, p. 190-236), a compreensão da noção do serviço público demanda uma categorização dos serviços, com o intuito de se obter o conceito amplo e o restrito. Dessa forma, é possível dividir o serviço público em próprio e impróprio.

Serviços Públicos próprios são aqueles que o Estado executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (regime das concessões).

Serviços Públicos impróprios são os que, atendendo embora às necessidades coletivas, como os anteriores, não são executados pelo Estado, nem direta, nem, indiretamente, se bem que recebam “autorização” ou “permissão” do órgão estatal, a quem incumbe a tarefa de regulamentá-los. (BIELSA, 1965, p. 190-236)

Igualmente para conceituar serviço público, os termos da expressão devem ser analisados, isto é, importante definir serviço e público. Adota Cretella Júnior o conceito de serviço de vários doutrinadores⁴⁴, que pode ser assim resumidamente entendido como ação ou efeito de servir, uma prestação, e o conceito de público pode ter duplo significado, assim definido “serviço executado pela pessoa pública, pelo Estado” ou “serviço usufruído pelo público, pelo povo, pelo usuário, pela coletividade”. Portanto, serviço público trata-se de “serviço para o público” ou serviço para o povo (CRETELLA JÚNIOR, 1965, p.190-236).

Assim, Cretella Júnior (1965, p. 190-236), assemelhando-se à escola de Duguit, define serviço público:

Serviço Público é, portanto, toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas através de procedimentos peculiares ao Direito Público.

⁴⁴ O autor cita a doutrina de Arnaldo de Valles, Villegas Basavilbaso e Tito Prates da Fonseca no seu artigo em que trata sobre o conceito de Serviço Público.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2012, p. 374-375), as atividades que são serviço público variam conforme as necessidades de cada povo e de cada época, pensamento que se assemelha à doutrina de Jèze. Além disso, afirma que também não é a atividade em si que tipifica o serviço público, mas a vontade soberana do Estado. Nesse sentido:

serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p. 33-44), a expressão serviço público desenvolvida no Direito Francês pode ser tomada em sentido subjetivo (Hauriou), objetivo (Duguit) ou, ainda, revestir-se de uma acepção formal (Jèze). O sentido subjetivo concebe o serviço público como um organismo público, isto é, algo parte da máquina estatal. A acepção objetiva traz a ideia de que o serviço público é uma atividade, uma função, ou seja, um objeto, sendo, desse modo, definido quando sua natureza é analisada. Já o sentido formal entende que o serviço público pode ser assim definido pela sujeição a um regime jurídico diferencial, derogatório das normas comuns aos particulares.

Dessa maneira, a noção de serviço público é percebida como uma dualidade, entre a definição trazida pelos ensinamentos de Duguit e Hauriou contrapondo-se à definição traçada por Jèze. Isto é, o conceito extrajurídico ou metajurídico, composto por um substrato material, e o conceito jurídico, definido em função do regime. Veja-se o que entende Celso Antônio Melo (2017, p. 54-55):

Em conclusão: fundamentalmente há dois conceitos de serviço público. Um é metajurídico e se expressa através dos elementos materiais e orgânicos que compuseram a noção tradicional. Outro é jurídico e corresponde à definição formal.

Sintetiza Celso Antônio (2017, p. 72) que no conceito metajurídico, composto por elementos materiais, devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: a) tratar-se de uma prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários; b) consistir em atividade material; c) destinar-se à satisfação da co-

letividade em geral; d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da sociedade; e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão por que a assume como pertinente a si próprio (ainda que nem sempre com exclusividade); e f) submetê-la a uma específica disciplina de direito público. Já no conceito jurídico existe o elemento formal, ou seja, a submissão a uma disciplina de direito público, com prerrogativas e sujeições específicas.

O elemento formal que compõe a noção de serviço público, dito por Celso Antônio como um conceito jurídico, possui duas finalidades: o de impedir que terceiros se oponham à prestação do serviço, bem como que o titular deles ou o concessionário (em sentido amplo) desrespeitem os direitos dos administrados. Assim, aglutinando o conceito metajurídico e o conceito jurídico, Celso Antônio (2017, p. 74-81) traz o seguinte significado para serviço público:

Serviço Público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.

Observa-se no conceito de serviço público proposto por Celso Antônio que, ao se extrair o elemento definido por ele de metajurídico (*atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados*), resta a definição formal de serviço público, a qual se assemelha à proposição de Gaston Jéze, de que serviço público é mera definição do legislador.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 100), conceituar serviço público não é uma tarefa simples, dadas as transformações ocorridas ao longo do tempo quanto aos elementos constitutivos.

Contudo, a autora aponta consenso quanto a três aspectos que compõem a noção de serviço público, os quais se reportam aos autores clássicos franceses. Identifica a presença de um elemento subjetivo, um elemento material e um elemento formal.

Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência. Além disso, alguns autores adotam conceito amplo, enquanto outros preferem um conceito restrito. Nas duas hipóteses, combinam-se, em geral, três elementos para a definição: o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público).

Segundo pontua Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito metajurídico foi usado pela maioria dos autores administrativistas⁴⁵ para identificar uma “crise”. Entretanto, “serviço público, como conceito jurídico só pode ser igual a um ‘regime jurídico’. Neste sentido nunca esteve em crise e nem jamais poderá estar. Haverá serviço público quando o legislador atribua um regime especial” (MELLO, 2017, p. 57).

A par do conceito de serviço público trazido por José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro, cumpre ainda trazer outras definições.

De acordo com Caio Tácito (2003, p. 373-376), os serviços públicos podem significar um sinônimo de ação estatal ou de função pública (serviço administrativo), assim como um conjunto específico de atividades realizadas pelo Estado. Essas poderão ser divididas entre serviços públicos *uti universi*, ou seja, destinados a todos os cidadãos indistintamente considerados, e *uti singoli*, ou seja, destinados a cidadãos determinados. Segundo o autor, destacar a pluralidade de ações públicas que podem ser consideradas serviços públicos é relevante.

Conforme o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto (2004, p. 332), sob o manto de serviços públicos, também

⁴⁵ Nesse conjunto, Celso Antônio destaca Rivero e entre a maioria dos autores (Waline, Jean-Denis Bredin, Epaminondas Spiliotopoulos, Laubadère, Connois, De Corail), isto pois cumpre lembrar que Jéze pendia para o elemento formal.

diversas atividades estatais estariam incluídas. São elas: (i) serviço público como função pública, que são atividades que oferecem determinada comodidade aos particulares, mas não têm o caráter de atividade econômica e, portanto, não podem ter sua prestação transferida a particulares; (ii) serviços públicos como atividades econômicas, divididos em quatro subgrupos: (a) os serviços públicos que podem ser delegados a particulares, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal; (b) os serviços públicos que têm que ser, ao menos, parcialmente, delegados a particulares (serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens, nos termos do artigo 223 da Constituição Federal); (c) serviços públicos que podem ser explorados por particulares de forma suplementar (por exemplo, serviços públicos na área da saúde), e (d) serviços públicos que podem ser livremente prestados por particulares, juntamente com o Estado, a quem incumbe constitucionalmente prestá-los (por exemplo, serviços de educação).

Para Alexandre Santos de Aragão (2005, p. 144-149), os serviços públicos podem ser considerados de quatro maneiras: amplíssima, ampla, restrita ou restritíssima. Na forma amplíssima, eles seriam um sinônimo de administração pública, vez que todas as ações da administração seriam serviços públicos. De maneira ampla, os serviços públicos seriam atividades prestacionais do Estado, ou seja, todas aquelas atividades estatais que implicam uma prestação ao cidadão (*uti universi* e *uti singoli*). Na forma restrita, os serviços públicos seriam todas as atividades prestacionais em que houvesse um “liame imediato com os indivíduos”, logo, todas as atividades *uti singoli*. Por fim, na versão restritíssima, os serviços públicos seriam aquelas atividades de caráter econômico, remuneradas por taxa ou tarifa, excluindo-se as atividades prestacionais sociais, como saúde e educação.

De acordo com a doutrina de Eros Roberto Grau (2010, p. 101), os serviços públicos são uma forma de intervenção do Estado na economia, sendo uma categoria do gênero atividade econômica em sentido amplo, na medida em que afirma inexistir oposição entre atividade econômica e serviço público, estando a expressão serviço público contida na primeira. De acordo com o referido autor, “a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica”.

Defende Eros Grau que o gênero atividade econômica em sentido amplo compreende três espécies, e não apenas duas - a da atividade econômica em sentido estrito e a dos serviços pú-

blicos. Ele acrescenta as atividades econômicas ilícitas, ou seja, atividades econômicas em sentido amplo, cujo exercício a lei veda.

Como expõe Vitor Rhein Schirato (2011. p. 95), a doutrina de José Afonso da Silva e Marçal Justen Filho entende que as atividades econômicas são de titularidade privada e os serviços públicos são de titularidade do Estado, não passíveis de exploração pelo particular. Em sua tese, Schirato defende uma necessidade de revisão do entendimento da doutrina majoritária, uma vez que não há uma distinção clara entre serviços públicos e atividades econômicas nos dias atuais, sendo que os serviços públicos “nada mais são do que um grupo de atividades econômicas exploradas pelo Estado com base na autorização contida no próprio artigo 173 da Constituição Federal”.

Para Luís Roberto Barroso (2000, p. 262-277), “a exploração de atividade econômica não se confunde com a prestação de serviços públicos, quer por seu caráter de subsidiariedade, quer pela existência de normas próprias e diferenciadas”.

No âmbito da jurisprudência do STF, cumpre mencionar o julgamento da ADPF 46, que trabalhou a noção de serviço público. Para o Ministro Marco Aurélio, a melhor noção de serviço público não se vincula à essência do objeto em si, mas decorre de uma necessidade pontual e historicamente determinada de maior intervenção a ser feita pelo Estado em certa esfera da economia. Partindo de premissa diversa, o Ministro Eros Grau, relator para o acórdão, entendeu que, por expressa disposição constitucional, o serviço postal seria necessariamente serviço público.⁴⁶

Segundo Sérgio Antônio Ferreira Victor e Fábio Lima Quintas (2011, p. 102-120), “o Supremo Tribunal Federal não conseguiu indicar parâmetros seguros para a definição constitucionalmente adequada do que seja serviço público”. Ainda, concluíram que:

A configuração do serviço público deve partir da Constituição, mas exige uma compreensão abrangente sobre o sentido dessa atuação: apenas haverá serviço público quando a atribuição da titularidade de certa atividade econômica ao Estado se fizer em vista da necessidade de manutenção da coesão social.

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 46, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Eros Grau, j. 05.08.2009, DJe 26.02.2010.

À luz das definições apresentadas de serviço público desde a doutrina francesa clássica até os autores nacionais contemporâneos, sem esquecer a abordagem dada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 46, observa-se quão árdua é a tarefa de apontar um critério para definir serviço público.

De acordo com Macera (2016. p.337), “quando o ente público atrai para si a titularidade de determinado serviço, ele o faz com base em alguns fatores que justifiquem o interesse público de tal avocação”. Entre eles: necessidade da continuidade do serviço; metas de universalização; necessidades maiores ou menores de estabelecimento de política tarifária; fatores justificantes do estabelecimento de políticas tarifárias; modicidade tarifária; interesses relativos à segurança pública inerentes à prestação, etc. Se cada setor específico possui inúmeras peculiaridades e reclama que seja dada atenção específica a cada um desses elementos, a conclusão que se chega é a de que o estabelecimento de um regime jurídico único dos serviços públicos não é saudável ao próprio desenvolvimento desses.

Nesse sentido, observa-se que a retenção estatal de algumas atividades econômicas, como o serviço postal, e sua caracterização como serviço público, advém da vontade do legislador, ou seja, de um poder político dominante em determinada época. Referido estudo e observação levam-nos a compreender o serviço público em sentido formal, ou seja, com a estipulação de um regime jurídico pelo legislador no interesse do Estado.

2.1 Natureza jurídica dos serviços de loterias

A concepção formal de serviço público e seus pressupostos metodológicos de caráter realista⁴⁷ mostram-se importantes para a análise acerca da natureza jurídica dos serviços de loterias.

⁴⁷ “O Realismo é uma das teorias para explicar a origem do conhecimento. (...) De acordo com a teoria Realista o ato do conhecimento é extremamente complexo, pois germina de impressões que a realidade produz no sujeito. O ato de conhecer passa por duas fases: na primeira, o homem, por meio dos sentidos, capta sensações, que são levadas à inteligência; na segunda, o sujeito trabalha os dados experimentados, sendo capaz de chegar a uma informação aprofundada do objeto.” SCHREIBER, Ana Paula Galinatti. O problema gnosiológico na visão realista de Aristóteles. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11707&revista_caderno=15> Acesso em 08 out 2018.

Chenot, lembrado por Celso Antônio Bandeira de Melo, se vale do Realismo de Aristóteles (uma das correntes da teoria do conhecimento⁴⁸) para apresentar a dicotomia entre os institutos jurídicos e as categorias sociais quando define serviço público em seu conceito formal (MELLO, 2017. p. 41).

Chenot esclarece que a expressão “serviço público” vem se destacando de suas antigas referências – organização administrativa e tarefa de interesse geral. Para ele, o que importa é saber qual regime jurídico aplicável a um conjunto de atos. Logo, “o Direito se destaca do estudo e da natureza das coisas. Ele não mais procura apreender as instituições em sua essência, ele estuda seu comportamento. É por meio dos atos que elas manifestam sua existência social; a única questão importante é a de saber sob qual regime eles são cumpridos. O serviço público imprime seu caráter a um destes regimes” (MELLO, 2017, p. 39-40).

Por meio da verificação do regime jurídico aplicável à loteria em determinado ordenamento jurídico, é possível enquadrá-la ou não na concepção formal de serviço público. Na realização de tal desiderato, será adotado o ordenamento jurídico brasileiro, para o qual já foi analisada a evolução histórica anteriormente.

Inicialmente, compete-nos o exame da norma fundamental: a Constituição, a qual para Kelsen (1986. p. 329-330) constitui o fundamento de validade das outras normas.

A validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi produzida como prescreve a norma superior, pois a norma superior, em relação com a inferior, tem o caráter de Constituição, pois que a natureza da Constituição existe na regulação da produção de normas. (...) Assim, o conceito de Constituição é relativo. Visto a partir da Constituição, tanto uma ordem moral positiva quanto um ordenamento jurídico são um concatenamento de produção, porquanto a norma fundamental só determina por quem as normas de ordem moral ou jurídica devem ser estabelecidas.

⁴⁸ SCHREIBER, Ana Paula Galinatti. O problema gnosiológico na visão realista de Aristóteles. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11707&revista_caderno=15>. Acesso em 08 out 2018.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece competência privativa da União no art. 22 para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2847, interpreta a expressão constitucional “sorteios” da seguinte forma:

essa mesma vontade objetiva da Lei das Leis está em fazer do vocábulo “sorteios” **um gênero de toda e qualquer competição para obtenção de prêmio, seja em dinheiro, seja em bens de outra natureza, com desembolso de recursos por parte do competidor ou, então, pela sua adesão a regras de propaganda comercial, contanto que o resultado pró ou contra dependa do acaso;**⁴⁹

Depois de verificada a norma-base do sistema jurídico brasileiro e a interpretação dada pelo STF, impõe-se a análise da legislação inferior, produzida sob o manto da competência constitucional fixada, ou seja, da União Federal, com exclusão dos demais entes federados.

O Art. 51, §2º, do Decreto nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), define loteria como um bem jurídico, cuja distribuição de prêmio se faz mediante sorteio.

Art. 51. Promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal:

(...)

§2º. Considera-se loteria toda ocupação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2847. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>>. Acesso em 24 OUT 2018.

A loteria é uma espécie de jogo de azar, “cujos ganhos ou perdas dos jogadores, conforme convenicionado, dependem da sorte ou do destino das coisas”⁵⁰; em outras palavras, loteria pode ser definida como um contrato aleatório, cuja distribuição de prêmios depende da sorte, aplicando-se o disposto nos arts. 814 a 817 do Código Civil⁵¹.

A competência da União para legislar sobre sorteios abrange a forma de distribuição de prêmios das loterias e outros contratos aleatórios, onerosos ou gratuitos. Na referida competência está a regulação da distribuição gratuita de prêmios por sorteio (atualmente feita pela Lei nº 5.768/71) e, ainda, a hipótese de legalização do jogo do bicho e dos cassinos, por exemplo.

A respeito da inclusão do vocábulo loteria no conceito de sorteios, o STF já se manifestou em diversas oportunidades, podendo ser citada a ementa da ADI 3895-8/SP⁵²:

EMENTA Lei estadual. Proibição de máquinas caça-níqueis, de videobingos, de videopôquer e assemelhadas. Inconstitucionalidade. Precedentes da Suprema Corte. 1. **Esta Suprema Corte já assentou que a expressão “sistema de sorteios” constante do art. 22, XX, da Constituição Federal alcança os jogos de azar, as loterias** e similares, dando interpretação que veda a edição de legislação estadual sobre a matéria, diante da competência privativa da União. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3895, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-02 PP-00232 RTJ VOL-00207-01 PP-00242)

⁵⁰ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁵¹ BRASIL. Planalto. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 24 OUT 2018.

⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3895. Relator Ministro Menezes Direito. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=544035>>. Acesso em 24 OUT 2018.

Logo, observa-se a inserção do serviço de loterias na competência legislativa privativa da União para dispor sobre sorteios. Todavia, a exploração da loteria foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em 2020, quando a Corte julgou procedentes as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 492 e 493 para declarar que os artigos 1º⁵³ e 32, *caput* e parágrafo 1º do Decreto-Lei 204/1967, que tratam da exclusividade da União para explorar loterias, **não foram recepcionados pela Constituição de 1988, pois colidem frontalmente com o art. 25, § 1º, da CF/88, passando-se a permitir a exploração de loterias estaduais.** (Grifamos)

Do mesmo modo, o art. 2º da Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013, considera os serviços lotéricos como serviço público.

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - permissão lotérica: a outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos feita pelo poder outorgante à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, para comercializar todas as loterias federais e os produtos autorizados, bem como para atuar na prestação de serviços delegados pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes;

II - outorgante de serviços lotéricos: a Caixa Econômica Federal (CEF) na forma da lei.

Depreende-se que o legislador brasileiro definiu no Direito Positivo loteria como serviço público. A inscrição de modo expreso no ordenamento jurídico desta definição se reporta à concepção formal, defendida por Gaston Jéze. Logo, não se exige na ordem constitucional vigente a presença do elemento objetivo.

De acordo com a evolução histórica inicialmente traçada, pode-se inferir que o legislador optou por adotar para as loteri-

⁵³ Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, **constitui serviço público exclusivo da União** não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei.

as a definição formal de serviço público no intuito de regular e auferir os recursos de sua exploração, como pode ser ilustrado pelas considerações iniciais do Decreto nº 50.954, de 14 de julho de 1961. A vontade política do Poder Legislativo retirou essa forma de exploração comercial da categoria ampla de atividade econômica, proibindo sua exploração pelos particulares, sob pena de configurar ato ilícito e inserindo-a na subcategoria de serviços públicos.

Ao assim proceder, o Estado interveio na economia para assegurar uma fonte de receita pública, isto é, no direito brasileiro, a destinação dos recursos de loterias deve almejar uma agenda de interesse público, como previsto no art. 195, III, da Constituição.⁵⁴

Em suma, nem todos os aspectos que compõem a noção de serviço público, quais sejam, o elemento objetivo, o elemento subjetivo e o elemento formal, integram a natureza jurídica das loterias, como afirmado por Caio Tácito⁵⁵. Entretanto, dada a relevância da referida atividade econômica para o Estado, constata-se a presença dos elementos subjetivo e formal.

⁵⁴ Neste último, é possível identificar previsão para a aplicação dos recursos de concurso de prognósticos para o financiamento da seguridade social. Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
(...)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

A definição de concurso de prognósticos abrange o vocábulo loterias, como previsto na redação do art. 26, §1º, da Lei nº 8.212/91, mencionado no acórdão de julgamento da ADI 2995.

Art. 26. Constitui receita da Seguridade Social a renda líquida dos concursos de prognósticos, excetuando-se os valores destinados ao Programa de Crédito Educativo.

§ 1º Consideram-se concursos de prognósticos todos e quaisquer concursos de sorteios de números, loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípias, nos âmbitos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal.

Assim, existe previsão constitucional de destinação dos recursos advindos das loterias para a seguridade social, que visa assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social, o que reforça a previsão constante do art. 1º do DL nº 204/67 de modo a se reportar a uma agenda do Estado preocupada com o interesse público.

⁵⁵ Para Caio Tácito, “é certo que a loteria instituída pela União ou pelo estado não tem a natureza ontológica ou essencial de um serviço público próprio, como prerrogativa inerente à atividade do estado”. Contudo, se refere a uma forma de receita pública em sentido lato.

Uma vez traçados os contornos normativos no âmbito constitucional e infraconstitucional para as loterias, bem como a interpretação dada ao vocábulo pelo Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que a retenção deste serviço público⁵⁶ pelo Estado e a lógica da concorrência pública⁵⁷ para sua exploração remetem-nos ao regime jurídico do art. 175 da Constituição Federal, como será analisado a seguir.

3 Regime jurídico para exploração das loterias

A exploração das loterias em seu início no Brasil não possuía retenção estatal, de modo que não havia regulação de serviço público, era uma atividade econômica facultada ao particular, com alguns limites de exploração⁵⁸, e cuja parcela de receita era destinada ao erário público. Com a percepção pelo Estado do potencial para auferir recursos a serem revertidos para a sociedade, as loterias foram alçadas ao *status* de serviço público em 1922.⁵⁹

Nesse contexto, a titularidade da exploração das loterias pelo Estado possui o propósito de impedir que terceiros se oponham à prestação do serviço e assegurar o direito dos administrados de receber os recursos auferidos em serviços públicos. Uma vez atraídas as loterias para o Estado, essa atividade somente poderia ser realizada de modo direto.

Entretanto, a previsão constitucional constante do art. 175 dispõe que a prestação de serviços públicos pode ser direta ou sob regime de concessão ou permissão, através de licitação, de modo que à luz do texto constitucional vigente, ou seja, há possibilidade de exploração indireta.

⁵⁶ Acepção formal de Gaston Jéze e Celso Antônio Bandeira de Mello.

⁵⁷ O princípio da concorrência pública para as loterias existe desde o Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932.

⁵⁸ Para disciplinar a forma de exploração, foram editados o Decreto 57, de 28 de novembro de 1840, o qual visou disciplinar as vendas de bilhetes e a extração de loterias e, após a antecipação da maioria de Dom Pedro II, o Decreto nº 92, de 11 de agosto de 1841, que trouxe normas para aumentar o controle do governo sobre a atividade. Todavia, somente com o Decreto nº 357, de 27 de abril de 1844, houve a regulamentação da extração de loterias em todo o território nacional e a proibição da venda da loteria estrangeira, sendo este o primeiro ato legal de caráter abrangente que conseguiu ordenar as concessões de modo eficaz.

⁵⁹ Com o Decreto nº 15.775, de 06 de novembro de 1922. No Brasil, já houve a exploração privada de loterias de modo desordenado até 1831, quando a Regência do padre Diogo Antônio Feijó proibiu as concessões e as extrações de loterias com a Lei de 06 de junho de 1831.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Nesse sentido, antes do advento da Lei nº 12.869/2013, que dispõe acerca das permissões lotéricas, havia apenas a Lei nº 8.987/97, para tratar da permissão de serviço público. Em seu art. 2º, inciso IV, consta a seguinte definição:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Em 2013, com a Lei nº 12.869/2013, houve reforço legal sobre a possibilidade da exploração de loterias de modo indireto pelo Estado. No art. 2º, inciso I, consta a definição de permissão lotérica:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - permissão lotérica: a **outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos** feita pelo poder outorgante à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, para comercializar todas as loterias federais e os produtos autorizados, bem como para atuar na prestação de serviços delegados pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes; (Grifamos)

O conceito jurídico de permissão lotérica é praticamente idêntico ao conceito de permissão de serviço público trazido pela Lei nº 8.987/95, em seu art. 2º, inciso IV.

Observa-se que o legislador trata da possibilidade de permissão, e não de concessão, do serviço público de loterias. Permissão diferencia-se da concessão, enquanto esta se constitui por meio de um contrato, para aquela basta um ato unilateral do Estado. Veja-se o entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2014. p. 306) sobre concessão e permissão:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Permissão, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público. (GRAU, 2010. p. 240)

Como exposto anteriormente, seja por meio de permissão ou de concessão, os serviços públicos constituem forma de intervenção estatal na economia, sendo que no gênero atividade econômica, além da atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos, há também as atividades econômicas ilícitas, como a exploração das loterias pelos particulares à revelia do Estado.

Tome-se, porém, o caso da exploração de loterias, *atividade ilícita* cuja prática é excepcionalmente admitida, nos termos da lei (Decreto-lei n. 204, de 1967, e Lei n. 6.717, de 1979), para ser empreendida pelo Estado - hipótese na qual migra do campo da ilicitude para o universo dos *serviços públicos*. A lei, ao definir a exploração das loterias como serviço público, atendeu a *forte e justificável razão de interesse social*. Essa exploração atende, precipuamente, ao *interesse social*, na medida em que parte considerável do

produto de sua exploração assume o caráter de receita pública: v.g., a ;“renda líquida obtida com a exploração dos serviços de loteria” é, ex vi do disposto no art. 1º do Decreto-lei n. 204, de 1967, “obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, em empreendimentos de interesse público”; sobre a receita de concursos de prognósticos incidem contribuições sociais (art. 195, III, da Constituição). A norma infraconstitucional que retirou a atividade de exploração de loterias do limbo da ilicitude reservou seu desenvolvimento ao Estado, definindo-a expressamente como *serviço público*. Poderia tê-la remetido, no universo das *atividades econômicas em sentido amplo*, ao quadro das *atividades econômicas em sentido estrito*. Não o fez, todavia, na medida em que o legislador, interpretando a Constituição, nela encontrou – porque essa exploração instrumenta a realização do *interesse social* – parâmetros que a inserem na área dos serviços públicos. (GRAU, 2010. p. 102-103)

Dessa forma, por vontade do legislador⁶⁰, observa-se que as loterias saem do campo da atividade econômica proibida aos particulares, para se conformarem em serviço público a ser delegado pelo Estado sob o regime de permissão.⁶¹ Para Caio Tácito, “é certo que a loteria instituída pela União ou pelo estado não tem a natureza ontológica ou essencial de um serviço público próprio, como prerrogativa inerente à atividade do estado”. No entanto, se refere a uma forma de receita pública em sentido lato.⁶² Quando assim o autor afirma, está a se reportar a ausência do elemento objetivo do conceito de serviço público, tratado por Jèze (1924. p. 288), para quem o serviço público é uma criação artificial do legislador, único que pode instituí-lo e dar discricionariamente este caráter a uma atividade qualquer, a qual depende da época, do ambiente, das condições econômicas, sociais e políticas.

⁶⁰ Decreto-Lei nº 204, de 1967 e Lei nº 6.717, de 1979.

⁶¹ Lei nº 12.869/2013.

⁶² TÁCITO, Caio. Loteria estadual - Monopólio da União - Contravenção. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 162, p. 293-299, jan. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44800/43498>>. Acesso em: 07 Jan. 2019.

Dessa forma, eventual alteração do marco legal poderia redefinir a natureza jurídica de serviço público das loterias, considerando a ausência do elemento objetivo do conceito clássico de serviço público a depender do contexto econômico, social e político.

Nesse sentido, cumpre citar a existência de proposta legislativa PL 442/1991 da Câmara dos Deputados, que já possui dois substitutivos. O substitutivo mais recente, proposto pelo deputado Guilherme Mussi, pretende trazer um marco regulatório das loterias com a revogação dos dispositivos da Lei de Contravenções Penais, a qual trata as loterias como uma atividade ilícita, legaliza exploração do jogo do bicho, cassinos, bingos, entre outros jogos de fortuna⁶³, trata da criação de agência reguladora, bem como reforça a qualidade de serviço público para as loterias federais e estaduais.⁶⁴

A análise dos fatores que determinam a adoção das loterias como meios complementares de financiamentos dos gastos públicos tem sido objeto de estudos dos economistas. Das pesquisas verificadas, mostra-se relevante citar o modelo proposto por Filer, Moak e Uze, cuja principal conclusão foi a influência de altas taxas de impostos, alta taxa de porcentagem de famílias vivendo abaixo da linha de pobreza e alta porcentagem da população em grandes áreas metropolitanas no aumento da probabilidade de adoção das loterias como fonte de financiamento estatal (AMARAL, 2005, p. 17).

O conceito clássico de serviço público proposto por Jèze dispõe que a vontade do legislador, dada a época, é fator determinante para a conceituação jurídica de uma atividade como serviço público. Nessa linha, a área da economia pode

⁶³ Art. 4º Para os efeitos desta Lei, entende-se como:

I - jogos de fortuna: jogos em que o ganho e a perda dependam exclusiva ou principalmente de evento futuro aleatório;
BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 442/1991. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1487710&filename=SBT+5+PL044291+%3D%3E+PL+442/1991> . Acesso em: 21 JAN 2019. Texto Substitutivo.

⁶⁴ Art. 55. O Serviço Público de Loteria Federal será controlado pelo Ministério da Fazenda, em âmbito federal e o Serviço Público de Loteria Estadual, pelos respectivos órgãos responsáveis nos Estados e Distrito Federal, nos termos das respectivas legislações estaduais e distrital.
BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 442/1991. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1487710&filename=SBT+5+PL044291+%3D%3E+PL+442/1991> . Acesso em: 21 JAN 2019. Texto Substitutivo.

apontar os fatores eleitos pelo Poder Legislativo quando caracteriza as loterias como serviço público e direciona os recursos para o financiamento estatal.

Há doutrina no sentido de compreender as loterias como um veículo de tributação, mas sem o caráter geral e impositivo, portanto, indolor, uma vez que é pago voluntariamente pelo cidadão.⁶⁵

Por ora, enquanto houver pressão fiscal ou elevada carga tributária, as loterias se manterão como serviço público por vontade do legislador (AMARAL, 2005. p. 16).

Assim, nosso posicionamento é no sentido de compreender as loterias como serviço público em sentido formal, sendo elas espécie de atividade econômica *lato sensu* do Estado. As loterias possuem um viés econômico e relevância jurídica para que sejam mais uma fonte de receita pública estatal, cujo regime jurídico aplicável é o de Direito Público do art. 175 da Constituição Federal, o que atrai maior controle quanto à forma de concessão e exploração, dada a necessária observância do princípio da legalidade. Entretanto, referida natureza não se mostra perene e poderia ser alterada, dado o momento econômico, social e político.

Conclusão

Neste artigo, buscou-se responder à pergunta: loteria é serviço público? Por meio de uma contextualização histórica do instituto das loterias no Brasil, identificou-se que o legislador fez a escolha de definir loterias como serviço público, a fim de direcionar para o Estado os recursos gerados.

Conforme nosso posicionamento, as loterias brasileiras erigiram-se sob a definição formal de serviço público, defendida por Gaston Jèze. Como demonstrado, perquirir-se sobre os demais elementos do conceito clássico da doutrina do serviço público (*atividade material que o Estado assume como pertinente*

⁶⁵ Thomas Jefferson hardly ranks as a lottery supporter; nevertheless, he may have perceived them as potentially a very potent tax-substitute. It is certainly irrefutable that payments—for the purchase of lottery tickets—are made voluntarily by those who choose to play lotteries.

LEACOCK, Stephen J., Lotteries and Public Policy in United States and Commonwealth Caribbean Law: Scrutinizing the Success of Lotteries as a Voluntary and “Painless” Tax, 45 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 91 (2013) Disponível em <<http://repository.law.miami.edu/umialr/vol45/iss1/7>> Acesso em 22 JAN 2019.

a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados), tratados como metajurídicos, significa se afastar do estudo ao qual o operador do Direito deve se ater, que é a análise do regime jurídico.

Por meio da aferição do conjunto de normas aplicáveis às loterias, bem como da interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 3895-8/SP, verificou-se que o vocábulo loteria está contido no conceito de sorteios, cuja competência para legislar é privativa da União Federal.

Por fim, identificou-se que o regime jurídico aplicável às loterias se reporta ao art. 175 da Constituição Federal, dada a titularidade do Estado e a necessidade de licitação para a permissão aos particulares, o que nos faz concluir que é de Direito Público e atrai para si maior controle, devido à observância do princípio da legalidade em sua acepção positiva. Referida regra encontra seu fundamento na autorização constitucional para exploração pelo Estado de atividades econômicas constante do art. 173, da CF/88. Assim, pode-se afirmar que as loterias são uma forma de intervenção do Estado na economia, constituindo importante fonte de receita pública, a qual reverte em prol da sociedade.

Segundo aponta Jêze, dadas as condições econômicas, sociais e políticas, o conceito de serviço público pode ser alterado por vontade do legislador. Nesse sentido, verificou-se que os estudos da Economia podem auxiliar na identificação das razões eleitas pelo Poder Legislativo para definir uma atividade como serviço público, como a pressão fiscal ou elevada carga tributária.

Assim sendo, pode-se concluir que eventual alteração da natureza jurídica do instituto das loterias por vontade do Poder Legislativo poderia alterar significativamente o regime jurídico, passando do campo de aplicação do Direito Público, previsto no art. 175 da Constituição, para o Direito Privado.

Referências

- ANDRADE, Milso Nunes Veloso de. **Exploração de Loterias e Autorização de Sorteios pela Caixa Econômica Federal**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1518/exploracao_loterias_andrade.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 JAN 2019.

AMARAL, José Ronaldo do. **As Loterias Federais Brasileiras: um Estudo da Arrecadação e de sua Previsão**. Dissertação (Mestrado). UNB, Brasília, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Loteria - Competência estadual - Bingo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 262-277, abr. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47546/45195>>. Acesso em: 07 Jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47546>.

BERTOLETTI, Luiz Vinicius Guimarães. **História da loteria**. Rio de Janeiro: Caixa Econômica Federal, 1980.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 442/1991**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1487710&filename=SBT+5+PL044291+%3D%3E+PL+442/1991>. Acesso em: 21 JAN 2019. Texto Substitutivo.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 30 OUT 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.155, de 04 de agosto de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13155.htm>. Acesso em 02 OUT 2018.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12869.htm>. Acesso em 09 OUT 2018.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7291.htm>. Acesso em 28 SET 2018.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5768.htm>. Acesso em 28 SET 2018.

BRASIL. Planalto. **Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0759.htm>. Acesso em 28 SET 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-204-27-fevereiro-1967-373407-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 50.954, de 14 de Julho de 1961**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/>

fed/decret/1960-1969/decreto-50954-14-julho-1961-390555-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 28 SET 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 21.143, de 10 de Março de 1932**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21143-10-marco-1932-514738-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 SET 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 15.775, de 06 de novembro de 1922**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15775-6-novembro-1922-512460-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 3.638 de 09 de abril de 1900**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-3638-9-abril-1900-514347-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 640 de 14 de novembro de 1899**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-640-14-novembro-1899-540785-publicacaooriginal-41910-pl.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 428 de 10 de dezembro de 1896**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-428-10-dezembro-1896-540244-publicacaooriginal-40210-pl.html>>. Acesso em 27 SET 2018.

1896-540244-publicacaooriginal-40210-pl.html>. Acesso em 27 SET 2018.

Caixa Econômica Federal. **Nossas Loterias**. Rio de Janeiro: Caixa Economica Federal, 1980.

CANTON, Ana Maria. **A rede lotérica no Brasil**. Brasília: Ipea, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Conceito moderno do serviço público**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 190-236, dec. 1965. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66490/69100>>. Acesso em: 23 mai 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Sistemas de Consórcios e Sorteios. Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. v. III, arts. 18 a 22.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Tome Deuxième. Troisième Édition., Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Éditeurs 1928.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 78, jan./dez. 1983.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Evolução da teoria do serviço público**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>>. Acesso em 22 JAN 2019.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**. L. Larose et Forcel : Paris, 1893.

JANTALIA BARBOSA, Fabiano. **Marcos regulatório das Loterias no Brasil: reflexões sobre o presente e contribuições para o futuro**. Disponível em <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/pesquisas-e-premios/premio-seae/copy_of_premio-seae-de-loterias-2017/t1-1-l-fabiano-026.pdf>. Acesso em 10 OUT 2018.

JANTALIA BARBOSA, Fabiano. **Loterias federais: regime jurídico, arrecadação e repartição de receitas**. Brasília: Biblioteca Digi-

tal da Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/32701>> Acesso em 21 JAN 2019.

JÈZE, Gaston. **Cours de droit public**, Paris: Marcel Giard Libraire-Éditeur, 1924.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)**, Tradução e revisão de José Florentino Duarte, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, RS. 1986.

LAUBADÉRE, André de. **Traité de Droit Administratif**. 3 ed. v. I. Paris LGDJ, 1963.

LEACOCK, Stephen J., **Lotteries and Public Policy in United States and Commonwealth Caribbean Law: Scrutinizing the Success of Lotteries as a Voluntary and "Painless" Tax**, 45 U. Miami Inter-Am. Law Review 91 (2013) Disponível em <<http://repository.law.miami.edu/umialr/vol45/iss1/7>> Acesso em 22 JAN 2019.

MACERA, P. Serviço público no século XXI: conceito e finalidades. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 2, 28 jul. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário**, in WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa, *Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 332 e ss.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**, 189, p.100-113, jul./set. 1992. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45285/47720>> . Acesso em 03 OUT 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.,

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais. A & C: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, abr. 2003. ISSN 1516-3210. Disponível em: < <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/707>>. Acesso em: 3 jan 2019.

OLIVEIRA, Fernão Justen de; FEIJÓ, Ricardo de Paula. **A legalização dos cassinos e bingos no Brasil: os Prjetos de Lei para criação dos marcos**

regulatórios dos jogos de azar. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 122, abril de 2017. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE122/IE122-Fernao_e_Feijo-LeisGambling.pdf> Acesso em 21 JAN 2019.

OXFORD Dictionary. **Sweepstake**. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/sweepstake>>. Acesso em 28 SET 2018.

RIBEIRO, Paulo Cesar. **A história das loterias no Brasil**. São Paulo: Caixa Economica Federal, 2002.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 2 ed. Paris, Dalloz, 1962.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-03092012-110406. Acesso em: 2018-05-23.

SCHREIBER, Ana Paula Galinatti. **O problema gnosiológico na visão realista de Aristóteles**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11707&revista_caderno=15>. Acesso em 08 out 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADPF 46**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac.

Min. Eros Grau, j. 05.08.2009, DJe 26.02.2010.

TÁCITO, Caio. A Configuração Jurídica do Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**. v. 233, julho/setembro de 2003, Rio de Janeiro: Renovar.

TÁCITO, Caio. Loteria estadual - Monopólio da União - Contravenção. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 162, p. 293-299, jan. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44800/43498>>. Acesso em: 07 Jan. 2019.

TÁCITO, Caio. Loteria Federal - Lei federal - Emissão de bilhetes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, p. 359-367, fev. 1987. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45564/43968>>. Acesso em: 21 Jan. 2019.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. QUINTAS, Fábio Lima. **A noção de serviço público: do Arrêt Blanco à ADPF 46**. Direito Público. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2011 v. 12, n. 66.

WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais**. São Paulo: Pezco Editora, 2012.

WORLD LOTTERY ASSOCIATION (WLA). **Magazine nº 49. Security Control Standard Responsible Gaming Framework. Summer 2018**. Disponível em: <https://www.world-lotteries.org/images/publications/wla-magazine/pdf/wla_mag_49.pdf>. Acesso em 21 JAN 2019.

A representação política extraparlamentar como manifestação política das organizações da sociedade civil

Luciana Buksztejn Gomes

*Advogada no Rio Grande do Sul
Doutora em Comunicação Social pelo PPGCOM/IPUCRS
e Mestre em Comunicação pela mesma Universidade
Assessora de Representação Institucional da
Rede Marista*

RESUMO

O presente artigo discorre acerca do fenômeno da representação, ancorando-se em autores como Urbinati (2006), Pitkin (2006), Avritzer (2007) e Burke (2012). A partir disso, buscamos investigar sobre a representação política extraparlamentar (ALMEIDA, 2013; LÜCHMANN, 2011; YOUNG, 2006; LAVALLE, HOUTZAGER E CASTELLO, 2006), considerando que a literatura vem apontando que o conceito de representação extrapolou os estudos sobre partidos, parlamentos e eleições, havendo um deslocamento da representação para o campo da sociedade civil, surgindo distintas formas de representação na política contemporânea. Partimos do pressuposto de que democracia e representação são conceitos relacionados e que a pluralização de atores e de espaços surge como possibilidade de exercício do poder, que pode ser praticado diretamente pelos cidadãos. Sustentamos a importância da representação política extraparlamentar nos assuntos de interesse público, evidenciando o protagonismo da sociedade civil.

Palavras-chave: Representação institucional. Organizações da sociedade civil. Comunicação. Representação política extraparlamentar.

ABSTRACT

This article discusses the phenomenon of representation, based on authors such as Urbinati (2006), Pitkin (2006), Avritzer (2007) and Burke (2012). From this, we seek to investigate extra-parliamentary political representation

(ALMEIDA, 2013; LÜCHMANN, 2011; YOUNG, 2006; LAVALLE, HOUTZAGER AND CASTELLO, 2006), considering the literature has been pointing out that the concept of representation has extrapolated studies on parties, parliaments and elections, with a shift in representation to the field of civil society, emerging different forms of representation in contemporary politics. We start from the assumption that democracy and representation are related concepts and that the pluralization of actors and spaces emerges as a possibility of exercising power, which can be practiced directly by citizens. We support the importance of extra-parliamentary political representation in matters of public interest, highlighting the role of civil society.

Keywords: Institutional representation. Civil society organizations. Communication. Extra-parliamentary political representation

Introdução

Democracia e representação são conceitos relacionados. Já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 fica claro que estamos em um Estado Democrático e que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1, CF/88).

A pluralização de atores e de espaços surge como possibilidade de exercício desse poder, o qual é praticado diretamente pelos cidadãos. Nesse contexto é que as Organizações da Sociedade Civil (OSCs) assumem um protagonismo e contribuem na/para defesa e promoção de assuntos de interesse público. De acordo com o Mapa das Organizações da Sociedade Civil, realizado pelo Ipea (2018), foram identificadas 820.186 OSCs no Brasil, quando a população total considerada era de 206.081.432 pessoas. Do total de OSCs, 59.918 situavam-se no Rio Grande do Sul, e o Estado apresentava densidade 64% acima da média nacional (LOPEZ, 2018). Assim, “[...] sociedade civil organizada e OSCs confundem-se para designar o multifacetado universo das organizações constituídas livremente por cidadãos”, (OLIVEIRA, HADDAD, 2001, p. 62) que passam a atuar diante da carência de produtos e serviços que deveriam ser oferecidos pelo Estado, e que o mercado não tem interesse de atender.

Essas organizações, embora com naturezas e características diferentes, muitas vezes pautam e advogam temas de interesse público, influenciando na tomada de decisões do Poder Público. Isso pode se dar de formas variadas, seja pelo agendamento

junto à mídia, seja na participação em audiências públicas, na construção ou promoção de políticas públicas, na promoção de discussão de temas de interesse coletivo, na mobilização de uma comunidade, participação em conselhos de direitos, através de um posicionamento dissidente¹, etc.

Em 2007, Avritzer apontava que era possível perceber a ampliação da presença da sociedade civil nas políticas públicas e o crescimento de instituições participativas, o que revelava uma mudança na forma de participação política no Brasil. Nesse sentido, a literatura tem apontado que o conceito de representação extrapolou os estudos sobre partidos, parlamentos e eleições, havendo um deslocamento da representação para o campo da sociedade civil (ALMEIDA, 2013). Passam a surgir tipos de representação alternativos ao modelo eleitoral, como é o caso da representação conselhistas, que é uma prática que faz parte “[...] de um conjunto mais amplo de ações e estratégias políticas das associações e movimentos sociais” (LÜCHMANN, 2011, p. 146). Com essa premissa, Lüchmann (2011) sustenta que a representação institucional passou a ser um novo repertório de ação política das associações². Conforme a pesquisadora, “A representação institucional tornou-se mais uma modalidade de atuação política que foi incorporada, ou rotinizada, por um expressivo conjunto de associações e movimentos sociais” (LÜCHMANN, 2011, p. 147).

1 Representação política extraparlamentar

Young (2006) sustentava que uma democracia forte devia conter em seu repertório procedimental institutos de democracia direta, como, por exemplo, o plebiscito, mas que uma sociedade seria mais democrática quanto mais tivesse fóruns patrocinados pelo Estado e fomentados pela sociedade civil. Nesse contexto, a representação torna-se necessária, uma vez que “a vida

¹ Tanto os cidadãos, como movimentos e organizações, têm o direito de divergir e dissentir. Nesse sentido, Wainberg (2017b) recorda a célebre obra do ex-governador norte-americano William J. Fulbright: “Em seu consagrado texto sobre a *arrogância do poder*, ele alertou o público sobre o direito de o cidadão divergir e dissentir. Em sua opinião, a perseguição aos dissidentes é uma medida do ocaso de uma nação” (WAINBERG, 2017b, p. 164).

² Segundo a autora, “De maneira geral, associações são grupos e organizações mais ou menos estruturadas ou hierarquizadas” (LÜCHMANN, 2011, p. 141).

social moderna vincula a ação de pessoas e instituições num determinado local a processos que se dão em muitos outros locais e instituições. Nenhuma pessoa pode estar presente em todos os organismos deliberativos cujas decisões afetam sua vida [...]” (YOUNG, 2006, p. 144).

Em publicação de 2007, Lüchmann salientava que as experiências participativas no Brasil vinham estimulando a incorporação de novos modelos teóricos de democracia. De acordo com a pesquisadora, a democracia participativa é a que fundamenta que o poder deve se organizar por instituições que mediam as relações entre os interesses individuais e coletivos, sendo a participação restrita ao momento da escolha do representante, pelo processo eleitoral. Diferentemente, a democracia deliberativa compreende essas outras experiências participativas, inaugurando novas relações de representação política. Segundo Lüchmann (2007, p. 145),

Como resultante deste processo, o caráter público da sociedade civil amplia-se, na medida em que, para além dos debates, articulações, encontros que visam a discutir, problematizar questões e demandar soluções para os problemas que estão ausentes ou que recebem tratamento precário na agenda pública, produzindo e ampliando, portanto, os espaços públicos, signiúcativos setores da sociedade civil passam também a demandar e/ou investir na implementação de espaços públicos institucionais, a exemplo dos Conselhos Gestores de Políticas Públicas e de experiências de Orçamento Participativo.

Com isso, a pesquisadora considerou que a sociedade civil vinha em uma crescente de articulação, passando a constituir-se em um núcleo central do conceito de democracia deliberativa. Vale destacar que a Constituição Federal de 1988 apresentou maior legitimidade popular, o que pode ser percebido já no art. 1º, o qual evidencia o Estado Democrático de Direito, e, no parágrafo único, estabelece que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Referido artigo distingue a titularidade do exercício do poder, sendo a primeira do povo, que elege representantes. No entanto, “Além de desempenhar o poder de maneira indireta (democracia representativa), por intermédio de seus represen-

tantes, o povo também o realiza diretamente (democracia direta), concretizando a soberania popular". De acordo com o art. 1º da Lei 9.709, de 18.11.1998, a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto, através de plebiscito, referendo ou, ainda, por iniciativa popular. Diante disso, "Podemos falar, então, que a CF/88 consagra a ideia de democracia semidireta ou participativa, verdadeiro sistema híbrido" (LENZA, 2009, p. 61).

Lenza (2009) explicava que seria possível classificar os regimes democráticos em três modalidades: democracia direta, em que o povo exerce por si o poder, sem intermediários; democracia representativa, "na qual o povo, soberano, elege representantes, outorgando-lhes poderes, para quem, em nome do povo, governem o país" (LENZA, 2009, p. 869), e democracia semidireta ou participativa, compreendido como um sistema híbrido, na medida em que é uma democracia representativa, com atributos da democracia direta.

Resgatando Cohen e Rogers (1995), Lüchmann (2011) esclareceu que, ao contrário de ameaças à democracia, as relações entre as associações e o Estado conúguravam um processo positivo, fortalecendo a ordem democrática. Segundo ela, os autores apontavam pelo menos quatro funções que justificavam a importância da democracia associativa. As associações teriam maior proximidade com os problemas e maior conhecimento da realidade na qual inseridas; proporcionariam oportunidades de explicitação de vozes e demandas aos indivíduos e setores com menos recursos e poder; poderiam funcionar como escolas de democracia, desenvolvendo competências políticas, autoconfiança e virtudes cívicas; e, ainda, como uma possibilidade de governança alternativa. "Aqui, para além de representarem interesses, as associações³ atuariam com funções 'quase públicas' na suplementação de fornecimento de serviços públicos, promovendo, por meio da coopera-

³ Vale observarmos a distinção mencionada por Lüchmann (2011) acerca das associações e dos movimentos sociais. Assim, "De maneira geral, associações são grupos e organizações mais ou menos estruturadas ou hierarquizadas. Assim, além daquelas com autonomia organizacional, voluntárias e com relações internas mais igualitárias e menos hierárquicas, há também todo um conjunto de associações mais estruturadas, como sindicatos e associações profissionais. Embora também sejam, ou possam ser, associações, os movimentos sociais têm sido conceituados como articulação ou redes estabelecidas por grupos, coletivos e indivíduos que compartilham identidades e lutam por alguma causa. De acordo com Diani (1992, p.1), 'movimentos sociais são deunidos como redes de interações

ção e da conuância, melhor *performance* econômica e aumento da eüciência estatal” (LÜCHMANN, 2011, p. 161/162).

Avritzer (2007) sinalizava que a participação política no Brasil vinha sendo marcada pela ampliação da presença da sociedade civil nas políticas públicas e pelo crescimento das instituições participativas. Isso gerava outras situações no que dizia respeito a novas formas de representação ligadas à participação da sociedade civil, que se diferenciava da tradicional participação no Parlamento. No entanto, é preciso considerar que, em 2007, o cenário político era diferente do atual. Concordamos que, ao longo do tempo, houve um crescimento nas instituições participativas, mas o que temos observado é que essa situação foi sofrendo mudanças no decorrer do tempo, de modo que o cenário de 2007 é diferente dos dias atuais.

O pesquisador explicava que as instituições participativas são “[...] formas diferenciadas de incorporação de cidadãos e associações da sociedade civil na deliberação sobre políticas” (AVRITZER, 2008, p. 45). O autor diferenciou três formas pelas quais os cidadãos ou as associações da sociedade civil poderiam participar do processo de tomada de decisão política. A primeira delas era a que denominou de desenho participativo de baixo para cima, sendo o orçamento participativo um exemplo. A segunda se daria pelo processo de partilha do poder, “[...] isto é, através da constituição de uma instituição na qual atores estatais e atores da sociedade civil participam simultaneamente” (AVRITZER, 2008, p. 46). Já na terceira forma, “[...] se estabelece um processo em que os atores da sociedade civil não participam do processo decisório, mas são chamados a referendá-lo publicamente” (AVRITZER, 2008, p. 46).

Observamos que as instituições participativas passam a ser uma alternativa aos cidadãos que buscam deliberar sobre políticas públicas. Isso porque as eleições se tornaram instrumentos insuficientes de expressão da soberania popular, como explicou Loureiro (2009). Lavalley, Houtzager e Castello (2006, p. 49) também afirmavam que as inovações institucionais levaram “[...] a representação política a transbordar as eleições e o legislativo como lócus da representação, enveredando para o controle social e para a representação grupal nas funções executivas do governo”.

informais entre uma pluralidade de indivíduos, grupos e / ou organizações, engajados em conüitos políticos ou culturais e com base em identidades coletivas compartilhadas.” (LÜCHMANN, 2011, p. 141).

Segundo Lavallo, Houtzager e Castello (2006), o Brasil passou a incorporar novas experiências participativas na definição de prioridades ou no desenho de políticas públicas, as quais foram, inicialmente, enquadradas na Constituição Federal de 1988 – especialmente nos conselhos gestores e no orçamento participativo. Os autores sustentaram que havia dois fenômenos no processo de transformação da representação. O primeiro, relacionado à emergência de novas instâncias de mediação entre representantes e representados, o que envolvia a mídia e outros atores intermediários, para além dos partidos de massas e suas grandes centrais sindicais⁴. O segundo, relacionado à multiplicação de instâncias de participação cidadã e de representação coletiva. O argumento era que esses novos processos de experimentação institucional acarretavam a “[...] pluralização dos atores com investidura própria ao desempenho de funções de representação política” (LAVALLE, HOUTZAGER E CASTELLO, 2006, p. 84). Nesse sentido, “a representação exercida por atores da sociedade civil é coletiva e ocorre através de um conglomerado heterogêneo de organizações civis que atuam em nome de subpúblicos e/ou minicomunidades, diferindo da representação de interesses pessoais ou de indivíduos [...]” (LAVALLE, HOUTZAGER E CASTELLO, 2006, p. 85). Os autores observaram, ainda em 2006, que houve uma multiplicação de iniciativas e legislações para regular as atividades de entidades privadas sem fins lucrativos ocorridas no Hemisfério Sul.

Desse modo, o conceito de representação extrapolou os estudos sobre partidos, parlamentos e eleições, ao focar em diferentes perspectivas para tratar das transformações da representação tanto com relação às instituições tradicionais quanto às novas instituições e práticas de representação (ALMEIDA, 2013). Podemos afirmar, assim, que houve um deslocamento da representação para o campo da sociedade civil: “A sociedade civil [...] luta para redefinir o próprio sentido de representação política e de democracia, colocando em disputa as fronteiras do que deve ser definido como arena política: seus participantes, instituições, processos, agendas e campos de ações” (ALMEIDA, 2013, p. 49).

Lavallo, Houtzager e Castello (2006) também argumentavam que existia uma transformação no sentido da pluralização

⁴ Vale destacar que “[...] os sindicatos são o exemplo mais notável de representação de grupo ao longo do século XX, mas pouco ou nada coincidem com o fenômeno de diversificação do lócus e pluralização dos atores da representação política acontecido nos últimos anos” (LAVALLE, HOUTZAGER E CASTELLO, 2006, p. 86).

dos atores com investidura para realizar a representação política, além de uma diversiificação dos lugares em que era exercida. Conforme os pesquisadores, a representação teve origem no direito privado, o que se manteve durante o medievo, quando “os representantes junto ao poder régio eram mandatários, embaixadores ou agentes autorizados de interesses privados, agindo em nome dos seus contratantes para interceder com instruções especíûcas perante o Rei” (LAVALLE, HOUTZAGER, CASTELLO, 2006, p. 53).

Os autores ressaltaram que os formatos de representação seguiram no direito civil moderno, como no caso das procurações e em matéria de sucessões. Argumentaram que a representação privada seria autêntica pela existência de um mandato imperativo, que teria por consequência a responsabilização plena do representante que pode ser acionado em caso de quebra do mandato. Situação diferente da que acontece com a representação política. Se no direito privado temos o mandato imperativo, na representação política teríamos um mandato delegativo ou representativo, no qual o representante priorizaria o todo sobre as partes, ou o interesse da nação sobre o interesse particular dos eleitores⁵.

Propondo um conceito mais amplo de representação, Avritzer, já em 2007, considerava tanto a dimensão eleitoral como a não eleitoral. Para ele, era preciso notar que existiam diferentes tipos de autorização relacionados a três papéis políticos diferentes: o de agente, o de advogado e o de partícipe.

O advogado geralmente é escolhido por uma pessoa, ou um grupo de pessoas, para agir nos termos do mandato outorgado. Contudo, o pesquisador alertava que, nas últimas décadas, emergiu o conceito de advocacia de causas públicas ou privadas, que dispensa o mandato – como no caso de organizações não governamentais que trabalham em causas fora dos seus estados nacionais e defendem atores que não as indicaram para tal função, como a Anistia Internacional, ou ainda organizações de direitos das mulheres. Nesses casos, não seria a autorização, mas a afinidade ou a identificação de um conjunto de indivíduos com a situação vivida por outros indivíduos que legitimaria a advocacia. “Nesse sentido, o elemento central da advocacia de temas não é a autorização, e sim uma relação variável no seu conteúdo entre os atores e os seus representantes” (AVRITZER,

⁵ Aqui se fundamentam no Discurso de Burke aos eleitores de Bristol (1774), conforme veremos mais adiante.

2007, p. 457). Já outra situação diz respeito à representação da sociedade civil.

Esta, que tem se tornado muito forte nas áreas de políticas públicas no mundo em desenvolvimento, se dá a partir da especialização temática e da experiência. Organizações criadas por atores da sociedade civil e que lidam por muito tempo com um problema na área de políticas sociais tendem a assumir a função de representantes da sociedade civil em conselhos ou outros organismos encarregados das políticas públicas (AVRITZER, 2007, p. 457).

O autor distingue a representação por afinidade da eleitoral, considerando o aspecto da legitimidade, já que na primeira esta seria dada ao representante pelos demais atores que atuariam da mesma maneira que ele, por afinidade. Diferentemente, a legitimidade na representação eleitoral seria dada pelo voto. Para o pesquisador, assim, existiam as seguintes formas de representação na política contemporânea (QUADRO 1):

QUADRO 1 - Formas de representação na política contemporânea

Tipo de Representação	Relação com o Representado	Forma de Legitimidade a Representação	Sentido da Representação
Eleitoral	Autorização através do voto	Pelo processo	Representação de pessoas
Advocacia	Identificação com a condição	Pela finalidade	Representação de discursos e ideias
Representação da sociedade civil	Autorização dos atores com experiência no tema	Pela finalidade e pelo processo	Representação de temas e experiências

Fonte: Avritzer, 2007, p. 458.

Identificamos que, além da representação eleitoral, marcada pelo voto, e da advocacia, regulada pelo Direito, temos a representação da sociedade civil em temas e experiências de interesse

coletivo, sendo autorizados a atuar em nome do coletivo aqueles atores com experiência em determinado tema.

Ainda que com diferenças, o fenômeno abordado é o da representação. Por isso consideramos válido refletir sobre alguns fundamentos da representação. Para tanto, consultamos autores como Hanna Pitkin (2006), Edmund Burke (2012) – através da releitura realizada por Lavalley, Houtzager e Castello, defendendo a representação virtual – e Nadia Urbinati (2006) – ao propor uma forma não eleitoral de representação. A seguir, buscamos nos aproximar dessas ideias a fim de conhecer perspectivas possíveis acerca do conceito de representação.

2 Sobre o conceito de representação

Pitkin (2006) explicava que o conceito de representação envolvia um significado complexo e altamente abstrato, sendo um fenômeno cultural e político. “A palavra latina *repraesentare* significa ‘tornar presente ou manifesto; ou apresentar novamente’, e, no latim clássico, seu uso é quase inteiramente reservado para objetos inanimados” (PITKIN, 2006, p. 17). A autora acreditava que, para compreender como o conceito de representação entrou no campo da agência e da atividade política, seria necessário ter em mente o desenvolvimento histórico das instituições. Nesse sentido,

Os cavaleiros e os burgueses que iam ao Parlamento começaram a ser vistos como servidores ou agentes de suas comunidades. Eles eram pagos pelas comunidades e, quando retornavam, podiam ser solicitados a prestar contas do que haviam feito no Parlamento (PITKIN, 2006, p. 22).

Assim, do século XIV ao século XVII, desenvolveu-se uma gradual ação de cavaleiros e burgueses no Parlamento, os quais descobriram que tinham queixas comuns, e começaram a apresentar petições comuns, ao invés de petições separadas – essas ações conjuntas, explicou a autora, eram seguidamente em oposição ao Rei.

Thomas Hobbes (1651) publicou o *Leviathan*, quando foi feito o primeiro exame da ideia de representação na teoria política (PITKIN, 2006). Nessa direção,

Hobbes deûne a representação em termos dos aspectos formais da agência legal, especialmente em

termos de autorização: um representante é alguém que recebe autoridade para agir por outro, que fica então vinculado pela ação do representante como se tivesse sido a sua própria. A representação pode ser “limitada”, sendo autorizadas apenas algumas ações específicas sob restrições específicas, ou pode ser “ilimitada”. O último tipo dá lugar à soberania (PITKIN, 2006, p. 28).

Avritzer (2007) explicou que, em sua obra, Pitkin reconstruiu a origem do termo representação na modernidade, a partir de uma releitura de Hobbes, que lançou os fundamentos de um conceito não religioso, capaz de romper com a doutrina cristã, buscando dois fundamentos seculares para a noção de representação. O primeiro, “[...] na Grécia, com a idéia de *proponon*, isto é, da substituição de uma pessoa por outra no teatro”, e o segundo “[...] em Roma, com a idéia do procurador em Cícero” (AVRITZER, 2007, p. 445/446). O pesquisador explicou que Hobbes introduziu o termo ação “[...] para designar todos os atos pelos quais os autores têm responsabilidade, a qual pode ser tanto direta quanto transferida por um ato explícito de autorização” (AVRITZER, 2007, p. 446).

No entanto, ainda que o conceito de representação estivesse acabado antes do final do século XVII, seu desenvolvimento na teoria política continuou como pano de fundo das grandes revoluções democráticas do fim do século XVIII e depois nas lutas políticas e institucionais do século XIX, a saber, “[...] o sufrágio, a divisão em distritos e a proporcionalidade, os partidos políticos e os interesses e políticas, a relação entre as funções legislativas e executivas e as instituições legislativas e executivas” (PITKIN, 2006, p. 30). Duas questões foram destacadas por Pitkin (2006) no que diz respeito: 1) à polêmica sobre o mandato e a independência – um representante deve fazer o que seus eleitores querem ou o que ele acha melhor? – e 2) à relação entre a representação e a democracia.

Loureiro (2009) sustentou que Pitkin (2006) trouxe uma grande contribuição ao propor uma mudança na concepção de representação centrada nas intenções e nos atos de indivíduos, operando um deslocamento de foco: de uma relação entre duas pessoas – e da visão do representante como um advogado ou delegado – para uma abordagem da representação como um arranjo institucional público. Assim, a representação política passou a ser vista como uma atividade social. Para sustentar o argumento, Pitkin (2006) distinguiu quatro visões de represen-

tação: formalista, descritiva, simbólica e substantiva. Loureiro (2009, p. 67) explicou que

Na visão formalista, inclui-se tanto a representação por autorização prévia, originária de Hobbes (para quem o representante é aquele que recebeu uma autorização para agir por outro) quanto a representação por responsabilização *a posteriori* (originária do pensamento liberal), na qual a essência da representação é a *accountability* ou responsividade do representante. Enquanto a representação descritiva é a correspondência ou semelhança acurada com o que é representado, um espelho ou reflexo dele, a representação simbólica implica usar símbolos para fazer presente alguma coisa que, de fato, não esteja presente (LOUREIRO, 2009, p. 67).

Já a representação substantiva estaria relacionada à substância do que é feito, ou seja, “não basta supor que o agente tenha o direito de agir em nome do principal, independentemente do que ele faz, mas ao contrário, a representação refere-se à substância do que é feito” (LOUREIRO, 2009, p. 67). O Quadro 2 sistematiza as características das quatro visões de representação de Pitkin (2006).

QUADRO 2 - As visões de representação em Hanna Pitkin

Tipo de Representação	Breve caracterização	Principais questões de pesquisa	Padrões implícitos de avaliações dos Representantes
1. Representação formalística	O arranjo institucional precede e inicia a representação. Representação formal, com duas dimensões: autorização e <i>accountability</i>	Qual é a posição institucional do representante?	Nenhum
(Autorização)	Meios pelos quais o representante obtém sua posição, status e cargo	Por qual processo o representante ganha poder (eleições) e por quais meios o representante pode garantir suas decisões?	Sem padrões para avaliar o comportamento do representante. Pode-se apenas analisar se ele ocupa ou não legitimamente sua posição

(Accountability)	A capacidade do eleitor de punir seus representantes por falhas em agir de acordo com seus desejos (voltando em candidato de fora do cargo) ou a responsabilidade do representante para com os eleitores	Quais são os mecanismos se são disponíveis para os eleitores? É o representante frente às preferências de seus eleitores?	Sem padrões para avaliar o comportamento do representante. Pode-se apenas determinar se o representante pode ou não ser sancionado ou se tem sido responsivo
2. Representação simbólica	Os modos pelos quais o representante se coloca para o representado, isto é, o significado que o representante tem para aqueles que estão sendo representados	Qual tipo de resposta é invocada pelo representante nos que estão sendo representados?	Representantes são avaliados pelo grau de aceitação que o representante tem entre os representados
3. Representação descritiva	Extensão em que o representante se assemelha aos que estão sendo representados	O representante tem semelhança e interesses comuns ou partilha experiências com o representado?	Avaliação do representado pela semelhança entre representante e representado
4. Representação substantiva	A atividade dos representantes – isto é, as ações realizadas em nome e no interesse de, como um agente de e como um substituto para o representado	O representante encaminha as políticas preferidas que melhor servem aos interesses dos representados?	Avaliação do representante pelo estendimento que os resultados das políticas públicas encaminhadas pelo representante servem aos melhores interesses dos eleitores

Fonte: Loureiro, 2009, p. 68.

De acordo com Pitkin (2006), o teórico mais famoso que defendeu a independência foi Edmund Burke (2012). Segundo Burke, “[...] a relação de cada parlamentar é com a nação como um todo, ele não se encontra numa relação especial com seu eleitorado; ele representa a nação, não aqueles que o elegeram” (PITKIN, 2006, p. 31). Ainda assim, Burke (2006) atribuía à Câmara dos Comuns um papel especial, defendendo os parlamentares eleitos e a extensão do sufrágio (PITKIN, 2006).

Para Burke (2012 [1774]), a representação política dizia respeito às relações entre os representantes eleitos e seus eleitores.

Ao ser eleito como um dos membros do Parlamento inglês pela cidade de Bristol, no início de novembro de 1774, ele proferiu o famoso *Discurso aos eleitores de Bristol*. Burke distinguiu entre o que chamou de representação “virtual” e “efetiva” (PITKIN, 2006, p. 32, citando BURKE, 1949), sendo a primeira “uma comunhão de interesses e uma simpatia de sentimentos e desejos entre aqueles que agem em nome de uma imagem qualquer do Povo e o Povo em cujo nome eles atuam, ainda que os ûduciários não sejam efetivamente escolhidos por eles”. Lavalley, Houtzager e Castello (2006, p. 89) esclareceram que

Nas palavras de Burke (1792), ‘Representação virtual é aquela em que há comunhão de interesses e empatia de sentimentos e desejos entre aqueles que atuam em nome de quaisquer pessoas e as pessoas em nome das quais eles atuam – embora os primeiros (ûduciários) não tenham sido, de fato, escolhidos pelos segundos’.

Já a representação efetiva “significa ter voz, de fato, na escolha do representante” (PITKIN, 2006, p. 32). Pitkin (2006) explicou que, para o autor, o representante seria um porta-voz do interesse do seu distrito (por exemplo, do interesse mercantil).

Sustentando existir um elo entre representação virtual⁶ e inclusão política, assim como uma aproximação com a ideia de *advocacy*⁷, em 2006 Lavalley, Houtzager e Castello afirmavam que os atores da sociedade civil assumiam um protagonismo mediante seus trabalhos de *advocacy*, na medida em que, além de vocalizarem causas diversas, desempenhavam também funções de intermediação perante o poder público na forma de representação virtual.

A *advocacy* também foi assunto estudado por Almeida (2013). Para a autora, “O que as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e indivíduos estão representando na esfera pública é um discurso sobre direitos ou temas, e não um

⁶ Para os pesquisadores, a representação virtual, ou presuntiva, diz respeito às práticas de representação alternativas que não envolvem mecanismos de autorização, com especial ênfase àquelas desempenhadas pelas organizações da sociedade civil.

⁷ O termo pode ser compreendido como “[...] argüir em favor de algo ou alguém, defender mediante argumento, recomendar a adesão ativa de uma causa, justificar publicamente o valor de algo ou alguém” (LAVALLEY, HOUTZAGER E CASTELLO, 2006, p. 91).

conjunto específico de pessoas” (ALMEIDA, 2013, p. 51). Além da *advocacy*, a pesquisadora destacou outros critérios de legitimidade mapeados pela literatura.

O primeiro é aquele que recupera a dimensão descritiva da representação, que aponta para a importância de incluir grupos sistematicamente ausentes das esferas políticas e representativas, a partir da diversidade dos grupos sociais – como, por exemplo, mulheres e minorias raciais e étnicas. Outro aspecto a ser considerado é a representação da sociedade civil nas áreas de políticas públicas, como, por exemplo, os conselhos de políticas, comitês de bacia hidrográfica e Orçamentos Participativos (OP) no Brasil. “Nesses casos, atores sociais com determinada especialização temática ou experiência participativa são chamados a partilhar o poder decisório e/ou a discutir em conjunto com atores estatais o destino de algumas políticas” (ALMEIDA, 2013, p. 51).

Outra autora que trabalhou com uma forma não eleitoral de representação é Urbinati (2006). Ela refletia sobre “[...] as condições que tornam a representação democrática um modo de participação política” (URBINATI, 2006, p. 191) e argumentava que a democracia representativa era uma forma de governo original, diferentemente da democracia eleitoral.

Urbinati (2006) apresentou três perspectivas da representação que emergiam quando se olhava como o governo representativo funcionou ao longo de seus 200 anos de história (do parlamentarismo liberal e sua transformação democrática, após a Segunda Guerra Mundial): jurídica, institucional e política. As duas primeiras seriam interconectadas, sendo a teoria jurídica mais antiga. Foi chamada de jurídica, pois referia-se à representação como um contrato privado de comissão. Nesse sentido, “O modelo jurídico conûgura a relação entre representado e representante conforme as linhas de uma lógica individualista e não-política, na medida em que supõe que os eleitores julgam as qualidades pessoais dos candidatos” (URBINATI, 2006, p. 198). A pesquisadora afirmou que

Tanto a teoria jurídica como a teoria institucional da representação assumem que o Estado (e a representação como seu mecanismo produtivo e reprodutivo) deve transcender a sociedade de modo que se assegure o Estado de Direito, e que as pessoas devem encobrir suas identidades sociais e concretas para tornar os mandatários agen-

tes imparciais de decisão. Elas supõem que a identidade jurídica do eleitor/autorizador é vazia, abstrata e anônima, sua função consistindo em “nomear” políticos profissionais que tomem decisões às quais os eleitores se submetem voluntariamente (URBINATI, 2006, p. 200).

Loureiro (2009) explicou que as teorias jurídica e institucional, para Urbinati, se expressavam em linguagem formalista, baseando-se na analogia entre Estado e Pessoa e em uma concepção voluntarista de soberania. Ambas as teorias suporiam que a função dos eleitores se resumiria à nomeação de políticos que tomassem decisões às quais eles se submetiam voluntariamente.

Já a representação política romperia com os dois modelos mencionados, por não pertencer a instituições governamentais, sendo “[...] uma forma de processo político que é estruturada nos termos da circularidade entre as instituições e a sociedade, e não é conûnada à deliberação e decisão na assembleia” (URBINATI, 2006, p. 201). Dessa forma, a variedade de fontes de informação, de comunicação e de influência que os cidadãos ativam através da mídia, movimentos sociais e partidos políticos “[...] dão o tom da representação em uma sociedade democrática, ao *tornar o social político*” (URBINATI, 2006, p. 203, grifos da autora). A representação política transformaria e expandiria a política “[...] na medida em que não apenas permite que o social seja traduzido no político; ela também promove a formação de grupos e identidades políticas” (URBINATI, 2006, p. 218).

Ainda com relação à representação política, a autora afirmava que ela invalidava a opinião de que a sociedade seria a soma de indivíduos dissociados, contrapondo-se a “[...] uma concepção da democracia como uma multidão numérica de unidades singulares ou associadas forçadas a delegar seu poder pela simples razão de que uma multidão não pode ter uma vontade” (URBINATI, 2006, p. 210). A política representativa, assim, diferenciava-se da democracia direta, pois os eleitores espelhavam uma complexidade de opiniões, não sendo meras quantiûcações. “Pode-se, portanto, dizer que a democracia representativa revela o trabalho ‘miraculoso’ das opiniões e narrativas ideológicas de uma forma que a democracia direta não é capaz, pois ela nos compele a transcender o ato de votar [...]” (URBINATI, 2006, p. 212). Loureiro (2009, p. 82/83) apresentou as principais linhas de argumentos desenvolvidas pela autora:

1. A representação está ligada à história e à prática democrática, ou seja, democracia e governo representativo têm a mesma origem histórica e funcional e se influenciam mutuamente. 2. Várias teorias de representação podem ser diferenciadas, dependendo da relação entre Estado e sociedade civil. 3. Na relação entre Estado e sociedade civil, há um papel importante para a ideologia e para os partidos, o que tem sido pouco destacado na teoria política contemporânea, marcada pela abordagem racionalista da deliberação.

Lüchmann (2011) esclareceu que na literatura existiam diversos exemplos de representação alternativa ou de práticas de representação política exercidas por indivíduos e grupos, e que operavam sob pressupostos diferentes do modelo eleitoral. Esses exemplos poderiam oscilar entre experiências de representação formais ou informais e coletivas ou individuais.

Entre os exemplos de representação formal de base individual, a autora citou as audiências públicas e os conselhos consultivos. No caso da representação coletiva e informal, apresentou os exemplos de atuação de ONGs e movimentos sociais. Outra situação ocorria nas citações e análises de práticas de representação individual e informal, como no caso de um discurso de Bono Vox, cantor da banda U2 – reconhecido como um ativista social – que, durante a campanha *Make Poverty History*, em 2004, disse: “eu represento um grande número de pessoas [na África] que absolutamente não têm voz [...] Eles não me pediram para representá-los. É atrevido, mas eu espero que eles fiquem contentes por eu fazer isso” (LÜCHMANN, 2011, p. 153). Sobre esse tipo de representação realizado por celebridades, Wainberg (2016, p. 3) afirmou que o “ativismo das estrelas acontece em especial nos graves momentos de transição política e de crise social. Este tipo de engajamento tem o efeito de chamar a atenção do público”, sendo que “Os astros oferecem aos atos políticos credibilidade e aura”. Ainda segundo Wainberg (2016), mesmo em momentos distantes das crises e das eleições, o ativismo das estrelas é eficiente. Nesse sentido, “A UNICEF reconheceu o poder de comoção que estas personalidades produzem na divulgação de campanhas humanitárias ao escolhê-las como seus embaixadores” (WAINBERG, 2016, p. 4).

Já a representação das associações junto aos Conselhos Gestores no Brasil seria um exemplo de representação coletiva e

formal. Nessa direção, Lüchmann (2011) apresentou uma tipologia das representações alternativas ao modelo eleitoral⁸, as quais se aproximam dos exemplos mencionados, a saber: 1. informal e individual; 2. informal e coletiva; 3. formal e individual; e 4. formal e coletiva (QUADRO 3).

QUADRO 3 - Tipologia das práticas alternativas de representação política

Tipo 1	Tipo 2	Tipo 3	Tipo 4
Informal e individual	Informal e coletiva	Formal e individual	Formal e coletiva
Atuações e manifestações política de indivíduos que reclamam a representação sem autorização para tal	Atuações e manifestações política de associações que reclamam a representação sem autorização para tal	Atuações e manifestações política de indivíduos que foram autorizados e selecionados, de diferentes formas, para o exercício da representação	Atuações e manifestações política de associações que foram autorizadas e selecionadas, de diferentes formas, para o exercício da representação

Fonte: Lüchmann, 2011, p. 154.

Sobre os diferentes tipos alternativos de representação, constatamos que alguns carecem de autorização (de mandato). Nessas situações, Lavallo e Vera (2011, p. 127) sustentaram tratar-se de uma representação presumida, animada pela afinidade, sendo que

Via de regra, os atores das novas modalidades formais e informais de representação extraparlamentar carecem de autorização, ou seja, são exercidas por auidade, de modo virtual, presuntivo (*assumed*), substitutivo (*surrogate*), autoassumido (*self-authorized*), em qualidade de mediadores políticos (*mediated politics*) e no exercício de práticas de representação não eleitorais (*non-electoral political representation*), como representação cidadã (*citizen represen-*

⁸ Importante observação é feita pela autora, que explica que, certamente, existem combinações possíveis entre os diferentes tipos apresentados, não sendo, portanto, dimensões estáticas.

tativas) ou simplesmente advogando (*advocacy*) como representantes discursivos (*discursive representatives*) – para citar apenas alguns dos vocábulos de um repertório semântico recente e crescente, dedicado a apreender e conferir signiúcado à pluralização da representação em curso (LAVALLE E VERA, 2011, p. 127).

Para Young (2006), muitos discursos sobre a representação assumiam que a pessoa que representa se põe em uma relação de substituição ou de identidade com os representados, os quais, embora ausentes, se fazem presentes na figura do representante – esses discursos, portanto, sustentam a representação como uma substituição. A autora apresentou uma compreensão diferenciada e conceitualizou a representação “[...] como um *relacionamento diferenciado* entre atores políticos engajados num processo que se estende no espaço e no tempo” (YOUNG, 2006, p. 142).

“As instituições representativas contribuem para organizar as discussões e as tomadas de decisão políticas ao introduzir procedimentos e uma pertinente divisão do trabalho”, destacou Young (2006, p. 156). A pesquisadora entendeu que as instituições da sociedade civil eram arenas importantes para a participação cidadã e contribuíam para manter a conexão entre representantes e eleitores.

A autora distinguiu três modos pelos quais uma pessoa poderia ser representada: interesses, opiniões e perspectivas. A representação do interesse seria a mais corrente na prática política, e talvez a mais presente na teoria da representação. A pesquisadora definiu interesse como “[...] aquilo que afeta ou é importante para os horizontes de vida dos indivíduos ou para as metas das organizações” (YOUNG, 2006, p. 158).

Já na representação de opiniões, o veículo mais comum eram os partidos políticos. Por opiniões, a autora entendeu “[...] os princípios, valores e prioridades assumidos por uma pessoa na medida em que fundamentam e condicionam seu juízo sobre quais políticas devem ser seguidas e quais ûns devem ser buscados” (YOUNG, 2006, p. 159), sendo, portanto, um juízo ou crença sobre como as coisas são ou devem ser. Dessa forma, salientou que as opiniões poderiam ser religiosas, culturalmente baseadas em uma visão de mundo, em sistemas de conhecimentos disciplinares, ou em um conjunto de princípios normativos (como os do libertarianismo ou da ecologia radical).

A “perspectiva social” abordada por Young (2006, p. 162) considerou que “[...] pessoas diferentemente posicionadas têm diferentes experiências, histórias e compreensões sociais, derivadas daquele posicionamento”. Assim, a partir de suas posições sociais, as pessoas estariam sintonizadas a certos signiúcados e relacionamentos sociais. Dessa forma, cada grupo diferentemente posicionado teria uma experiência ou um ponto de vista acerca dos processos sociais. “Nesse sentido, a perspectiva difere do interesse e da opinião. A perspectiva social consiste num conjunto de questões, experiências e pressupostos mediante os quais mais propriamente se iniciam raciocínios do que se extraem conclusões” (YOUNG, 2006, p. 163). Com isso, a autora sustentou que os interesses, as opiniões e as perspectivas são três importantes aspectos das pessoas que podem ser representadas.

Conclusão

Tanto as Organizações da Sociedade Civil, como as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público integram o terceiro setor, o qual pode ser entendido como o conjunto de instituições de caráter privado que se dedicam ao bem-estar e ao aperfeiçoamento social.

As OSCs são representadas por uma pessoa que atua como representante – um representante da sociedade civil –, que é convidado a “participar de debates e grupos responsáveis pelo direcionamento de programas sociais e a promoção dos direitos humanos”⁹. Optamos por denominar o representante da OSC como representante institucional. Sua atuação se manifesta de diferentes formas, em variados espaços representativos e em formatos também distintos, sendo que uma possibilidade de atuação do representante institucional ocorre através de sua participação em conselhos de políticas públicas.

Acreditamos na importância da manutenção de espaços de representação, como é o caso dos conselhos. Quanto mais fortalecidos, mais ativos serão para a formulação, gestão e/ou controle de políticas públicas. A atuação dos representantes institucionais nestes espaços, atuando em nome das organizações da sociedade civil, torna-se estratégica e se configura, como apontado por Lüchmann (2011), como uma forma de atuação política.

⁹ Para esclarecimentos adicionais, sugerimos acessar <https://fia.com.br/blog/organizacao-da-sociedade-civil/>.

Se, por algum tempo, o conceito de comunicação pública foi vinculado à esfera governamental, hoje pode ser compreendido como um espaço de debate e negociação, em que organizações privadas e do terceiro setor também estão envolvidas. Na medida em que novos atores integram esse 'espaço', para que os pleitos ganhem força, as entidades buscam pautar assuntos de interesse coletivo, mobilizando o maior número de atores e procurando criar uma visão compartilhada. Essa mobilização, ou inclusão de pautas no debate público, tendo por objetivo o bem comum, encontra diferentes formas de manifestação e espaços, sendo um deles os conselhos de direitos, por exemplo. Esses espaços são entendidos como formas de representação política denominada extraparlamentar.

Esperamos que nosso artigo possa contribuir na reflexão e nas práticas organizacionais, no que toca à representação política extraparlamentar nos assuntos de interesse público, evidenciando o protagonismo da sociedade civil.

Referências

- AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. **Opinião Pública**, v. 14, n. 1, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/SXb5hxxKDHgM3Y9YMvRgMzN/?lang=pt#>. Acesso em 5 abr. 2019.
- AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. **Dados**, v. 50, n. 3, 2007. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/avritzer%202007.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2022.
- ALMEIDA, Débora Rezende de. A relação contingente entre representação e legitimidade democrática sob a perspectiva da sociedade civil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, jun. 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/107/10727637004.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.
- BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 20, n. 44, nov, 2012.
- LAVALLE, Adrian Gurza; HOUTZAGER, Peter; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 67, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/>

ln/ n67/a04n67.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

LAVALLE, Adrian Gurza; VERA, Ernesto Isunza. A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 84, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPEZ, Felix Garcia (Org.) **Perfil das organizações da sociedade civil no Brasil**. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180607_livro_perfil_das_organizacoes_da_sociedade_civil_no_brasil.pdf. Acesso em: 5 abr. 2022.

LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 1. Brasília, janeiro-junho, 2009.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Associações, participação e representação: combinações e tensões. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 84, 2011.

OLIVEIRA, Anna Cynthia; HADDAD, Sérgio. As organizações da sociedade civil e as ongs de educação. **Caderno de Pesquisa**, São Paulo – SP, n. 112, março, 2001.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 67, 2006.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 67, 2006. Disponível em: http://desafios2.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/outras_pesquisas/urbinati.pdf. Acesso em: 8 maio 2022.

WAINBERG, Jacques Alkalai. O ativismo das estrelas e a comunicação dissidente. **Animus: Revista Interamericana de Comunicação Midiática**, Santa Maria, v. 15, n. 29, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/animus/article/view/21001/pdf?source=/animus/article/view/21001/pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 67, 2006.

A necessidade de intimação pessoal do réu solto da sentença penal condenatória à luz da Constituição de 1988

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado

Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas

Autor de obras e artigos jurídicos publicados pelas

Editoras Lumen Juris, Fórum e RT

*Procurador-Geral da Câmara Municipal
de Guanhães/MG*

RESUMO

Com base no que foi exposto ao longo deste estudo, pode-se concluir que a dispensa de intimação pessoal do réu da sentença condenatória não encontra respaldo na ordem jurídica instaurada pela Constituição Republicana de 1988, tendo em vista que a dispensa de intimação pessoal do réu da sentença penal afronta os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Outrossim, não pode ser transferido a terceiros, no caso o defensor, a decisão de recorrer ou não da sentença penal condenatória, até porque o que está em jogo é a liberdade do indivíduo, logo, não podem terceiros, mesmo que tenham poderes para representar o réu, ser intimados com exclusividade da sentença penal condenatória. De mais a mais, o Estado deve assegurar ao destinatário da decisão a efetivação do direito de defesa, ainda mais em se tratando da liberdade do indivíduo, logo, o réu deve ser intimado de toda e qualquer decisão penal condenatória, além da intimação de seu defensor constituído, dativo ou público, para dar efetividade ao princípio constitucional da ampla defesa, sob pena de nulidade do provimento jurisdicional.

Palavras-chave: Contraditório. Ampla defesa. Força normativa. Intimação pessoal. Sentença penal.

ABSTRACT

Based on what was exposed throughout this study, it can be concluded that the defendant's personal summons

waiver of the conviction sentence does not find support in the legal order established by the 1988 Republican Constitution, considering that the defendant's personal summons waiver of the criminal sentence affront the constitutional principles of broad defense and contradictory. Furthermore, the decision of whether or not to appeal the convicting criminal sentence cannot be transferred to third parties, in this case the defender, not least because what is at stake is the freedom of the individual, therefore, third parties cannot, even if they have the powers to represent the defendant, to be summoned exclusively to the condemnatory criminal. Furthermore, the State must assure the recipient of the decision the realization of the right of defense, especially when it comes to the freedom of the individual, so the defendant must be served with any and all condemnatory criminal decisions, in addition to the summons of his constituted defender, dative or public, to give effect to the constitutional principle of wide defense, under penalty of nullity of the jurisdictional provision.

Keywords: Contradictory. Full defense. Normative force. Personal summons. Criminal sentence.

Introdução

O artigo 392, inciso II, do Código de Processo Penal estabelece que a intimação da sentença penal será feita “ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança”.

Em que pese a norma autorizar a intimação pessoal do réu ou de seu defensor, a melhor doutrina e jurisprudência posicionam no sentido de que sempre será necessária a intimação pessoal do réu da sentença penal condenatória, estando ele preso ou solto, tendo em vista que, após o advento da Constituição da República de 1988, o duplo grau de jurisdição passou a ter caráter constitucional, por força da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, devendo tal garantia ter máxima proteção e efetividade.

Conforme será visto ao longo do texto, em toda sentença penal condenatória será indispensável a intimação pessoal do réu, para que o condenado tome conhecimento da decisão e exerça a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, caso queira.

1 A força normativa do texto constitucional e a intimação pessoal do réu

Sobre a “força normativa da Constituição”, o jurista alemão Konrad Hesse (1991, p. 24/27) ensina que:

A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) (...). *Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada necessariamente a parte mais fraca.* Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a *força normativa da Constituição*. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, em questões de poder. Essa constatação não justifique que se negue o significado da Constituição jurídica: O Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição. (...) A íntima conexão, na Constituição, entre normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com seu objeto, o Direito Constitucional se concretize desse condicionamento da normatividade. (...) A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*).

Em outros termos, o *Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.*

Segundo o professor e Procurador Federal Marcelo Novelino (2016, p. 138), “os princípios da força normativa e da máxima

efetividade têm sido invocados para desconstituir, por meio de ação rescisória, decisões de instâncias inferiores já transitadas em julgado quando baseadas em interpretação divergente da conferida ao dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal”, sendo que o objetivo dos princípios supramencionados é evitar o enfraquecimento da normatividade constitucional. É o que também defende o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (1959, p. 60):

sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Nas palavras de Konrad Hesse, “a concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional”, ou seja, as normas constitucionais devem adquirir maior efetividade possível. Logo, as previsões normativas não podem ser inócuas, até porque as previsões contidas no Texto Constitucional são imperativas e coercitivas em razão da força normativa.

Destarte, todas as atividades desenvolvidas pelo Estado e pelo particular devem estar subordinadas aos ditames estabelecidos no Texto Constitucional, em razão da força normativa da Constituição. Na atual conjuntura jurídica, não há espaço para que as atividades do Estado e do particular sejam desenvolvidas alheias às diretrizes fixadas pela Lei Maior, até porque as normas constitucionais têm eficácia vertical (relações entre o Estado e o particular) e horizontal (relação entre particulares), ou seja, as normas constitucionais devem ser aplicadas nas relações entre o Estado e o particular, bem como nas relações estritamente privadas.

As normas infraconstitucionais estão, necessariamente, vinculadas aos comandos da Lei Maior, em razão da imperatividade e supremacia das normas constitucionais. Com isso, toda e qualquer norma infralegal deve ser interpretada com base no Texto

Constitucional, não sendo diferente com o penal e processual penal.

A interpretação da norma infraconstitucional deve ser feita à luz da Constituição, sob pena do resultado da interpretação ser considerado inválido, pois, no atual sistema jurídico, o hermeneuta deve interpretar as demais normas do ordenamento com base na Constituição, até porque a norma constitucional é fonte primária do ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser excepcionada por uma norma secundária.

Destarte, o inciso II do artigo 392 do CPP, como qualquer outra norma infraconstitucional, deve ser analisado tomando por base o Texto Constitucional de 1988, tendo em vista que a norma constitucional está no ápice do ordenamento jurídico.

Dessa maneira, quando a norma infraconstitucional conflitar com a Constituição, deve o hermeneuta afastar a aplicação da norma infraconstitucional em razão da força normativa da Constituição sobre as demais leis.

Conforme será visto no transcorrer do estudo, com a ordem jurídica instaurada pela Constituição Republicana, a intimação do réu solto da sentença penal condenatória deve ser feita pessoalmente, além da intimação de seu defensor constituído, dativo ou público, sob pena de nulidade, uma vez que a liberdade é um direito fundamental da pessoa humana, merecendo, portanto, a devida proteção e promoção pelo Estado brasileiro, em homenagem à máxima efetividade da norma constitucional.

2 O processo no paradigma do estado democrático de direito

A história do direito pode ser dividida em dois grandes paradigmas: o paradigma pré-moderno e o paradigma da modernidade. Vejamos as características do primeiro paradigma:

O direito e a organização política pré-modernos encontravam fundamento, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam. O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça realiza-se sobretudo pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em “bem observar” o princípio da equidade tomado como a harmo-

nia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social (a *phronesis* aristotélica, a servir de modelo para a postura do hermeneuta).

O direito, portanto, apresentava-se como ordenamentos sucessivos, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, reciprocamente excludentes, de normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, das tradições, dos usos e costumes locais, aplicados casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais abstratas válidas para todos (CARVALHO NETTO *apud* OMMATI, 2003, p. 40).

O “*chamado paradigma da modernidade pode ser dividido em paradigma do Estado Democrático de Direito, paradigma do Estado Social e paradigma do Estado Liberal*” (OMMATI, 2003, p. 19).

A expansão marítima, as guerras religiosas, o desenvolvimento econômico das nações deste período, a descoberta de novas técnicas, a ideia de individualidade, de privacidade, etc., aumentaram a complexidade das sociedades da época, fazendo com que a estrutura normativa então vigente não fosse suficiente para solucionar os conflitos.

Neste contexto, acontecem as revoluções liberais, norte-americana e francesa, culminando no surgimento do Paradigma do Estado de Direito e, com este, “*a idéia de Constituição rígida e formal como garantia dos cidadãos contra o Estado*” (OMMATI, 2003, p. 23).

Em 1789, a história narra a eclosão da Revolução Francesa, movimento da burguesia pretendendo certa discriminação do rei a partir de sua não intervenção, tendo como finalidade afastar a atuação do Estado. É por isso que todos dizem que o paradigma do Estado Liberal é um paradigma privado que se preocupa com a individualidade do cidadão. Assim, surge a constitucionalização dos direitos de liberdade, igualdade e propriedade. Nesse sentido, corrobora Joé Emílio Medauar Ommati (2003, p. 19):

Os primeiros direitos, liberdade, igualdade e propriedade, são vistos apenas em seu aspecto formal. Significa dizer que a liberdade era entendida como o mínimo de leis que incidissem sobre o ci-

dadão, pois a esfera privada, vista como esfera dos egoísmos, não poderia ser tolhida pelo Estado. A igualdade era apenas na lei, não importando se havia desigualdades fáticas que impedissem o livre desenvolvimento das habilidades das pessoas. Por fim, a propriedade também era vista em seu aspecto formal, ou seja, todos eram proprietários, pelo menos, de seu próprio corpo, que poderia ser vendido em troca de um salário. Em outras palavras, nesse primeiro paradigma, todos eram livres, iguais e proprietários. [...]. Contudo, ao invés de propiciar riqueza e felicidade para muitos, esse paradigma foi marcado pela maior exploração do homem pelo homem que se tem notícia na história da humanidade.

Com o crescimento do socialismo, as críticas ao paradigma do Estado Liberal aumentaram, uma vez que a pobreza e a criminalidade estavam em ascensão. Diante desses fatos, o Estado Liberal entra em colapso, sendo substituído pelo paradigma do Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social. Nesse paradigma, o Estado precisa atuar ativamente para garantir a segurança e a ordem pública. Saiu-se do absolutismo sufocante, passou-se para o liberalismo complacente e voltou-se para um Estado preocupado com o público. O Estado agora possui autorização para interferir em tudo, passa pela premissa de que tudo tem que passar por ele.

Sobre o paradigma do Estado Social, pertinentes são as lições de José Emílio Medauar Ommati (2003, p. 24/25):

Nesse segundo paradigma da modernidade, não existe, apenas, um acréscimo de direitos (denominados direitos de 2ª geração), mas uma reformulação dos direitos surgidos no paradigma do Estado de Direito. Assim, com o aparecimento dos direitos sociais e coletivos (de 2ª geração), tais como direito à saúde, escola, trabalho, previdência e assistência, etc., os direitos individuais sofrem uma reformulação. Destarte, igualdade, liberdade e propriedade são vistos em seu aspecto material. [...]

A hermenêutica jurídica também passa por reformulação. Se, antes, no paradigma do Estado Liberal, não era dado ao juiz interpretar a lei, pois ela era sempre clara, agora o juiz deve sempre interpretar a lei, através de parâmetros

construídos pela ciência jurídica. A ciência jurídica teria o papel de dar uma moldura com todas as possibilidades de interpretação, através de métodos claros e anteriormente assentados, tais como os métodos gramatical, lógico-sistemático, histórico e teleológico.

Nesse paradigma, o Estado torna-se total e passa a estabelecer finalidades sociais, políticas, econômicas e jurídicas que deverão ser devidamente cumpridas. No Estado Social, o processo é instrumento que cumpre finalidades, as quais são buscadas pelo Estado-Juiz.

A partir da década de 1970, a crise do petróleo, a revolução no setor de informação, bem como os movimentos das mulheres e dos negros fizeram com que o Estado de Bem-Estar Social entrasse em crise. Outro fator determinante para a crise do Estado Social foi decorrente da insustentabilidade financeira que inviabilizava o projeto social, pois a máquina estatal necessitava de vultosos valores para sustentá-la, o que exigia tributações exorbitantes, gerando assim um descontentamento popular.

Dessa forma, começaram a teorizar o Estado Democrático de Direito a partir do argumento de que precisamos assegurar o direito de as pessoas serem heterogêneas. Vejam-se as características instituídas por esse paradigma:

Novos direitos surgem e, com eles, os direitos anteriores são remodelados. Os novos direitos, denominados difusos ou de 3ª geração, tais como ao meio ambiente equilibrado, direito do consumidor, da criança e do adolescente, do patrimônio histórico, etc., adquirem essa denominação porque não pertencem mais a um sujeito determinado, sendo de difícil determinação. [...]. Revelam esses direitos um caráter procedimental, pois apenas no curso do processo será possível distinguir se se trata de direitos difusos, ou não.

O caráter procedimental desses direitos remodelam os direitos surgidos no Estado de Direito. Nesse sentido, igualdade, liberdade e propriedade devem ser vistos em seus aspectos procedimentais: significa dizer que igualdade, liberdade e propriedade apenas adquirem um sentido específico em um caso concreto. São direitos que se viabilizam para a busca de mais

direitos e de melhor qualidade. [...]. Por outro lado os direitos de 2ª geração estão estritamente vinculados às políticas públicas para a realização dos mesmos. Em outras palavras, *no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve-se aos cidadãos canais para discussão e participação na tomada das decisões, pois o público não se confunde mais como estatal* (OMMATI, 2003, p. 26/27). (Grifos)

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o cidadão tem o direito de participar e fiscalizar toda a tomada de decisão, cujos efeitos serão sofridos por lei (âmbito judicial, legislativo e administrativo). Esse paradigma está inserido na Constituição da República de 1988, na qual os sujeitos são dinâmicos, participantes ativos que influenciam no procedimento dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, sendo garantido o contraditório. Esse é o entendimento de Rosemiro Leal (2004, p. 50), vejamos:

A cidadania, como direito-garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo.

Entretanto, nem todos os autores coadunam com essa ideia. É o caso da Escola Instrumentalista, conforme ensina o Professor Rosemiro Leal (2001, p. 88):

Os teóricos da escola da relação jurídica (hoje instrumentalista) conectaram o processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a justiça redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade.

O conceito de processo da Escola Instrumentalista vai de encontro ao paradigma do Estado Democrático de Direito, inserido na Constituição da República de 1988, pois nesse paradigma os cidadãos não ficam à margem do processo. Eles participam

em todas as etapas do procedimento em simétrica paridade, ou seja, o juiz e as partes estão em pé de igualdade para a construção da sentença, sendo este um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Nesse paradigma, são asseguradas algumas garantias, quais sejam: a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, portanto, no transcorrer do procedimento serão asseguradas as garantias fundamentais previstas na Constituição da República, necessárias para construção do ato jurisdicional.

Esse é o entendimento do professor André Leal (2002, p. 108):

É exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamiento, uma atuação eqüitativa dos participantes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio da fundamentação das decisões judiciais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos.

O Processo Constitucional tem como objetivo a proteção dos princípios inseridos na Constituição da República de 1988, especialmente os princípios do contraditório e da ampla defesa conferidos aos litigantes, para recorrer das decisões legítimas das autoridades públicas, cuja finalidade é estruturar o ordenamento jurídico.

Quando ocorre a inobservância das garantias constitucionais por parte do magistrado, sua sentença não encontra amparo no Estado Democrático de Direito. Quanto às garantias constitucionais, entende Ronaldo Brêtas Carvalho Dias (2004, p. 111) que:

(...) essas garantias processuais constitucionais são o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de injunção*, a ação popular e o mais importante delas, o devido processo legal, informado pelo princípio do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e da indisponibilidade da presença do advogado. (Grifos).

Para aqueles que defendem a Teoria Neoinstitucionalista, o processo seria uma instituição constitucionalizada que se define pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, devendo reger todos os procedimentos, sejam eles constitucio-

nais ou infraconstitucionais. Dessa forma, seriam permitidas a participação e a fiscalização de todos no âmbito dos procedimentos. Essa teoria conseguiu, enfim, aproximar o processo da Constituição em aspectos democráticos. Para essa teoria, o juiz não pode decidir sozinho, colocar-se em uma condição de superioridade em relação às partes ou impedir a atuação delas em juízo. Esse seria um conceito adequado de processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, senão vejamos:

A institucionalização do processo efetivada pela Constituição Federal de 1988 determina que o ato judicante não mais pode ser abordado como instrumento posto à disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via da atividade solitária do julgador. A justiça não mais é a do julgador, mas a do povo, que a fez inserir em leis democraticamente elaboradas (LEAL, 2002, p. 102).

No mesmo sentido, ensina o professor Dhenis Cruz Madeira (2009, p. 23):

No modelo jurídico-democrático, não se pode conceber um espaço do soberano em que esse, sem oportunizar ao destinatário os fundamentos de suas decisões, veda a fiscalidade popular, olvidando-se, por conseguinte, que a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir, modificar ou até mesmo destruir o Estado e a ordem jurídica, porque é o povo que decide suas estruturas.

Assim, com o advento da Constituição da República de 1988, foi inserida a sistemática Constitucional Democrática, sendo o Brasil uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, sendo assegurados o contraditório, a isonomia e a ampla defesa a todos os destinatários das decisões, sejam elas administrativas ou judiciais. Vejamos o posicionamento do mestre José Afonso da Silva, acerca da caracterização do Estado Democrático de Direito:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária

(art.3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do recebimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (...). O princípio da legalidade e também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei, que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições das socialmente desiguais (SILVA, 2005, p. 119/121).

Assim, em toda e qualquer ação judicial, devem ser assegurados ao destinatário do provimento jurisdicional o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, em homenagem ao paradigma do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituinte de 1988.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a garantia do duplo grau de jurisdição passou a ter caráter constitucional. Com isso, faz-se necessária a intimação do réu pessoalmente da sentença penal condenatória, tendo em vista que cabe exclusivamente ao réu exercer ou não o direito ao duplo grau de jurisdição, até porque o que está em “jogo” é a liberdade do indivíduo.

3 A necessidade de intimação pessoal do réu solto da sentença penal condenatória à luz da Constituição de 1988

A necessidade de intimação pessoal do réu da sentença penal condenatória tem sido palco de discussões por parte dos

operadores do direito. Parte da doutrina e jurisprudência tem se posicionado pela aplicação literal da disposição contida no inciso II do artigo 392 do CPP, o qual autoriza a intimação pessoal do réu, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança.

Pedimos as devidas venias para discordar deste posicionamento, haja vista que, com a ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988, a pessoa humana passou a ser o centro de todas as relações jurídicas, ou seja, o indivíduo passou a ser ator principal. Com isso, toda norma penal deve ser interpretada com o devido cuidado, devendo sempre prestigiar as garantias fundamentais previstas pela Constituição Republicana de 1988, especialmente a ampla defesa e o contraditório.

Desse modo, em homenagem às garantias da ampla defesa e do contraditório, o réu deve ser intimado sempre pessoalmente da sentença penal condenatória, estando ele preso ou solto, para efetivação da garantia constitucional do devido processo legal.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido de que, “em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa, a intimação da sentença penal condenatória deve ser feita tanto ao acusado quanto ao seu defensor”¹, aduzindo que o “direito à ampla defesa – que compreende a autodefesa e a defesa técnica – somente será respeitado, em sua integridade, se tanto o acusado preso quanto o seu defensor, não importando se constituído ou dativo, forem regularmente intimados da sentença penal condenatória”².

O Ministro Gilmar Mendes ensina que o direito de defesa “constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do postulado da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, em sua acepção originária, proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto de processos e ações estatais”³. Com isso, deve ser assegurada ao destinatário da decisão a efetivação do direito de defesa, ainda mais em se tratando da liberdade do indivíduo.

Não se pode admitir que a liberdade do indivíduo seja colocada em segundo plano por uma norma infraconstitucional, até porque a liberdade é um direito fundamental previsto pelo

¹ STF - HC 108563, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, Processo Eletrônico DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC 23-09-2011.

² STF - HC 73.681/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 1.4.2005.

legislador constituinte. Com isso, a dispensa de intimação pessoal do réu solto, prevista no inciso II do artigo 392 do CPP, não está em sintonia com o regime democrático instaurado pelo Texto Constitucional de 1988, em que a pessoa humana passou a ser o centro das relações jurídicas.

Destarte, o Estado deve assegurar e ampliar ao destinatário da decisão a efetivação do contraditório e da ampla defesa, incluindo o duplo grau de jurisdição, tendo em vista que este integra o conceito de ampla defesa e contraditório.

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte -Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: *MaunzDürig, Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, no 85-99)⁴.

Diante dessas premissas, pode-se extrair que o réu solto deve ser intimado pessoalmente. Uma vez não localizado no endereço informado nos autos, a intimação poderá ser feita por meio de edital. Com isso, deve ser afastada a possibilidade prevista no inciso II do artigo 392 do CPP, que autoriza a intimação tão somente do defensor constituído, dativo ou público.

³ STF - HC 108563, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, Processo Eletrônico DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC 23-09-2011.

⁴ HC 108563, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, Processo Eletrônico DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC 23-09-2011.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao julgar o HC 85057/SE, manifestou que, em qualquer caso, o réu deve ser intimado pessoalmente, bem como seu defensor público, dativo ou constituído, sendo certo que, encontrando-se foragido o acusado, imperiosa faz-se a sua intimação editalícia⁵.

No mesmo sentido, posicionou-se o STJ em outros julgados:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU E DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. VIOLAÇÃO AO ART. 392 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONFIGURADA. (...) PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. INTIMPESTIVIDADE. 1. *É indispensável a intimação da sentença condenatória ao réu condenado e seu defensor, sendo indiferente, para fins de fruição do prazo recursal, a ordem em que forem realizadas as intimações.* A contagem do prazo iniciará a partir da última. 2. Hipótese em que, realizadas regularmente as intimações no mesmo dia, foi o recurso interposto intempestivamente. 3. Recurso improvido." Recurso conhecido e provido. (Resp 545.687/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 334). (Grifos).

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. NECESSÁRIA INTIMAÇÃO DO RÉU E DEFENSOR. FLUÊNCIA A PARTIR DO ÚLTIMO ATO. INÍCIO DO PRAZO RECURSAL. CONTAGEM A PARTIR DA INTIMAÇÃO, E NÃO DA JUNTADA DA CARTA PRECATÓRIA DEVIDAMENTE CUMPRIDA AOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. Devem ser intimados da sentença condenatória tanto o acusado quanto o seu defensor, não importando, porém, a ordem dos referidos atos processuais, sendo certo que o prazo para a interposição de recurso será contado da data da última intimação.

2. O início da contagem do prazo para interposição do recurso de apelação conta-se da intimação da sentença, e não da juntada aos autos do mandado

⁵ STJ - HC 85.057/SE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 26/02/2008, DJe 04/08/2008 / HC 217.554/SC, Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.

respectivo. (Súmula 710 do Supremo Tribunal Federal e precedentes desta Corte).

3. Na hipótese em apreço, publicada a sentença condenatória, o defensor foi intimado em 30/11/2010, e o réu em 16/12/2010, iniciando-se o prazo para interposição de recurso em 17/12/2010, com expiração em 10/1/2011, em razão do recesso forense, período esse transcorrido *in albis*, fazendo com que transitasse em julgado a sentença condenatória, sem que se verifique aí qualquer vício.

4. Não cabe a essa Corte de Justiça manifestar-se originariamente sobre questão não debatida no Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Ordem denegada. (HC 217.554/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012). (Grifos).

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao julgar o MS 1015162-86.2019.4.01.0000, posicionou pela necessidade de intimação pessoal do réu solto. Eis a ementa do julgado:

PJe - CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ARTIGO 392 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. JURISPRUDÊNCIA NÃO PACIFICADA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DA DÚVIDA A FAVOR DO RÉU. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

I - Em que pese a literalidade do art. 392, do CPP, a jurisprudência referente vem vacilando quanto à sua interpretação, ora entendendo pela desnecessidade de intimar o réu quando seu defensor constituído foi intimado, ora pela necessidade da dupla intimação. II - *Em razão de o tema não estar pacificado e existindo mais de uma leitura jurisprudencial para o dispositivo processual penal, entendo que deve ser aplicada a interpretação mais benéfica ao impetrante, conferindo assim efetividade aos princípios da ampla defesa e da dúvida a favor do réu.*

III - Considerando que a ausência de intimação constitui nulidade absoluta (art. 564, III, o, do CPP), concedo a ordem para reconhecer a nuli-

dade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, determinando-se a intimação pessoal do impetrante a fim de que possa interpor recurso de apelação.

IV - Agravo interno prejudicado. (MS 1015162-86.2019.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, TRF1 - SEGUNDA SEÇÃO, PJe 05/11/2019). (Grifos).

Do mesmo modo, decidiu a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PJe - PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A, II E III DO CP). SENTENÇA CONDENA-TÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO CONDENADO. NECESSIDADE. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Busca-se, com o presente Habeas Corpus, se obter o reconhecimento de necessidade de intimação pessoal do réu solto acerca da sentença condenatória, com a consequente nulidade da decisão que certificou o trânsito em julgado, obstaculizando o acesso do paciente ao segundo grau de jurisdição.

2. Posteriormente, à impetração, inovando na causa de pedir, a parte impetrante pugna pela declaração de extinção da punibilidade do paciente, alegando ter ocorrido a prescrição.

3. A jurisprudência não admite a utilização do Habeas Corpus como sucedâneo do meio processual adequado, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, em que se admite a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

4. A inicial da presente impetração se fundamenta na alegação de necessidade de intimação pessoal do paciente acerca da sentença que, proferida em 12/1/2017, o condenara à pena definitiva de 03 anos e nove meses de reclusão e 150 dias multa, substituída por duas restritivas de direito, uma delas de prestação de serviços à comunidade. Pede, em consequência, a nulidade da decisão que certificara o trânsito em julgado do *decisum*.

5. Não obstante jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que,

no caso de réu solto, a intimação da sentença condenatória pode ser feita ao advogado constituído (via imprensa oficial), *para dar efetividade ao princípio constitucional da ampla defesa, é preciso garantir ao réu ciência real da sentença condenatória, permitindo-lhe expressar por petição ou por termo nos autos seu inconformismo e manifestar seu eventual desejo de recorrer, nos termos dos artigos 577 e 578 do Código de Processo Penal*, para que os autos possam ser remetidos à instância recursal.

6. É de se registrar que o próprio STJ, no julgamento do HC 381297/TO, afastou o rigor do entendimento de que, em sendo o réu assistido por advogado constituído, suficiente a intimação da sentença condenatória por publicação no Diário Oficial. No referido julgado, concedeu-se a ordem de ofício, para reconhecer a nulidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, determinando-se a intimação pessoal dos pacientes a fim de que possam interpor recurso de apelação. Entendeu a Corte Superior que, naquele caso em análise, os pacientes responderam soltos à ação penal e foram intimados pessoalmente de todos os atos processuais, exceto a sentença condenatória intimação do julgado foi realizada mediante publicação no Diário da Justiça, o que configura violação aos princípios da confiança, da segurança jurídica e da boa-fé processual. (STJ 5ª Turma, HC 381297/TO, DJe de 27/03/2017).

7. Também esta Corte Regional tem jurisprudência no sentido de que a aplicação literal do artigo 392, inciso II, do Código de Processo Penal, quando o réu responde ao processo em liberdade, entendendo ser suficiente a intimação do defensor constituído a respeito da sentença condenatória, mediante publicação no Diário da Justiça, em nome do advogado por ele constituído, restringe a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa e coloca em risco a liberdade ambulatorial. (HC 0015177-43.2017.4.01.0000/MG, relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro, rel. convocado Juiz Federal Antonio Oswaldo Scarpa, Quarta Turma, e-DJF1 de 02/06/2017).

8. *A regra contida no artigo 392, incisos I e II, do Código de Processo Penal, segundo a qual a*

intimação pessoal do réu solto acerca da sentença condenatória seria desnecessária, não pode ser aplicada de maneira literal e irrestrita, sem levar em consideração outros dispositivos do próprio CPP, como o artigo 577, que atribui ao próprio réu o direito de recorrer, e o artigo 798, parágrafos 1º e 5º, alínea a, que marca o início do prazo para o recurso da intimação.

9. Com efeito, nos termos do artigo 577, do Código de Processo Penal, o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor e será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante. Não sabendo ou não podendo assinar o réu o seu nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas, segundo a norma de regência.

10. No caso, a autoridade impetrada tentou intimar o réu solto e, tendo sido frustrada a diligência, ao invés de tentar proceder à intimação por edital ou tentar intimá-lo no endereço posteriormente informado pela defesa, simplesmente desfez seu entendimento anterior, passando a considerar que a intimação pessoal do condenado solto seria desnecessária.

11. Plausível, assim, a tese defendida neste writ, no sentido de que não foi garantido ao paciente, na hipótese em exame, o direito ao exercício amplo de sua defesa, diante da ausência de sua intimação pessoal acerca da sentença condenatória.

12. De nada adiantaria a previsão legal contida nos artigos 577 e 578 do Código de Processo Penal, que confere ao acusado o direito de recorrer da sentença condenatória, não fosse efetivamente garantido ao réu o exercício pleno de seu direito à autodefesa, mediante a ciência da sentença condenatória, que não se faz pelo Diário Oficial, por ser veículo de comunicação destinada à intimação de atos judiciais e da familiaridade diária de advogados.

13. *Dar efetividade ao princípio constitucional da ampla defesa pressupõe dar real ciência ao réu da sentença condenatória, permitindo-lhe expressar por petição ou por termo nos autos sua irresignação e manifestar seu desejo de recorrer, nos termos dos artigos 577 e 578 do Código de*

Processo Penal, para que os autos possam ser remetidos à instância recursal.

(...)

22. Habeas Corpus não conhecido, seja quanto à alegação de falta de intimação pessoal (por ser substitutivo de recurso), seja quanto à alegação de prescrição (por ser inovação do pedido). Apreciando o tema da prescrição de ofício, desacolhe-se a alegação de sua ocorrência e, quanto à falta de intimação do réu solto acerca da sentença condenatória, concede-se, de ofício, a ordem pretendida para declarar a nulidade da decisão que certifica o trânsito em julgado da sentença condenatória, determinando que seja efetivada a intimação pessoal do réu no endereço fornecido por sua defesa ou, não sendo possível, que se proceda à sua intimação ficta, pela imprensa, a fim de que possa se for de sua vontade interpor recurso de apelação. (HC 1030803-512018.4.01.0000, DESEMBAR-GADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 14/06/2019 PAG.). (Grifos).

No julgamento da Apelação Criminal 1.0194.14.001655-2/001, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu no sentido “de que, tanto o defensor como o réu, devem ser intimados da sentença condenatória, por homenagem ao princípio da ampla defesa. E, na ausência de intimação do réu, não ocorre o trânsito em julgado da decisão”.⁶ O mesmo entendimento foi adotado na Revisão Criminal 1.0000.14.010200-5/000, sendo consignado que “*É dever do Estado-Juiz intimar o réu pessoalmente, preso ou solto, da decisão condenatória, com vistas a se efetivar a garantia constitucional do devido processo legal*”.⁷

Vale transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 68.149/DF, aduzindo ser necessária efetivação da dupla intimação de seu conteúdo ao réu e ao seu defensor técnico:

⁶ TJMG - Apelação Criminal 1.0194.14.001655-2/001, Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 6ª Câmara Criminal, julgamento em 08/03/2016, publicação da súmula em 18/03/2016.

⁷ TJMG - Revisão Criminal 1.0000.14.010200-5/000, Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos, 1º Grupo de Câmaras Criminais, julgamento em 09/06/2014, publicação da súmula em 11/06/2014.

Enquanto não se aperfeiçoar o procedimento de cientificação da sentença penal condenatória, com a necessária efetivação da dupla intimação de seu conteúdo ao réu e ao seu defensor técnico, seja este constituído ou dativo, não há como reconhecer, validamente, a fluência do prazo recursal, que só se inicia - qualquer que tenha sido a ordem em que realizado aquele ato processual - a contar da última cientificação ocorrida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. A *ratio subjacente* a esta orientação, que traduz posição jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em obséquio ao direito de liberdade das pessoas acusadas e condenadas em juízo penal, consiste, essencialmente, em sua concepção básica, em dar eficácia e concreção ao princípio constitucional do contraditório (RT 556/428). A inobservância, pelo Estado, dessa exigência jurídico-processual, de índole constitucional, desveste de qualquer validade a certificação do trânsito em julgado, para o acusado, da sentença penal condenatória, e legitima, desde que não esgotado o prazo legal de interposição da apelação criminal, contado da última intimação efetivada, o exercício, pelo réu condenado, do seu insuprimível direito de recorrer.

Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu, o professor Denílson Feitoza (2010. p. 1033) ensina que:

Apesar dos dispositivos legais, que dispensam a intimação do réu solto em alguns casos, é praticamente pacífica, na doutrina e na jurisprudência, a necessidade de intimação do réu, pessoalmente ou por edital (se não for encontrado) e do defensor, seja réu preso, revel, foragido ou em liberdade provisória e seja o defensor constituído ou dativo, *em razão do princípio constitucional da ampla defesa* (art. 5º, LV, da CR), salvo se for sentença absolutória própria (sem interposição de medida de segurança), quando se admite a intimação de um ou outro. (Grifos).

Os ilustres doutrinadores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2012, p. 776), ao discorrerem sobre o tema, defendem a neces-

cidade de efetivação da intimação pessoal do réu e de seu defensor técnico da sentença penal condenatória. Eis os argumentos dos processualistas:

392.2. Réu solto: Repetimos, ainda, mais uma vez: *qualquer que seja a decisão judicial, deve o Estado intimar o acusado pessoalmente, preso ou solto, do resultado do processo penal por ele instaurado. Essa é uma exigência de um processo devido e legal, no qual o jurisdicionado é respeitado na sua condição jurídica de não culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.*

Não se pode confundir a representação judicial que é feita pelo advogado constituído com os deveres estatais decorrentes do exercício do poder público. Não se pode presumir a realização de ato de tamanha importância, ainda quando absolutória a sentença.

Recusamos aplicação, portanto, da parte final do dispositivo (II), no ponto em que prevê a intimação do réu por intermédio de seu defensor, quando ele estiver em liberdade (mediante fiança ou nas infrações em que se livre solto - art. 312, CPP).

Se ele não for encontrado, deverá ser intimado por edital, sem prejuízo da intimação de seu defensor". (Grifos).

Na mesma trilha, são os ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 1135):

O art. 392, do CPP, procura assegurar a intimação pessoal do acusado, além da do seu defensor constituído. *Esse dispositivo tem redação original, ou seja, de 1941, sem ter sido afetado pelas reformas processuais penais. De tal modo, o texto precisa de leitura constitucional para ser aplicável também ao réu, de forma pessoal, ainda que esteja representado por defensor dativo. À época, não havia defensoria pública, razão pela qual deve ser aplicada a mesma disposição.*

Nos termos do mencionado dispositivo, a intimação da sentença deve ser feita:

(...).

(2) ao réu pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo

afiançável a infração, tiver prestado fiança. Malgrado a limitação do texto (dando a entender pela dispensabilidade da intimação do réu solto, quando intimado seu advogado), a interpretação desse dispositivo deve ser realizada conforme a Constituição. Com efeito, a CF/1988 assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Tal significa dizer que, se o réu sair sucumbente, ainda que estando em liberdade, deve-lhe ser garantido o direito de recorrer, ainda que contra o desejo do seu advogado ou de defensor. O direito de postular leigamente em primeira instância não conduz a outra conclusão senão a de exigir a intimação do réu, pessoalmente, toda vez que a sentença lhe for desfavorável, sem prejuízo de também ser necessária a intimação do defensor ou advogado. (Grifos).

Eugênio Pacelli (2017, p. 40), na 21ª edição obra intitulada “Curso de Processo Penal”, ensina que “o princípio constitucional da ampla defesa exige a intimação pessoal do acusado em qualquer hipótese, com o que estaria revogado o previsto no inciso II, que permite a intimação por intermédio do defensor”.

No meu entender, não há que se falar em revogação da norma, conforme defende o doutrinador anteriormente citado, mas sim na não recepção da norma pela Constituição da República de 1988, tendo em vista que a desnecessidade de intimação pessoal do réu da sentença penal condenatória está em descompasso com o novo regramento constitucional, portanto, não foi recepcionado pelo Texto Constitucional de 1988.

Vale registrar que alguns Tribunais Pátrios têm decidido pela desnecessidade de intimação pessoal do réu da sentença penal condenatória, o que deve ser repudiado pelos operadores do direito, haja vista que, para dar efetividade ao princípio constitucional da ampla defesa, pressupõe-se dar real ciência ao réu da sentença penal condenatória, permitindo-lhe expressar por petição ou por termo nos autos sua irrisignação e manifestar seu desejo de recorrer, nos termos dos artigos 577 e 578 do Código de Processo Penal, até porque o direito à ampla defesa e ao contraditório merece a devida proteção e efetivação por parte do Estado brasileiro.

Outrossim, a liberdade constitui um direito fundamental do indivíduo, conforme estabelece o *caput* do artigo 5º do Texto

Constitucional. Logo, faz-se necessária a intimação pessoal do réu da sentença penal que afeta a liberdade, para expressar seu eventual desejo de recorrer da sentença condenatória, nos termos dos artigos 577 e 578 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade do provimento jurisdicional.

De mais a mais, o artigo 577 do Código de Processo Penal autoriza a interposição de recurso pelo Ministério Público, pelo querelante, pelo réu, seu procurador ou seu defensor, o que reforça a tese da necessidade de intimação pessoal do réu da sentença penal condenatória, pois este é legitimado a interpor recurso contra a decisão que lhe for desfavorável. Este é o posicionamento do professor Renato Brasileiro Lima (2017, p. 1.550/1.551):

Ora, se tanto o acusado quanto seu defensor são dotados de legitimidade para interpor recursos, isso significa dizer que ambos devem ser intimados de eventual sentença condenatória ou absolutória imprópria. Por isso, considerada a sucumbência inerente a tais decisões, não foram recepcionadas pela Carta Magna as regras que permitem que a intimação de sentença condenatória (ou absolutória imprópria) seja feita apenas ao réu ou tão somente a seu defensor (v.g., CPP, art. 392, II). Nessa linha, como já se pronunciou o STJ, o acusado que respondeu solto ao processo, ainda que possua advogado constituído, deve ser intimado pessoalmente da condenação, sob pena de nulidade por violação ao princípio da ampla defesa. (...).

Destarte, caso não haja a intimação do acusado e de seu defensor, a consequência será a nulidade absoluta do feito. Assim, ainda que seja certificado pela vara criminal a preclusão da via impugnativa, afigura-se cabível a interposição de apelação ou a impetração de habeas corpus objetivando a rescisão do trânsito em julgado da decisão judicial, e subsequente julgamento de eventual recurso que venha a ser interposto. (Grifos).

Destarte, pode-se concluir que é necessária a intimação pessoal do réu da sentença penal condenatória, além da intimação de seu defensor constituído, dativo ou público, sob pena de nulidade do feito. Uma vez não localizado o réu no endereço informado nos autos, a intimação poderá ser feita por meio de

editais, tendo em vista que, após a citação, cabe ao réu informar nos autos a mudança de endereço.

Dessa forma, pode-se dizer que a dispensa de intimação pessoal do réu da sentença penal condenatória não foi recepcionada pela Lei Maior, uma vez que afronta os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Infelizmente, mesmo depois de transcorridos mais de 30 anos após a promulgação da Constituição de 1988, deparamos com julgados e posicionamentos jurídicos que desprezam as garantias fundamentais fixadas na norma suprema do ordenamento jurídico, em que, muitas vezes, a norma infraconstitucional é interpretada e aplicada sem levar em consideração as diretrizes fixadas no Texto Constitucional, fato este gravíssimo, pois afronta o princípio da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais.

Feitas essas considerações, conclui-se pela necessidade de uniformização da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, para exigir a dupla intimação da sentença penal condenatória (defesa técnica e do réu solto), pois a ausência de intimação pessoal do réu, ainda que solto, viola as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que é gravíssimo.

Conclusão

A par das considerações lançadas no presente estudo, pode-se concluir que é indispensável a intimação pessoal do réu solto da sentença penal condenatória, permitindo-lhe expressar por petição ou por termo nos autos sua irrisignação e manifestar seu desejo de recorrer em homenagem à garantia do duplo grau de jurisdição.

De mais a mais, não pode ser transferida a terceiros, no caso o defensor, a decisão de recorrer ou não da sentença penal condenatória, até porque o que está em "jogo" é a liberdade do indivíduo, logo, não podem terceiros, mesmo que tenham poderes para representar o réu, ser intimados com exclusividade da sentença penal condenatória. Com isso, o inciso II do artigo 392 do CPP merece ser interpretado em conformidade do Texto Constitucional, exigindo-se a intimação pessoal do réu, bem como de seus defensores, sob pena de nulidade do provimento jurisdicional.

Outrossim, o inciso II do artigo 392 do CPP, bem como qualquer outra norma infraconstitucional devem ser interpretados tomando como base as diretrizes fixadas no Texto Constitucio-

nal, não sendo admitida a interpretação da norma infraconstitucional isoladamente, conforme insiste parte da doutrina e jurisprudência.

Cabe consignar que as normas anteriores à Constituição, que forem conflitantes ao novo paradigma jurídico, não terão nenhum efeito, vez que não foram recepcionadas pelo novo regramento jurídico. Foi o que aconteceu com o II do artigo 392 do CPP no que tange à dispensa de intimação pessoal do réu da sentença penal condenatória, lembrando que a redação do dispositivo processual penal é de 1941. Logo, o hermeneuta deve realizar uma interpretação em conformidade com o Texto Constitucional, para exigir a intimação pessoal do réu quando a sentença penal lhe for desfavorável, sem prejuízo da intimação do defensor constituído pela imprensa oficial e do defensor dativo ou público na forma pessoal.

Vale lembrar que na fase de alegações finais, em caso de ausência da apresentação das razões pelo defensor constituído, o réu é intimado pessoalmente para constituir outro causídico para apresentar as razões finais, sendo-lhe advertido que, em caso de inércia, as alegações finais serão apresentadas pela defensoria pública ou por defensor dativo. Assim, seria um contrassenso dispensar a intimação pessoal do réu na sentença penal condenatória, na qual o indivíduo já tem uma decisão que afeta a sua liberdade, enquanto na fase de alegações finais não há decisão condenatória.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2016.

CARVALHO NETTO apud OMMATI, José Emílio Medauar. **Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 2. ed. Vol. 1, SP: Revista dos Tribunais, 1987.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói: Impetus, 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. RJ: Aide, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRAMER, Ana Cristina. **O Poder Judiciário e as ações na área da saúde**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm. Acesso em: 18.04.2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a fundamentação das decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e Cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Advocacia e o Ministério Público**. Disponível em: <https://oglo>

bo.globo.com/opiniaao/a-advocacia-o-ministerio-publico-21430637. "O Globo, 03/06/2017", p. 17. Acesso em 06.06.2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador; Editora JusPodivm, 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar. 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 26. ed. Editora Forense, 1999.

Direito e processo desportivo brasileiro: abordagem histórica, normativa e análise dos meios alternativos de resolução de conflitos

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Graduado em Sociologia

Graduado em Ciências Econômicas

Pós-graduado em Resolução de Conflitos

Pós-graduado em Direito Constitucional

Procurador do STJDFS – Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futsal

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de analisar os meios alternativos de resolução de conflito, como instrumentos de efetividade e celeridade, especificamente no Direito e Processo Desportivo. Inicialmente, serão discutidos os aspectos sociológicos, históricos e jurídicos do desporto e sua importância social e cultural. Seu desenvolvimento ocorreu com ênfase no final do século XIX, quando os países estavam envoltos em conflitos sociais decorrentes do capitalismo. No século XX, adquiriu importância econômica e internacional, difundindo-se em todo o mundo, gerador de empregos, rendas, tributos com características empresariais. Assim, o esporte necessita de regras de disciplina e de competição, havendo entidades para a consolidação e uniformização dessas regras em nível internacional. No Brasil, desenvolveram-se o Direito e a Justiça Desportiva como ramos jurídicos autônomos, atualmente com princípios e regras constitucionais e processo específico, atualmente o Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), aplicável a todas as modalidades esportivas. Em 2009, seguindo a tendência processual no país, foi implantado no CBJD o instituto da Transação Disciplinar Desportiva (TDD), meio alternativo de resolução de conflitos, pelo qual as partes podem negociar e, pelo consenso, se definir uma penalidade em substituição aos preceitos normativos do CBJD, visando dar efetividade e celeridade à Justiça Desportiva. Serão abordadas a TDD e a Arbitragem, com discussões teóricas e análise prática,

como mecanismo de educação e prevenção para atletas e demais envolvidos no esporte.

Palavras-chave: Direito e Processo Desportivo. Meios alternativos de resolução de conflitos. Transação Disciplinar Desportiva. Arbitragem. Efetividade e celeridade da Justiça Desportiva.

ABSTRACT

This article aims to analyze the alternative means of conflict resolution, as instruments of effectiveness and celerity, specifically in Sports Law and Process. Initially, the sociological, historical and legal aspects of sport and its social and cultural importance will be discussed. Its development took place with emphasis at the end of the 19th century, when countries were involved in social conflicts arising from Capitalism. In the 20th century, it acquired economic and international importance, spreading throughout the world, generating jobs, income, taxes with business characteristics. Thus, sport needs rules of discipline and competition, with entities for the consolidation and standardization of these rules at an international level. In Brazil, Sports Law and Justice were developed as autonomous legal branches, currently with constitutional principles and rules and a specific process, currently the Brazilian Code of Sports Justice (CBJD), applicable to all sports. In 2009, following the procedural trend in the country, the Sports Disciplinary Transaction (TDD) institute was implemented in the CBJD, an alternative means of conflict resolution, through which the parties can negotiate and, by consensus, define a penalty. replacing the normative precepts of the CBJD, aiming to give effectiveness and celerity to the Sports Justice. TDD and Arbitration will be addressed, with theoretical discussions and practical analysis, as a mechanism of education and prevention for athletes and others involved in the sport.

Keywords: Law and Sports Process. Alternative means of conflict resolution. Sports Disciplinary Transaction. Arbitration. Effectiveness and celerity of Sports Justice.

Introdução

O esporte está intrinsecamente ligado à educação, por ter aspectos culturais e sociológicos, quando incentiva a interação,

o respeito, a ética, o cuidado com o próximo, e as alternativas de ganhar e de perder, que são essenciais na formação psicológica do ser humano.

O Direito Desportivo está relacionado a esse sistema, regulando, disciplinando e fiscalizando a aplicação dos princípios e regras relacionados à prática do esporte competitivo. A sua função social tem se mostrado extremamente relevante, com repercussão no âmbito econômico, tributário, razão pela qual houve ênfase na publicização desse ramo jurídico, sendo, inclusive, regulado constitucionalmente.

Como normas gerais, há atualmente a Lei 9615/98, conhecida como Lei Pelé, além do Estatuto do Torcedor (Lei 10671/03), a legislação Antidoping e os regulamentos específicos de cada modalidade e das competições.

O Código Brasileiro da Justiça Desportiva (CBJD) é uma norma elaborada pelo Ministério do Esporte, através do Conselho Nacional de Esporte, sendo o último vigente de 2003, reformado em 2009, o qual regula e disciplina todas as atividades esportivas no país.

Assim, o CBJD é aplicável tanto no futebol, como no futsal, basquete, natação, entre outros, pois fundamenta principalmente as regras de caráter disciplinar, as quais são comuns a todas as modalidades esportivas.

Na década de 1970, desenvolveram-se, especialmente nos Estados Unidos, os meios alternativos de resolução de conflitos, visando dar efetividade e celeridade à Justiça.

Essa tendência foi sendo incorporada pelo direito processual brasileiro, através da utilização dos sistemas da conciliação e mediação, como também a arbitragem, no processo civil, penal e, posteriormente, no Direito Administrativo, Tributário e no Direito Desportivo, objeto desta abordagem.

Nosso objetivo é analisar os aspectos históricos, sociológicos e jurídicos do esporte, a formação e o desenvolvimento da justiça desportiva, sua relação com os outros ramos do Direito e, especificamente, a transação disciplinar e a arbitragem como relevantes meios de resolução de conflitos no âmbito do desporto.

É um assunto ainda de pequena aplicação, porém, por se tratar de resolução de conflitos na área desportiva, com sua imensa repercussão social e cultural, demonstra-se assim a importância do debate jurídico do referido assunto.

1 Aspectos históricos e sociológicos do esporte

Os jogos, como meios de disputa, estão presentes na sociedade desde os tempos primórdios, com registros, por exemplo, na Grécia e em Roma. Entretanto, eram para entretenimento dos povos, muitas vezes com violência e sem regras definidas.

O esporte como competição tem seu maior destaque nas Olimpíadas na Grécia Antiga. Na Idade Média, há registros de jogos e disputas dentro dos mosteiros, o que serviu para preservar a prática no decorrer do tempo.

Na Idade Moderna, com o mercantilismo e o desenvolvimento do capitalismo e das ciências, em face da ênfase na busca de riquezas e acúmulo de capital, ocorreu um decréscimo.

Contudo, na Idade Contemporânea, o crescimento da valorização do ser humano pelo antropocentrismo foi fator relevante para o recrudescimento do desporto. O homem não apenas com seu papel econômico, mas também com seu papel social, cultural, no qual se insere o esporte.

Assim, no século XIX, em face, também, dos conflitos sociais decorrentes das questões econômicas e trabalhistas, houve o incentivo ao desenvolvimento de várias modalidades esportivas, formas de estímulo à saúde e à interação social, concomitantemente ao desenvolvimento das ciências humanas, Sociologia, Medicina, Psicologia, entre outras. João Lyra Filho (1952, p. 10) demonstra a importância do esporte para a sociedade:

O desporto é expressão de um fato social cuja evidência cada vez mais penetrante não será possível discutir [...]; como todo fenômeno social, o desporto se projeta no domínio jurídico [...]; o fenômeno desportivo, como fato permanente, através de povos e civilizações, com seu caráter de instituição arraigada na sociedade moderna, criou um verdadeiro Direito Desportivo, com regras e princípios, mais ou menos definidos, cuja existência é reconhecida e que se concretiza com práticas e leis que se aplicam rigorosamente a quantas incidências se sucedem na vida do desporto. Assim como elemento que se infiltra, paralisando as manifestações humanas, o Direito não pode permanecer alheio a tais atividades.

Destaque para o futebol que, embora em sua forma primitiva já fosse praticado há muitos séculos, teve consolidadas suas

regras na Inglaterra e foi um dos grandes alavancadores do esporte em nível mundial. Isso ocorreu em face da consolidação e definição política do continente europeu e do desenvolvimento das relações diplomáticas, comerciais e de alianças políticas entre os países, inclusive com a retomada das Olimpíadas em 1896.

O futebol trouxe às nações a competição em sua nova perspectiva, relações entre adversários, valorizando contatos amistosos e amigáveis entre países, com repercussão social, política e econômica.

Segundo Álvaro Melo Filho (1986, p. 36), com o aumento da popularidade do futebol, o Estado teve que intervir para disciplinar o esporte, assim como aumentou o interesse no futebol do ponto de vista comercial e financeiro. Para o autor, o desporto teve três fases na sua História:

I - como ideário olímpico, que seria o amadorismo *versus* profissionalismo em que o fator mais importante era competir; II como caráter político-ideológico a exemplo do capitalismo x socialismo, em que o fator mais importante é vencer; e por fim, III como negócio financeiro, em que o fator mais importante é lucrar, como no exemplo ética mercantil x ética desportiva. O autor ainda prevê que o desporto sai da esfera do lazer, brincadeira e, produzindo repercussão em todos os campos, isso se deve ao fato da profissionalização e mercantilização dos esportes ocorridas durante o século XXI (1986, p. 37).

Dentro desse âmbito social e político, em 1904 foi criada a Federação Internacional de Futebol *Association* (FIFA). Inicialmente composta por países europeus, tais como Inglaterra, Itália, Alemanha, França, Espanha, Suécia e Suíça, em 1909 teve a filiação do primeiro país não europeu, a África do Sul; Argentina e Chile, em 1912 e Brasil, em 1923 (KRIEGER, 1999, p. 32).

A partir de então, o futebol começou a se profissionalizar e se difundir, tornando-se muito popular e movimentando grandes quantias em todos os lugares em que era praticado (MELO FILHO, 1986, p. 45). Era uma nova forma de expansionismo, com repercussão política e econômica em nível internacional.

2 Aspectos históricos e jurídicos do esporte no Brasil

No Brasil, os clubes de futebol começaram a ser formados no início do século XX, com regulamentos transcritos de entidades internacionais, com a formação de instituições promotoras descentralizadas, geralmente no âmbito estadual.

Em 1914, foi fundado o Comitê Olímpico Brasileiro (COB), com o Brasil participando de sua primeira Olimpíada em 1920.¹

Em 1916, foi criada a Confederação Brasileira de Desportos (CBD) e em 1923, ano em que o país aderiu à FIFA, a Federação Brasileira de Futebol.

Com a Copa do Mundo de 1930 e a participação do futebol na Olimpíada de 1936, houve o incremento do esporte no Brasil. As duas entidades foram unificadas em 1937 na CBD (atual Confederação Brasileira de Futebol). O objetivo era a profissionalização, seguindo tendência europeia. A partir daí, os jogadores começaram a ser remunerados, passando o futebol da fase amadora/recreativa para profissional, muito embora a grande maioria ainda tivesse necessidade de exercer outras atividades.

Passaram a ser construídos estádios com o intuito de se tornarem grandes arenas e a captação de mais dinheiro através dos ingressos, para que, assim, pudessem pagar salários aos atletas e profissionalizá-los. Era lazer, diversão, uma forma de amenizar conflitos sociais, principalmente para o trabalhador e sua família.

Até o início da década de 1940, as regras e disciplinas eram descentralizadas, cada federação tinha seus regulamentos e suas regras de disciplina:

O desporto regia-se pela sumária legislação das entidades dos diversos ramos desportivos, com obediência relativa aos preceitos internacionais, sem a menor interferência do Governo, em qualquer sentido, com organização precária, circunstâncias que mais põem em relevo o esforço e o

¹ O Comitê Paralímpico Brasileiro foi fundado em 1995, mas o Brasil, sob a coordenação do COB, participa das Paralimpiadas desde 1972, obtendo sua primeira medalha em 1976, atualmente sendo um país de destaque nos Jogos Paralímpicos de Verão. Os jogos olímpicos de inverno ocorrem desde o ano de 1924, tendo o Brasil participado desde 1992, ainda sem registro de medalhas. As Paralimpiadas de Inverno ocorrem desde 1976, tendo o Brasil participado desde 2014, ainda sem registro de medalhas.

sacrifício dos dirigentes da época, plantando as sementes que frutificariam na potência esportiva em que se torna, aos poucos o nosso país. Tal desorganização e a falta de preceitos legais do desporto ocasionaram, então, cisões que tantos malefícios causaram, sobretudo no futebol, onde se digladiaram entidades nacionais e entidades estaduais (PERRY,2000, p. 22).

Krieger (1999, p. 46) ressalta que, em 1937, surgiu o Estado Novo, que tinha como objetivo centralizar o poder para buscar o desenvolvimento do país, tendo como instrumento a edição de Decretos-Leis. E nessa perspectiva, a educação física e o esporte passaram a ter destaque, seguindo a ideologia de países da Europa.

Destarte, houve a edição da primeira norma sobre o assunto no país, o Decreto-Lei nº 526/38, o qual criou o Conselho Nacional de Cultura, com, entre suas atribuições, a supervisão das atividades esportivas. Logo a seguir, o Decreto-Lei nº 1056/39 criou a Comissão Nacional de Desportos, para os fins de apresentar um plano de regulamentação nacional.

Por conseguinte, o Decreto-Lei nº 3.199/41 estabeleceu as primeiras bases de organização dos desportos, seguindo a característica da Unicidade, com confederações para cada modalidade em nível nacional – inicialmente, as de basquete, pugilismo, vela e motor, esgrima, xadrez e a de desportos, que englobava, na época, o futebol, tênis, atletismo, remo, natação, vôlei, handebol e outros esportes não vinculados às demais confederações. Em âmbito estadual, as federações respectivas, com subvenções públicas e incentivos à prática, com ênfase em seu aspecto social, de educação e saúde. Foi criado o Conselho Nacional de Desportos (CND)², no qual, em seu artigo 3º, definia suas atribuições:

Disciplinar e organizar a administração das associações e demais entidades desportivas do país, incentivar o amadorismo e disciplinar o profis-

² O CND era o órgão diretamente vinculado ao Ministério da Educação e Cultura destinado a orientar, fiscalizar e incentivar a prática esportiva, que atuou de 1941 até 1993, quando foi extinto. Em 2002, através do Decreto nº 4201/2002, foi criado o Conselho Nacional do Esporte (CNE), o qual passou a realizar o desenvolvimento de políticas públicas, organização, gestão, qualidade e transparência do esporte nacional.

sionalismo, deliberar acerca da participação de delegações em jogos internacionais, conceder e fiscalizar subvenções a ser concedidas pelo governo federal a entidades desportivas. Foram instituídas as confederações a nível nacional. A nível estadual, os conselhos regionais e as confederações passaram a ser vinculadas às federações.

É de destacar que toda a matéria relativa à organização desportiva deveria ser regulada por lei federal, sendo vedada a prática de alguns esportes em sua modalidade feminina, entre os quais o futebol, que foi liberado apenas em 1983.

Seguindo os preceitos do Decreto-Lei nº 3199/41, como primórdio da regulamentação da Justiça Desportiva, o Decreto-Lei nº 5.342/43 determinou que os contratos de trabalho de jogadores e técnicos passassem a ser registrados na CBD, concedeu autonomia ao CND e às entidades nacionais de cada modalidade para punir e sancionar associações, árbitros, técnicos ou jogadores profissionais, tendo como principais penalidades a multa e a exclusão de torneios e competições.

Na década de 1950, teve como grande destaque no futebol a Copa do Mundo no Brasil. A perda da Copa foi considerada a grande alavancadora do esporte no país, pois tendo em vista a popularidade e seu crescimento no país, passou-se a investir mais ainda na regulamentação, no incentivo e nas subvenções públicas ao futebol.

Naquela época, como um novo esporte, se consolidou também o futsal, ou futebol de salão.

Inicialmente, era praticado no Uruguai, chamado de *Indoor Football*. Posteriormente, chegou ao Brasil por volta de 1935 com o nome de futebol de salão, onde teve suas regras definidas. Em 1954, foi criada a Federação Metropolitana de Futebol de Salão, no Rio de Janeiro; no ano posterior, a paulista; em 1956, a federação cearense, seguida por várias outras. As primeiras regras foram publicadas em 1956, em São Paulo.³

³ É considerado o segundo esporte mais popular e, atualmente, o de maior crescimento mundial. Em 1957, houve a tentativa de se fundar a Confederação Brasileira de Futebol de Salão; entretanto, o CND não homologou a ata instituidora. Então, o esporte ficou subordinado à CBD até 1979, quando, definitivamente, foi criada a CBFS. Em 1971, foi fundada em São Paulo a Federação Internacional de Futebol de Salão (FIFUSA), composta por Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Bolívia, Peru e Portugal. Em 1990, o Brasil desligou-se da FIFUSA e passou a ser vinculado à

A participação do Brasil nas Olimpíadas, o investimento público e a maior divulgação do esporte na mídia promoveram o crescimento de várias modalidades. Entretanto, muito ainda em sua forma amadora, uma maior regulamentação ainda se fazia necessária.

Mais adiante, em 1964, foi editado o Decreto nº 53.820, considerado a primeira norma específica dos direitos de atletas profissionais do futebol no Brasil, tais como o direito de transferência do jogador e de cada clube, as férias, o intervalo entre partidas de 60 horas, o contrato de trabalho em concordância com as leis trabalhistas vigentes até então.

A Lei nº 4638/65 estipulou que os códigos desportivos elaborados pelas confederações deveriam ser aprovados pelo CND e homologados pelo MEC. Era uma forma de fiscalização e tentativa de uniformização desse ramo do Direito que estava em forte desenvolvimento.

A Emenda Constitucional de 1969 ao artigo 8º, inciso XVII, alínea q, da Constituição de 1967 estabeleceu a competência da União para legislar sobre normas gerais do desporto, que havia sido descentralizada pela Constituição de 1946.

A Lei nº 6.251/75, em seu artigo 42, inciso III, dispôs sobre a elaboração de normas gerais sobre a Justiça Desportiva:

“Art. 42 – Compete ao Conselho Nacional de Desportos:

(...)

III – Propor ao Ministro da Educação e Cultura a expedição de normas referentes à manutenção da ordem desportiva e à organização da justiça e disciplina esportivas”.

E logo a seguir, atendendo a essa previsão legal, foi editada a Lei nº 6354/76, a qual regulamentou a relação de trabalho entre associações esportivas e atletas, com destaque para a implantação do sistema do Passe e da Justiça Desportiva, com a aprovação pelo CND, no ano de 1981, do Código Brasileiro Dis-

FIFA, que, desde 1989, passou a regulamentar as regras, além de difundir o esporte em todos os continentes, promover eventos mundiais e desenvolver a modalidade feminina. Ainda não faz parte dos jogos olímpicos, mas há muita pressão sobre o COI – Comitê Olímpico Internacional para a inclusão do futsal nas Olimpíadas, tendo em vista a sua popularidade e seu crescimento nos últimos anos, com perspectivas para o ano de 2028. Fonte: Origem do futsal. www.cbfs.com.br.

ciplinar de Futebol (CBDF); e para os esportes em geral, o Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportiva (CBJDD).

2.1 A Lei nº 6354/76 e a implantação do Passe no Brasil

A Lei nº 6354/76 instituiu o passe no Brasil, que, conforme seu art. 11, seria a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, considerada uma indenização pelo investimento do clube no profissional.

Por um lado, era um incentivo aos clubes para a formação de jogadores. De outro, a crítica que se fazia era que o atleta se tornava *res* (coisa). O direito do passe colocava o jogador sob as deliberações do empregador, que decidia unilateralmente acerca de sua negociação, mesmo após a extinção do contrato. Para ter autonomia, era necessário o próprio jogador comprar seu passe.

A legislação definiu alguns aspectos nas relações de trabalho do atleta de futebol, como o limite de idade para celebrar contrato, a jornada de trabalho e período de férias, o conceito de empregado e empregador, o conteúdo do contrato de trabalho. Na mesma linha, definiu a competência da Justiça Desportiva para apreciar litígios trabalhistas entre os atletas e as entidades desportivas:

Art. 29. Somente serão admitidas reclamações à Justiça do Trabalho depois de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva, a que se refere o item II do artigo 42 da Lei nº 6.251 de 08 de outubro de 1975, que proferirá decisão final no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da instauração do processo.

Parágrafo único. O ajuizamento da reclamação trabalhista, após o prazo a que se refere este artigo, tornará preclusa a instância disciplinar desportiva, no que se refere ao litígio trabalhista.

Nesse caso, a Justiça do Trabalho só poderia apreciar tais litígios caso esgotadas todas as instâncias da Justiça Desportiva.

2.2 A Constituição de 1988

Com a promulgação da Constituição de 1988, o desporto e a Justiça Desportiva passaram a ser abordados em diversos dis-

positivos, tais como o art. 5º, art. 24, 217, e houve também o desenvolvimento de uma legislação infraconstitucional bem abrangente em relação ao futebol e aos esportes em geral.

O art. 5º da Constituição Federal, inciso XXVIII, assegura a proteção à reprodução da voz e da imagem dos atletas nas atividades desportivas, o chamado Direito de Imagem. Foi uma grande evolução nos termos de direito de imagem dos jogadores profissionais de futebol e de todos e quaisquer esportistas brasileiros, que passaram a ter direito sobre sua imagem e ganhar maior visibilidade no cenário nacional e internacional.

Foi reconhecido o Direito de Arena, o qual é um percentual a ser distribuído entre os atletas quando envolver cotas de patrocinadores e quaisquer formas de repasse de valores às entidades esportivas pela participação em eventos esportivos. E, em seu art. 217, implantou no ordenamento jurídico, em nível constitucional, a Justiça Desportiva:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para o desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional;

(...).

§ 1º. O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei.

§ 2º. A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º. O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

A Lei nº 8028/90 estabeleceu a criação de normas gerais sobre desporto para dispor, entre outros, sobre o processo de julgamento das questões relativas à disciplina e a competições es-

portivas, resultando na edição da chamada Lei Zico.

Em face da disposição constitucional, que reconheceu a importância jurídica, social e econômica do esporte, defendemos também a edição de um Código Desportivo Nacional, dispondo sobre o direito material e processual referente ao desporto, a ser elaborado mediante proposta e análise de juristas, audiências públicas e ampla discussão no Congresso Nacional.

2.3 A Lei Zico e a Lei Pelé

Houve a edição da Lei nº 8672/1993, chamada Lei Zico, a qual instituiu as normas gerais para os desportos no Brasil. Foi regulamentada pelo Decreto nº 981/93. Manteve o sistema do passe; todavia, trouxe a possibilidade de os clubes passarem a ter gestão com fins lucrativos, o chamado clube-empresa.

Era uma forma de o esporte se tornar autônomo em relação ao Poder Público, independentemente de rendas de eventos e de subvenções. Assim, os clubes passaram a poder se organizar dentro de características empresariais, uma evolução do clube como entidade não lucrativa, passando a gerir seus jogadores, dentro das restrições da Lei do Passe, com possibilidade de investimentos em atletas, com retorno tanto para os clubes, quanto para as empresas investidoras e para os próprios atletas. Essa mudança desenvolveu a atividade esportiva e incrementou os investimentos dos clubes em outras modalidades, como basquete, vôlei, natação, atletismo, entre outros.

A partir da década de 1980, com o incremento das negociações de atletas, inclusive na esfera internacional, o futebol passou a ter um aspecto de marketing e empreendedorismo (KRIEGER, 1999, p. 56), demandando uma nova forma de regulamentação, que veio através da Lei nº 9.615/98, chamada Lei Pelé.

A Lei Pelé tem como destaque o fim do sistema do Passe. Os atletas passaram a ter um contrato de trabalho desportivo, com características próprias e duração máxima de 5 anos, além da possibilidade de extinção unilateral mediante compensação financeira, denominada cláusula penal. É um contrato regido pela CLT, pelas leis desportivas e pelos regulamentos da FIFA, esta principalmente quanto às transferências internacionais.

Foi um grande avanço para a legislação, como também passou a prever participação de clubes formadores de atletas nas negociações futuras, incentivando o investimento nas chamadas escolinhas ou categorias de base.

Assim, a Lei Pelé prevê a proteção dos clubes formadores e a multa rescisória, garantindo aos clubes os direitos que antes eram assegurados pelo sistema do passe, porém de forma mais democrática e seguindo os princípios do Direito de Trabalho.

Em seu art. 50, com a redação determinada pela Lei nº 10.672/2003, estabeleceu-se que a Justiça Desportiva terá sua organização, funcionamento e atribuições limitados ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, as quais serão definidas em códigos desportivos, facultando-se às ligas constituir seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições. Foi a consolidação do sistema da justiça desportiva, já prevista desde o Decreto nº 3199/41, elevada à categoria de assunto constitucional em 1988 e regulamentada pela Lei nº 9615/98.

Com a Lei nº 11438/06, chamada Lei de Incentivo ao Esporte, além dos recursos provenientes dos concursos de prognósticos, foi prevista a destinação de recursos provenientes de renúncia fiscal para projetos de modalidades desportivas e paradesportivas, o que alavancou mais ainda o apoio e o patrocínio de entidades privadas, em um segmento do mercado com um retorno significativo, visto a popularidade e a divulgação das marcas e produtos envolvidos.

Vale ressaltar que as Olimpíadas Paradesportivas passaram a ser realizadas desde 1960. A primeira participação brasileira foi em 1972, sob organização do COB, sendo o Comitê Olímpico Paradesportivo instituído somente em 1995. Ressalta-se a utilização do esporte como reabilitação de deficientes, com incremento tanto em termos de recursos financeiros, como em resultados por parte dos atletas brasileiros a cada participação.

3 O desenvolvimento do Direito Desportivo e da Justiça Desportiva no Brasil

O Direito Desportivo pode ser definido como um conjunto de técnicas, regras, instrumentos jurídicos sistematizados que tenham por fim disciplinar os comportamentos exigíveis na prática dos desportos em suas diversas modalidades (MELO FILHO, 1986, p. 22). O esporte atualmente tem sua vertente social, educativa, mas também o aspecto econômico, do clube-empresa como gerador de empregos, renda e tributos.

A partir dessa regulamentação de leis e regras que tutelam os esportes, a demanda de aplicação de penalidades a atos de infração cometidos nas competições, casos de dopagem e reso-

lução de litígios aumentou consideravelmente, razão pela qual teve incremento o Direito Desportivo e, também, a instalação e modernização de tribunais desportivos, para que essas lides fossem resolvidas por órgãos competentes e especializados nas legislações desportivas. Eduardo Carlezzo (2004, p. 24) expressa:

Embora a ciência jurídico-desportiva não esteja adstrita apenas ao estudo do futebol e suas relações com o direito, englobando também o vôlei, o futsal, o judô, o atletismo, enfim, as mais diversas modalidades esportivas praticadas no país, não há como olvidar que a grande estrela e carro-chefe do esporte brasileiro é o futebol. E é neste esporte que o Direito Desportivo tem encontrado sua maior parcela de crescimento, pois hoje percebemos quase que diariamente a veiculação na imprensa nacional de matérias pertinentes a esta área, ora dizendo que um jogador está pleiteando junto à Justiça do Trabalho o seu atestado liberatório, ou que determinado jogador fora expulso em uma partida e irá ser julgado pelo Tribunal de Justiça Desportiva ou ainda que determinado clube está pleiteando pontos junto à justiça desportiva ou à justiça comum. Pois bem, todas estas questões são alvo da tutela jurídica do Direito Desportivo, tendo contribuído decisivamente para a divulgação do mesmo e, principalmente, para sua consolidação enquanto ciência jurídica autônoma.

Posteriormente, em 2003, os dois códigos CBDF e CBJDD foram unificados no Código Brasileiro de Justiça Disciplinar (CBJD) com grande reforma em 2009, a ser aplicado a todas as modalidades esportivas, consolidação muito importante para o Direito Desportivo nacional.

Como característica da Justiça Desportiva, de caráter administrativo, é o princípio da celeridade processual, pois há o prazo máximo de 60 (sessenta) dias para proferir decisão final, contados a partir da instauração do processo. É de se destacar que, caso não se conclua o julgamento no prazo consignado, o interessado – atleta ou não, pois a competência abrange também árbitros, técnicos, dirigentes, equipes e demais envolvidos no esporte – poderá buscar o Poder Judiciário.

Afora as leis nacionais, são vigentes os Estatutos das entidades organizadoras de competições futebolísticas, como a FIFA.

Muito se discute sobre a validade dessas normas no ordenamento brasileiro. Contudo, como são entidades privadas, são plenamente válidas e aplicáveis a quem participa de suas competições, com exceção de normas que porventura não estejam de acordo com os princípios e as regras internas do país.

3.1 Da Justiça Desportiva

O direito desportivo se desenvolveu a partir das normas que passaram a regular progressivamente o futebol e o desporto no Brasil, como também a demanda por um órgão colegiado para processar e julgar os conflitos resultantes das relações e das práticas desportivas dentro do território brasileiro. Segundo Zveiter (1981, p. 213), a Justiça Desportiva foi instituída através da Portaria do CND 24 e Resolução 24, ambas de 1941. Como ressaltam Rezende e Nascimento (2010, p. 76):

Desde os tempos em que o futebol deixou a esfera amadora e passou a ser profissionalizado, surgiu a grande necessidade de um órgão especializado no assunto para resolver as lides, conflitos e até mesmo padronização de regras e punições que começavam a ser aplicadas até então pelos próprios organizadores das competições de forma mais informal. Com a grande movimentação de capital que o futebol proporcionou no último século (e não somente nele), foi necessária a criação desse órgão que se assemelha ao poder judiciário, mas que carrega consigo um conteúdo maior e mais especializado na área do até então pouco conhecido direito desportivo. O giro de investimentos não atraía somente olhares daqueles que vivenciavam o esporte, mas também do Estado que via milhões de dólares (moeda universal que era utilizada para negociar atletas e entidades desportivas) entrar no país por causa da transferência de somente um jogador de futebol. Com a chance de arrecadar mais com a participação nas transações financeiras do futebol, o Estado começou a se preocupar mais, investir mais no esporte.

A Lei Pelé (9615/98), em seu art. 50, destaca que a Justiça Desportiva terá sua organização, funcionamento e atribuições limitados ao processo e julgamento das infrações disciplinares e

às competições desportivas, as quais serão definidas em códigos desportivos, facultando-se às ligas constituir seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições. Krieger (1999, p. 72) ressalta as partes legítimas para figurar nas demandas:

(...) O futebol, como todo esporte institucionalizado, rege-se por normas específicas que obrigam ao seu cumprimento os que dele participam oficial ou formalmente. Entidades, dirigentes, associações e as pessoas físicas que prestam serviços como treinadores, massagistas, fisicultores, médicos e, claro, atletas, bem como árbitros, não apenas não podem ignorar essas normas como devem conhecê-las perfeitamente, pois que a elas estão obrigados.

Álvaro Mello Filho (2004, p. 76) destaca a celeridade e a especialidade como suas principais características:

(...) Não será possível definir direito e aplicar justiça em função de matéria desportiva fora do mundo do desporto, sem o espírito da verdade desportiva, sem o sentimento da razão desportiva. Aquele que decidir questão originária do desporto, imbuído do pensamento formalizado nas leis terá distraído a consciência da justiça. Nota-se, então, que a CRFB/88 é taxativa ao dispor que o Poder Judiciário só poderá conhecer das ações relativas à Justiça Desportiva depois de esgotadas as instâncias da mesma, ou, ainda, quando a decisão final não é proferida no prazo de 60 (sessenta) dias, conforme parágrafo segundo do artigo 217, da CRFB/88, anteriormente citado (...) Sendo esgotado o prazo de 60 (sessenta) dias, tornam-se preclusas as instâncias da Justiça Desportiva, a menos que a parte, expressa ou tacitamente, concorde em prosseguir com o andamento do processo. Porém, esta concordância não impede que a parte, antes da decisão final, possa vir a valer-se das instâncias da Justiça Comum, ou seja, do Poder Judiciário.

Conforme o CBJD, em seu art.165-A, há prescrição em trinta dias, quanto à pretensão punitiva disciplinar da Procuradoria

relativa às infrações previstas nos arts. 250 a 258-D; em sessenta dias, a pretensão punitiva disciplinar da Procuradoria, quando este Código não lhe haja fixado outro prazo.

Além disso, há acordos entre entidades em seus regulamentos para não recorrer à Justiça Comum antes de esgotar a especializada, sujeito a punições disciplinares. Como assevera Carvalho (2000, p. 159):

(...) as instâncias da Justiça Desportiva ficam esgotadas, em princípio, quando qualquer de seus órgãos profere decisões de que não caibam recursos para outras instâncias o julga no caso de competência originária. Sendo recorrível a decisão não haverá esgotamento da instância se a parte deixar de recorrer por qualquer motivo.

Portanto, são órgãos que integram a Justiça Desportiva: o Superior Tribunal de Justiça Desportiva, o qual funciona junto às entidades nacionais de administração do desporto; os Tribunais de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades regionais; as Comissões Disciplinares, com competência para processar e julgar as questões previstas nos Códigos de Justiça Desportiva, sempre assegurados a ampla defesa e o contraditório; e as juntas de Justiça Desportiva (artigo 91, da Lei nº 9.615/98).

Como princípios básicos, tem-se o *Pro Competitione*, que é o incentivo à autonomia e prevalência das decisões através de jogos e partidas, inclusive da arbitragem, sendo que apenas subsidiariamente ou em caso de eventual transgressão considerada grave é que essas decisões poderão ser analisadas e revistas pelos órgãos jurisdicionais.

O Princípio do *Fair Play*, que é o respeito, a ética e a disciplina entre os competidores, com a arbitragem e demais envolvidas na prática esportiva.

Há também os princípios da autonomia, pela qual as pessoas físicas e jurídicas têm a garantia de se organizarem para a prática desportiva; da identidade nacional, pela proteção e incentivo às manifestações de criação nacional; da educação, através do desenvolvimento integral da pessoa humana como ser participante e pela priorização dos recursos públicos ao desporto educacional; da descentralização, pela organização e funcionamento harmônicos dos sistemas nos níveis federal, estadual e municipal. Além dos princípios gerais de direito aplicados subsidiariamente, como isonomia, equidade, razoabilidade, proporcionalidade.

3.2 O processo desportivo e o CBJD

No Brasil, inicialmente buscou-se reunir todas as normas legais e infralegais referentes ao futebol, implantando-se o Código Brasileiro Disciplinar do Futebol (CBDF), aprovado pela Portaria do MEC 702/81, com as alterações trazidas pela Portaria 328/87. Assim, a Justiça Desportiva passou a ser regulamentada pelo CBDF, em relação ao futebol; e no Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportivas (CBJDD) para os demais esportes.

Do contexto social, jurídico e internacional surgiu a necessidade de estabelecer regras unificadas no sistema desportivo em geral, em face da sua crescente importância na sociedade. Conforme Melo Filho (2004, p. 182/185):

Numa sociedade globalizada, o desporto, tais como direitos humanos, ecologia, comunicação, espaço aéreo, etc., são matérias que refogem a uma normatização exclusivamente nacional. Vale dizer, o desporto ignora fronteiras, pois suas regras e estruturas são universais, o que determinou a “mondialization du sport”, por sinal, na “Era Del Deporte” e da “sociedade desportivizada” é evidente a pujança e universalidade de valores que o fato desportivo desperta, em todas as nações, independentemente de ideologias e graus de desenvolvimento sócio-econômico-cultural. (...) Com o intuito de facilitar a compreensão e funcionamento das regras que regem o desporto, pela busca de instrumentos jurídicos para prevenção, mediação e resolução dos problemas e conflitos desportivos eminentes e futuros, criou-se, então, o Código Brasileiro de Justiça Desportiva, uma vez que este deve atender às exigências de qualidade e segurança do Sistema Brasileiro Desportivo. E a criação do Código Brasileiro de Justiça Desportiva veio para garantir a eficácia e efetividade do desporto, pois é um instrumento hábil, capaz de influenciar mudanças sociais, desenvolvimento educacional e estabilizar identidade cultural. (...) Impede aduzir que caberá a estes Códigos Desportivos igualmente definir ‘a organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva’, observados os parâmetros e os limites constitucionais e legais, que tornam sua atuação adstrita ‘ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas’.

Por conseguinte, tendo em vista seu desenvolvimento e suas novas perspectivas no âmbito econômico-financeiro e internacional foi elaborado um novo normativo, o Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), vigente a partir de 2003, com ampla reforma em 2009, unificando sua aplicação nas várias modalidades esportivas, que se passa a analisar.

Existe a possibilidade de advertência para as infrações menos graves e a configuração de infrações específicas para cada prática esportiva, em face de suas peculiaridades. Nas partidas podem ocorrer infrações, tanto em relação às equipes, aos torcedores, à segurança do local, à arbitragem e, principalmente, contra os jogadores (art. 1º, §1º). Assim, todos esses agentes, como também terceiros envolvidos, podem ser punidos com advertência, multa, suspensão por partida, suspensão por prazo, perda de pontos, interdição de praça de desportos, perda de mando de campo, indenização, eliminação, perda de renda e exclusão de campeonato ou torneio (art. 170), com atenuantes, agravantes, concurso formal, concurso material, para uma dosimetria da penalidade.

Do art. 191 ao 219 estão previstas as infrações relativas à administração desportiva, às competições e à justiça desportiva; do art. 220 a 231 das infrações referentes à Justiça Desportiva; do art. 234 ao 243-G das infrações contra a ética desportiva, do art. 249-a ao 258-d das infrações relativas à disputa das partidas, provas ou equivalentes; e do art. 259 a 273 das infrações relativas à arbitragem.

São órgãos do STJD e dos TJD o Tribunal Pleno e as Comissões Disciplinares. O Tribunal Pleno compõe-se de nove auditores, de reconhecido saber jurídico desportivo e reputação ilibada, sendo no STJD dois indicados pela entidade nacional de administração do desporto; dois indicados pelas entidades de prática desportiva que participem da principal competição da entidade nacional de administração do desporto; dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; um representante dos árbitros, indicado por entidade representativa; e dois representantes dos atletas, indicados por entidade representativa (art. 4º) e o equivalente para os TJD. As Comissões Disciplinares são compostas por cinco auditores cada uma, os quais não pertencem ao Tribunal Pleno.

Funciona junto ao STJD e aos Tribunais a Procuradoria, que tem a atribuição de oferecer denúncia, dar parecer nos processos de competência do órgão judicante aos quais estejam vinculados, interpor recursos e requerer a instauração de inquérito

(art. 21). No art. 29 está previsto o defensor, em face do Princípio da Ampla Defesa, podendo ser constituído pelo denunciado ou dativos, indicados pelo próprio Tribunal.

Existe o processo sumário, o disciplinar; e o especial, referente ao inquérito, à impugnação de partida, prova ou equivalente, ao mandado de garantia (art. 88, com característica do mandado de segurança cível); à reabilitação; à dopagem, com legislação específica, à suspensão, desfiliação ou desvinculação imposta pelas entidades de administração ou de prática desportiva; à revisão; às medidas inominadas do art. 119; e à transação disciplinar desportiva (art. 34). Há no art. 35 a previsão da suspensão preventiva nos casos elencados.

As provas são documentais, testemunhas, periciais, inspeção, audiovisuais, exibição de documentos e outros meios legais (art. 56 a 70). As decisões disciplinares da equipe de arbitragem no decorrer da partida são definitivas, passíveis de alteração somente em casos de infrações graves ou graves equívocos, quando poderão, em caráter excepcional, ser revistos pelos órgãos judicantes (art. 58-B), em face do Princípio da Prevalência de competição (*Pro Competitione*).

Os recursos podem ser apresentados no prazo de 03 (três) dias, nos termos do art. 136, podendo ser interpostos pelo autor, pelo réu, por terceiro interveniente, pela Procuradoria e pela entidade de administração do desporto.

Portanto, as Comissões Disciplinares, os Tribunais ou Superiores Tribunais, originariamente ou em grau de recurso, através de seus procuradores analisam as súmulas das arbitragens, denúncias de terceiros, entre outros documentos, e promovem a abertura de inquérito ou a denúncia, os quais são distribuídos para um relator que, perante um Colegiado, emite seu voto e a decisão é votada pela Comissão.

Em face dos problemas com torcidas organizadas, como também pela necessidade de adequação às regras do Código de Defesa do Consumidor, foi editado o Estatuto do Torcedor (Lei nº 10671/2003), para os fins de regular os direitos e deveres dos torcedores, como agentes e consumidores do esporte. É tanto que se ocorrer uma infração no estádio ou na quadra e for identificado individualmente o(s) autor(es), a equipe não será punida, a não ser que comprovada sua participação. Por isso a importância da presença da autoridade policial e dos juizados especiais nas praças esportivas.

Como signatário da Convenção Internacional contra o Doping no Esporte da UNESCO, a legislação brasileira incorpo-

rou as orientações da Agência Mundial Antidoping (WADA-AMA), através do Decreto nº 6653/2008, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Internacional contra o Doping nos Esportes (Paris/2005), e através da Lei nº 13.322/2016, a qual prevê direitos e punições específicas para casos de dopagem.

4 A Transação Disciplinar Desportiva como meio alternativo de resolução de conflitos

Muitas vezes, uma punição extensa pode prejudicar o andamento das competições e a própria prática esportiva, quando o infrator pode ter já o discernimento para não cometer mais infrações, inclusive quando for atos de pequena gravidade.

Assim, o CBJD, em sua reforma de 2009, incorporou o instituto da Transação Disciplinar Desportiva, considerada pela doutrina oriunda dos Juizados Especiais, que se passa a analisar.

A Lei nº 9099/95 instituiu o instituto da transação penal, visando dar celeridade aos processos de menor potencial ofensivo. É um procedimento que ocorre em uma fase pré-processual, de natureza consensual, pelo qual o Ministério Público, competente para apresentar denúncia, observando a existência de pressupostos objetivos e subjetivos, propõe uma transação para pôr fim à demanda.

A proposta do *Parquet* é apresentada ao sujeito passivo e que, se aceita por este e pelo seu defensor, será analisada pelo magistrado que pode rejeitar, se considerar ilegal, injusta ou desarrazoada, ou homologar, sendo, assim, aplicada uma pena restritiva de direitos ou pena pecuniária.

Parte da doutrina afirma que na transação penal ocorre assunção de culpa por parte do suposto autor do fato delituoso e que, por isso, não há desrespeito ao contraditório e à ampla defesa. Com efeito, dentro de um procedimento judicial comum, o suposto autor do delito deixa de se utilizar de algumas prerrogativas, com a própria ampla defesa, dispondo de seu estado de inocência, sem ter sido ainda acusado pela prática de qualquer fato típico e antijurídico e sem ter a oportunidade de contraditar. Damásio E. de Jesus (1996, p. 76), ao comentar o art. 76 da Lei nº 9.099/95, preleciona que:

O instituto da transação inclui-se no “espaço de consenso”, em que o Estado, respeitando a autonomia de vontade entre as partes, limita vo-

luntariamente o acolhimento e o uso de determinados direitos. De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária, etc. Vantagens: 1ª) a resposta penal é imediata; 2ª evita um processo moroso; 3ª) desvencilha rapidamente o delinqüente das malhas do processo; 4ª) reduz o custo do delito; Desvantagens: 1ª) ausência de exercício dos princípios da verdade real, do contraditório, do recurso, da ampla defesa, do estado de inocência, etc.; 2ª) coação psicológica do autuado; 3ª) desigualdade entre as partes.

Por outro lado, o indivíduo não é obrigado a transigir. Porém, o fazendo, terá mais uma oportunidade de provar sua inocência, de maneira simples e breve, sem ter que passar por todos os transtornos de um processo moroso e complicado, bastando que, logo após a exordial acusatória, o Ministério Público faça a proposta, o acusado aceita, e o juiz passa a analisar a proposição, podendo homologá-la. Esse instituto da Transação, em que o Ministério Público e o autor da infração finalizam o processo mediante um acordo, antes mesmo de iniciar o processo, sem contraditório e sem defesa, apesar de bastante questionado pela doutrina, é uma forma de dar celeridade ao processo e efetividade à Justiça, pois, finalizando questões de pequeno potencial, resguarda o Judiciário para as questões de relevância.

Como enfatizado, a transação é voluntária. Se o indivíduo tem certeza de provar sua inocência, ele pode rejeitar a proposta e dar seguimento ao processo até a sentença final, garantindo-se, desse modo, o contraditório e a ampla defesa.

4.1 A implantação da TDD no CBJD

No CBJD, com a reforma de 2009, foi implantada a Transação Disciplinar - TDD, que pode ser proposta em qualquer fase do processo, nos termos a seguir transcritos:

Art. 80-A. A Procuradoria poderá sugerir a aplicação imediata de quaisquer das penas previstas nos incisos II a IV do art. 170, conforme especifi-

cado em proposta de transação disciplinar desportiva apresentada ao autor da infração.

§ 1º A transação disciplinar desportiva somente poderá ser admitida nos seguintes casos:

**I — De infração prevista no art. 206, exce-
tuada a hipótese de seu § 1º;**

**II — De infrações previstas nos arts. 250 a
258-C;**

**III — De infrações previstas nos arts. 259 a
273.**

§ 2º Não se admitirá a proposta de transação disciplinar desportiva quando:

**I — O infrator tiver sido beneficiado, no
prazo de trezentos e sessenta dias anterior-
es à infração, pela transação disciplinar
desportiva prevista neste artigo;**

**II — O infrator não possuir antecedentes e
conduta desportiva justificadores da ado-
ção da medida;**

**III — Os motivos e as circunstâncias da in-
fração indicarem não ser suficiente a ado-
ção da medida.**

§ 3º A transação disciplinar desportiva deverá conter ao menos uma das penas previstas nos incisos II a IV do art. 170, que poderão ser cumuladas com medidas de interesse social. (grifamos)

O instituto da transação disciplinar atende ao Princípio *Pro Competition*, pois incentiva a continuidade da participação dos atletas e demais pessoas envolvidas nos certames.

Da mesma forma, visa ao aspecto educativo e preventivo prioritariamente em infrações de menor gravidade, elencadas restritivamente, tais como: atraso do início da realização da partida (Artigo 206); prática de ato desleal, impedir oportunidade clara de gol, empurrar acintosamente o adversário, praticar agressão física durante a partida, cuspir, reclamar, entre outras infrações (Arts. 250 a 258-C); infrações relativas à arbitragem, previstas nos artigos 259 a 273, tais como desrespeitar as regras relativas à função, deixar de relatar as ocorrências disciplinares da partida ou fazê-lo de modo a impossibilitar ou dificultar a punição dos infratores, deturpar os fatos ocorridos, praticar atos com excesso ou abuso de autoridade.

Contudo, sua aplicação não deve ser tão branda para não se transformar em perdão, ou o que poderíamos chamar de “ab-

solução indireta”; nem tão pesada que se torne inviável ou acima das possibilidades do autor da infração.

Ressalte-se que a TDD deve ser aplicada uma vez a cada 360 dias, o infrator não deve possuir antecedentes, e as circunstâncias da infração devem justificar a aplicação da medida alternativa.

Para o infrator, não importará no registro em sua ficha para efeito de reincidência; mas o infrator não poderá se beneficiar da transação novamente em prazo inferior a 360 dias.

O referido instituto prevê a cumulação de uma das penas previstas no art. 170, II a IV com medidas de interesse social:

Art. 170. Às infrações disciplinares previstas neste Código correspondem as seguintes penas:

I — Advertência;

II — Multa;

III — Suspensão por partida;

IV — Suspensão por prazo. (grifamos)

Considerados os elementos de fato, a Procuradoria propõe a adoção da transação disciplinar, desde que atendidos todos os requisitos do art. 80-A, CBJD.

O Princípio da Independência na mediação e na conciliação significa que, para se buscar solução do conflito entre as partes, deve-se privilegiar a autonomia. As partes não podem se sentir obrigadas ou coagidas a fazerem um acordo, visando simplesmente colocar fim a um processo (DIAS e FARIA, 2016, p. 32).

Entretanto, conforme os princípios da conciliação e mediação, entre os quais a isonomia, autonomia, equidade e cooperação entre as partes, a nosso ver a TDD pode ser proposta pela Procuradoria, mas também pelo autor da infração, passando-se a uma fase negocial, que pode ser pré-processual ou mesmo durante o processo ou recurso, quando haverá o efeito suspensivo, até a finalização do acordo.

Todavia, esses prazos devem ser breves, haja vista a celeridade da Justiça Desportiva, com prazo para finalização dos processos de no máximo 60 (sessenta) dias. Concordando a parte com a proposta, a TDD será remetida a um auditor do Tribunal para análise e homologação. Rejeitada a homologação, poderá haver recurso ao Tribunal Pleno. Conforme os termos transcritos:

Art. 80-A: ...

§ 6º Da decisão do relator que negar a transação disciplinar desportiva acordada entre Procuradoria e infrator caberá recurso ao Tribunal Pleno.

§ 7º A transação disciplinar desportiva a que se refere este artigo poderá ser firmada entre Procuradoria e infrator antes ou após o oferecimento de denúncia, em qualquer fase processual, devendo sempre ser submetida à apreciação de relator sorteado, membro do Tribunal Pleno do TJD ou STJD competente para julgar a infração, suspendendo-se condicionalmente o processo até o efetivo cumprimento da transação.

§ 8º Quando a denúncia ou o recurso já houver sido distribuído, o relator sorteado, membro do Tribunal Pleno do TJD ou STJD competente para julgar a infração, será o competente para apreciar a transação disciplinar desportiva.

Contudo, vários questionamentos são feitos pela doutrina:

E qual será o procedimento a ser seguido pela Secretaria quando o feito for de competência da Comissão Disciplinar? Será distribuído antes a um Auditor do Pleno? Muitos Tribunais de Justiça Desportiva brasileiros contam com mais de uma comissão disciplinar, que terminam por julgar grande número de processos e boa parte dos denunciados, saliente-se, se enquadram nas disposições admitidas como passíveis de transação disciplinar desportiva.

Portanto, a redação legal imporá aos Tribunais Plenos uma sobrecarga, já que se exige que um de seus membros decida, homologando ou não, o acordo. Pois bem. Outra questão de ordem prática integra este debate: oferecida a transação, antes de recebida a denúncia, o feito será interrompido e levado ao Presidente do TJD para nova distribuição para fins de homologação por um Auditor do Pleno. Esta delonga ainda pode acarretar, nalguns casos, a impunidade devido à prescrição. Se a referida proposta for negada, sendo interposto recurso, o temor revelado acima se torna mais presente. Logicamente, não se tem o direito à ampla defesa como mal, rogando a sua supressão, ou mesmo, se contesta a existência de lapso prescricional, somente se demonstra que um excesso de burocracia indevida poderá malferir os valores que sempre foram baliza da Justiça Desportiva. Veja-se mais,

por exemplo, se a Procuradoria não quiser oferecer a benesse legal, a Defesa poderá recorrer ao Pleno para que decida a questão, afinal, a Comissão Disciplinar não poderá, por razões lógicas, decidir sobre esta matéria. Assim, poder-se-á criar um óbice legal à fluidez que é costumeira nas ações desportivas. Por certo, isto implicará em necessária adequação dos Tribunais. (SOARES,2010, p. 25). (Grifamos).

A TDD é um mecanismo alternativo de resolução de conflitos que atende ao Princípio da Celeridade da Justiça Desportiva e da isonomia. Como exposto, pode ser proposta em qualquer fase processual, porém apenas a determinados fatos elencados no CBJD, considerados de menor potencial ofensivo.

As Comissões Disciplinares e os Tribunais devem atuar em conjunto para deliberar com a máxima efetividade sobre tais demandas.

Conforme dados da CBF, em relação ao futebol, no ano de 2021, pelo STJD o maior número de denúncias ocorreu em face de infrações tipificadas nos artigos 206, 250 e 258, CBJD. São eles: o atraso no início e reinício das partidas pelas equipes; o ato desleal ou hostil e, por último, o desrespeito ou reclamação contra a arbitragem. Todos esses preceitos são cabíveis de TDD.

Portanto, a TDD é um mecanismo de grande importância para a Justiça Desportiva, vez que importa em aumento da certeza jurídica e da celeridade.

4.2 A TDD na prática

A TDD tem sido um mecanismo pouco utilizado na Justiça Desportiva, mas que poderia favorecer a continuidade das competições sem descumprir a finalidade punitiva e educativa para com os infratores.

Ademais, muitas vezes, as equipes são prejudicadas pela ausência de um atleta importante para a partida que pode se encontrar ausente por um ato impensado, no calor da disputa e que pode ter penalidade elevada.

O Direito Desportivo privilegia a disputa competitiva. E a TDD tem um aspecto social, quando dispõe sobre a substituição da pena por medidas de interesse da sociedade.

Assim, há a alternativa de o atleta, por exemplo, firmar uma transação com a Procuradoria nos termos de suspensão por 01 (uma) partida e, dependendo das suas condições econômico-

financeiras, uma doação de cestas básicas, outros bens ou valores, por exemplo, a favor de uma instituição beneficente. Reforça-se, assim, o caráter social do esporte, a sua repercussão na mídia, por esse ato de interesse social, liberando o jogador para a disputa, porém com a restrição de não poder realizar outra TDD no prazo de 360 dias.

Pode-se verificar que há um equilíbrio entre as partes. Não se está abrindo mão da aplicação da pena; caso contrário, o atleta poderia passar a, reiteradamente, optar pela TDD, afastando indiretamente os efeitos do CBJD contra si. Por isso a vedação da reutilização do sistema no citado período.

Outro fator a ser verificado é que a TDD após o julgamento pode trazer um paradoxo. Exemplificando, um fato descrito na Súmula pode ser punido com suspensão de 01 a 06 partidas. Após o julgamento, há a condenação em 01 partida. O atleta, assim, já cumpriu a suspensão automática e está liberado para competir.

Noutra situação, o atleta é condenado a 03 (três) partidas de suspensão. Ele pode, assim, em grau de recurso, propor a Transação, por exemplo, para ser fixada a suspensão de 01 (uma) partida e mais a distribuição, por exemplo, de bolas e uniformes para uma escola pública. Nesse caso, ele estaria substituindo uma punição de suspensão por 02 partidas (cumprida uma automática), em troca de uma medida de interesse social. O sistema permite, porém, que deve ser analisado pela Procuradoria e pelo Relator que irá homologar a sua viabilidade e razoabilidade.

É uma alternativa às punições contra clubes, às vezes punidos em face de atos isolados de torcedores não identificados nas praças esportivas. Essa punição pode ser perda de mando de campo, o que pode ser substituído por multa e medida de caráter social.

Temos, atualmente, registro de vários atos de discriminação e racismo nas praças esportivas, realizadas por grupos de torcedores não identificados, cuja punição é aplicada às equipes. A TDD pode ser utilizada como forma de divulgar campanhas na mídia, resultando na educação e prevenção de tais conflitos, objetivo do esporte como expressão social e cultural.

Transcrevemos a seguir dois casos práticos, ocorridos em 2014 e em 2022, com grande repercussão, os quais demonstram a relevância do instituto da TDD:

VALDÍVIA E A TRANSAÇÃO DISCIPLINAR DESPORTIVA

O meia Valdivia não enfrentaria o Cruzeiro, mas estaria apto a jogar o derby paulista, em virtude de um acordo realizado com a Procuradoria e homologado pelo Relator responsável do Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD).

O atleta transacionou a pena de dois jogos e uma multa de R\$ 50 mil (R\$ 25 mil à Santa Casa de São Paulo e outro do mesmo valor à Ong Médicos Sem Fronteiras). Havia a possibilidade de punição por até doze partidas.

No caso em questão, o julgamento dos recursos no pleno do STJD estava marcado para quarta-feira, mas, diante do acordo, o processo foi extinto e Valdivia não esteve em campo contra o Cruzeiro, mas enfrentará o Corinthians no final de semana. Interessante observar que, em virtude de efeito suspensivo, o atleta teria condição de jogo contra o Cruzeiro, mas, possivelmente não jogaria contra o Corinthians.

De certo, Departamento Técnico e Jurídico do Palmeiras ponderaram os riscos de uma partida contra o líder da competição mesmo com o Valdivia e consideraram enfrentar a equipe mineira sem o seu maior craque e garantir sua participação nos oito jogos restantes.

Tal acordo se tornou possível em virtude de nova figura criada em 2009, na última alteração ocorrida no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, a transação disciplinar desportiva (art. 80-A), que foi inspirada na transação penal já utilizada nos Juizados Especiais Criminais.⁴

CANTOS HOMOFÓBICOS: CRUZEIRO E PROCURADORIA CHEGAM A ACORDO, QUE DEPENDE DE HOMOLOGAÇÃO DO STJD

- Clube foi denunciado em jogo contra o Grêmio e poderia até perder pontos na Série B. O Cruzeiro chegou a um acordo com a Procuradoria do Superior Tribunal de Justiça Desportiva e não será julgado pelos cantos homofóbicos da torcida na vitória por 1 a 0 sobre o Grêmio, pela Série B, no dia 8 de maio. A transação disciplinar proposta pelo clube foi acolhida, agora precisa ser homologada pelo Tribunal Pleno do STJD.

⁴ <https://universidadedofutebol.com.br/2014/10/24/valdivia-e-a-transacao-disciplinar-desportiva/>

A transação disciplinar foi sugerida pelo Cruzeiro à Procuradoria (quem denuncia clubes e atletas infratores) na segunda-feira passada, quando o julgamento foi suspenso diante da proposta ce-leste. Segundo apurou o **ge**, o clube se comprometeu a fortalecer a realização de campanhas e ações contra a LGBTfobia.⁵

GRÊMIO NÃO ACEITA ACORDO POR DISCORDAR DE VALOR DE MULTA E SERÁ JULGADO NO STJD POR CÂNTICOS DISCRIMINATÓRIOS

Em audiência realizada na tarde desta sexta-feira, o Grêmio não aceitou a homologação de transação disciplinar proposta pela Procuradoria da Justiça Desportiva. A razão foi uma discordância em relação ao valor da multa apontada. Com isso, o clube gaúcho será julgado no STJD (Superior Tribunal de Justiça Desportiva) por cânticos discriminatórios por parte da torcida na partida contra o Cruzeiro, no dia 8 de maio.

O Grêmio entendeu que a multa a ser paga deveria ser cinco vezes menor que a do Cruzeiro, já que foram citados na petição cinco momentos que a torcida cruzeirense realizou cânticos homofóbicos. No entendimento dos gaúchos, a multa a ser paga deveria ser proporcionalmente cinco vezes menor, o que não foi aceito pelo STJD.

A proposta de transação disciplinar foi feita apenas ao Cruzeiro inicialmente. O Grêmio se manifestou no processo para também receber iniciativa semelhante.

Depois daquele duelo da sexta rodada da Série B do Brasileirão, o Grêmio ingressou no tribunal com notícia de infração relatando cânticos de teor homofóbico dos torcedores cruzeirenses em direção a torcida gaúcha. O clube mineiro foi denunciado no STJD, assim como o próprio tricolor. Porém, o Cruzeiro aceitou, nesta mesma audiência, o acordo com a Procuradoria para transação disciplinar e evitou julgamento no Tribunal, tendo que pagar multa e adotar algumas medidas de caráter educativo e pedagógico.

⁵ <https://ge.globo.com/futebol/times/cruzeiro/noticia/2022/06/06/cantos-homofobicos-cruzeiro-tem-transacao-disciplinar-acolhida-e-aguarda-homologacao-do-stjd.ghtml>.

O clube mineiro, por sua vez, também entrou com Notícia de Infração no STJD e relatou cânticos discriminatórios por parte da torcida gremista direcionada aos torcedores adversários. Segundo consta no processo, a frase cantada pelos tricolores foi “Maria joga vôlei”.

O clube gaúcho será julgado no artigo 243-G do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), que trata a prática de discriminação. A pena prevista é de multa de R\$ 100 a R\$ 100 mil, além de perda do número de pontos caso a infração tenha sido praticada simultaneamente por considerável número de pessoas. Ainda não há data para o julgamento.⁶

APÓS REDUÇÃO DE MULTA, GRÊMIO FAZ ACORDO E EVITA JULGAMENTO NO STJD POR CANTOS DA TORCIDA - CLUBE FOI DENUNCIADO POR CÂNTICOS HOMOFÓBICOS DA TORCIDA NA PARTIDA CONTRA O CRUZEIRO; ACORDO PREVÊ AÇÕES DE COMBATE AO PRECONCEITO QUE SERÃO FEITAS JÁ NA PARTIDA CONTRA O LONDRINA

O Grêmio fez um acordo com a Procuradoria do Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) e não será julgado pelos cantos de teor homofóbico da torcida na partida contra o Cruzeiro, no dia 8 de maio, pela Série B do Brasileirão. Inicialmente, o clube havia recusado a proposta de transação disciplinar por discordar do valor da multa imposta ao clube.

O clube não havia aceitado a proposta inicial por considerar que a multa a ser paga deveria ser cinco vezes menor que a do Cruzeiro, já que foram citados na petição cinco momentos que a torcida cruzeirense realizou cânticos homofóbicos, envolvendo maior quantidade de pessoas. O Tricolor havia sido denunciado por uma única manifestação, proferida por um grupo menor de torcedores.

Além da multa, o acordo também prevê ações de conscientização e combate à LGBTfobia a partir da próxima partida na Arena, contra o Náutico, dia 8 de julho. Porém, por iniciativa do clu-

⁶ <https://ge.globo.com/rs/futebol/times/gremio/noticia/2022/06/24/gremio-nao-aceita-acordo-e-sera-julgado-pelo-stjd-por-canticos-discriminatorios-da-torcida.ghtml>.

be, essas ações serão realizadas já na partida desta terça contra o Londrina para marcar o Dia Mundial do Orgulho LGBTQIA+ e reforçar o posicionamento do clube em relação ao tema. O patch da partida, que estará fixado na camisa dos atletas, terá uma arte com a frase do movimento. Dentro de campo, as bandeirinhas de escanteio estarão com as cores do movimento LGBTQIA+, assim como a braçadeira de capitão do zagueiro Pedro Geromel será alusiva à data.⁷

Essa medida de interesse social acrescentado ao artigo 80-A é o principal elemento da TDD. Reforça a ligação do esporte com a sociedade, o seu caráter social, político, de importância na formação da pessoa humana. Em uma fase em que o esporte vem sendo gradativamente levado à condição de empresa, investimentos e retorno financeiro, essa abordagem é muito relevante.

4.3 A TDD como meio alternativo no Processo Desportivo

A Transação Disciplinar é uma forma de auxiliar o exercício da Justiça Desportiva com maior celeridade, efetividade e, inclusive, maior especialidade. Uma opção que se propõe seria a instauração de Câmaras de TDD em cada Tribunal, disponível para as partes.

Assim, antes ou depois dos julgamentos, durante a fase recursal, como garante o artigo 80-A, CBJD, o autor da infração, mesmo antes do oferecimento da denúncia pela Procuradoria, poderia procurar a Câmara de TDD e apresentar sua proposta de Transação. Poderia haver a suspensão do prazo para oferecer a denúncia ou ser suspenso o processo por um determinado período.

Como se trata de uma transação e de autonomia entre as partes, há a possibilidade de negociação, com propostas e contrapropostas até se chegar a um acordo. O dispositivo fala que a procurador propõe a TDD; entretanto, nada há que vede que o autor da infração apresente a proposta à Procuradoria ou ao próprio relator.

O que não pode ser excluída é a participação da Procuradoria na negociação. Assim, chegando-se a um acordo, é finaliza-

⁷ <https://ge.globo.com/rs/futebol/times/gremio/noticia/2022/06/28/apos-reducao-de-multa-gremio-faz-acordo-e-evita-julgamento-no-stjd-por-cantos-da-torcida.ghtml>

da a proposta e levada ao Relator designado para análise e homologação.

Portanto, a TDD é um mecanismo alternativo para aumentar a efetividade e a celeridade dos tribunais, como também o aspecto punitivo, preventivo e educativo. É uma forma de os atletas e as equipes reforçarem o aspecto social da prática desportiva, cultura solidamente arraigada na sociedade, como sentimento e paixão de todo um povo por um clube, muitas vezes atuante em diversas modalidades, sempre ao lado de seus torcedores.

São as propostas apresentadas para o incremento da TDD nos tribunais desportivos brasileiros, pois, vigente desde 2009, há mais de dez anos ainda não teve a efetividade esperada.

5 A Arbitragem na solução de litígios no Direito Desportivo

A arbitragem é o meio de resolução de conflito em que um terceiro imparcial, especialista no assunto, é nomeado, mediante a aceitação das partes, para prolatar uma sentença, resolvendo o litígio entre as partes. A sua decisão tem efeito vinculante e é irrecorrível.

No meio internacional, a FIFA tem seus Tribunais e um órgão específico, o DRC (*Dispute Resolution Chamber*), para fins de garantir a vigência de seus regimentos e dirimir, por exemplo, questões de transferências internacionais de atletas e recursos de decisões de Tribunais das Confederações de países vinculados.

Na mesma linha, as entidades internacionais do futebol e de outras modalidades vêm também incentivando a utilização de arbitragem como meio de resolução de conflitos, tais como a CAS (*Court of Arbitration for Sports*), criada em 1984, com sede na Suíça.

Em eventos internacionais, como a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos, a CAS tem assumido o papel de administrador de soluções de litígios específicas para cada evento, com previsão de até 24 horas para litígios simples e as mais complexas em torno de 6 a 12 meses (ALÉM, 2010, p. 2).

No Brasil, na CBF (Confederação Brasileira de Futebol), há a Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) para dirimir litígios e assegurar o cumprimento dos regulamentos da CBF e da FIFA, como, por exemplo, questões trabalhistas e litígios entre clubes, envolvendo atletas, treinadores e assistentes técnicos. É composta por cinco árbitros, indicados pela CBF, pela Federação Nacional dos Atletas Profissionais de Futebol, pelos in-

intermediários e pelos técnicos de futebol. Busca decisões com celeridade e especialidade.

Transcrevemos, a seguir, um caso prático de arbitragem no futebol brasileiro, noticiado recentemente:

CEARÁ BUSCA CBF PARA COBRAR PALMEIRAS POR DINHEIRO DA VENDA DE ARTHUR CABRAL. 01.07.2022.

O Ceará procurou a CNRD (Câmara Nacional de Resolução de Disputas) da CBF (Confederação Brasileira de Futebol), para tentar receber do Palmeiras um valor ao qual acredita ter direito referente à venda de Arthur Cabral do Basel-SUI para a Fiorentina-ITA. A informação foi publicada pelo *GE* e confirmada pelo *LANCE!* Segundo o clube cearense, ele deveria receber metade dos 30% do lucro em cima da próxima transferência do atleta. Quando deixou o Basel, Arthur foi vendido para a Fiorentina por R\$ 92 milhões. Já na saída do Alviverde para o clube suíço, o valor foi de R\$ 27 milhões. O lucro (mais valia) foi de R\$ 65 milhões, sendo que 30% disso teria ido para os cofres do time paulista, cerca de R\$ 19,5 milhões. Acontece que o Verdão afirma não ter recebido esse valor, uma vez que negociou com os suíços a venda desse percentual no fim de 2021, antes mesmo da mudança do atacante para a Itália. Dessa forma, não teria débitos com os cearenses. Oficialmente, o Palmeiras apenas se manifestará sobre o caso nos órgãos competentes. Já o Ceará bate na tecla que teria que receber aproximadamente R\$ 12 milhões, ou seja, R\$ 9,75 milhões referentes ao lucro, mais R\$ 2,2 milhões em relação aos mecanismos de solidariedade da Fifa. Por isso, acionou a CNRD para cobrar essa quantia dos dirigentes alviverdes.

Vale lembrar que na ida de Arthur para o Basel, Palmeiras e Ceará dividiram os direitos econômicos do atleta e receberam metade do valor total da transferência (R\$ 13,5 milhões cada um).⁸

As execuções são efetivadas pela própria Câmara e, em caso de descumprimento, podem ser aplicadas sanções, tais como a

⁸ <https://m.lance.com.br/futebol-nacional/ceara-busca-cbf-para-cobrar-palmeiras-por-dinheiro-da-venda-de-arthur-cabral.html.amp>

proibição de registrar novos atletas por um período de até dois anos (BENEVIDES, 2017, p. 1).

Assim, a Arbitragem, tal como a Transação Disciplinar são dois mecanismos para a resolução de conflitos aplicáveis no Processo Desportivo. Na TDD, visando à solução mais justa e negociada entre as partes. E na arbitragem, a decisão mais justa e técnica, em sintonia com os Princípios constitucionais da Efetividade e Celeridade, com a característica da Especialidade da Justiça Desportiva.

Conclusão

Este artigo procurou demonstrar a importância de meios alternativos de resolução de conflitos também no Direito Desportivo.

De início, apresentou-se uma abordagem histórica e sociológica do esporte, sua origem, importância e finalidade social. O esporte, e, com destaque, o futebol, se desenvolveu com veemência no final do século XIX, quando a sociedade estava envolta em conflitos sociais e trabalhistas, como também em disputas neocolonialistas, o que vinha elevando conflitos internacionais e nacionais.

Posteriormente, abordam-se as questões históricas e jurídicas do desporto no Brasil, seu crescimento, seus aspectos sociais, políticos e econômicos e o desenvolvimento de legislação específica, a qual, paulatinamente, vai regulando o desporto e a justiça desportiva.

O primeiro normativo sobre a matéria foi o Decreto-Lei 3199/41, a partir do qual o Poder Público passou a regular e disciplinar o esporte, com a criação do Conselho Nacional de Desportos (CND), o que, anteriormente, era descentralizado em cada entidade, que geralmente seguiam as regras internacionais. A Justiça Desportiva foi aos poucos se desenvolvendo, como justiça administrativa, com características de especialidade e celeridade, tendo em vista as exigências das competições envolvidas.

Posteriormente, foram editadas várias normas, entre as quais podemos destacar a Lei nº 6385/76, a qual instituiu o sistema de passe, e a Lei Zico, de 1983, norma geral sobre o tema. Códigos foram editados para disciplinar a atividade, e o Direito Desportivo, novo ramo jurídico autônomo, teve seu desenvolvimento.

Com a Constituição de 1988, o esporte teve o seu reconhecimento como questão constitucional, como também a Justiça Desportiva. Logo após, a Lei Pelé, de 1988, editou normas gerais sobre o esporte, incentivando o clube como empresa, forma de

angariar os recursos necessários para as diversas competições, a fim de não mais ficar dependente dos recursos públicos, que continuam a ter como grande financiador o patrocínio de empresas estatais e das loterias.

A doutrina destaca a característica econômica do desporto, como gerador de renda, de empregos e de tributos.

É prevista constitucionalmente e reconhecida pelo STJ a especialização da Justiça Desportiva, segundo a qual a equipe ou o atleta não pode recorrer à Justiça Comum até se esgotar todas as instâncias.

Com a publicização do Direito Desportivo, defendemos, com fundamento no Princípio da Legalidade, que seja analisado e promulgado pelo Congresso Nacional, através de lei ordinária, um código desportivo nacional, contendo os princípios e as regras da parte material e da parte processual desportiva.

A partir da década de 1970, foram se desenvolvendo internacionalmente os meios alternativos de resolução de conflitos, como forma de agilizar a aplicação da Justiça. No Brasil, tradicionalmente, havia a conciliação na Justiça Trabalhista. Porém, foi sendo implantada com maior veemência no final dos anos 1990 na legislação processual civil e penal, inclusive através da implantação dos juizados especiais em 1995.

Assim, seguindo a tendência processual brasileira, com a reforma do CBJD ocorrida em 2009, foi instituída a transação disciplinar desportiva, visando dar celeridade aos julgamentos, através de negociação entre as partes, sem reduzir a competência das cortes desportivas.

Visa resolver os litígios de menor complexidade, deixando para a Corte as questões mais relevantes, aumentando ainda mais a sua especialidade e celeridade, baseado também no Princípio do *Pro Competitione*, em prol da prevalência e efetividade das competições.

Assim, abordam-se a Transação Disciplinar, seus princípios, suas regras e especificidades, sua aplicação prática e a sua importância, um instituto ainda de pequena utilização na Justiça Desportiva, mas que pode ter importância considerável no deslinde das questões.

Discutem-se outros meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a arbitragem, utilizada também como forma de resolver litígios e, ao final, se analisam questões práticas de TDD, demonstrando sua relevância e a importância de sua aplicação no desporto.

Referências

ALÉM, Fábio P. **Arbitragem é opção para solucionar conflitos**. Disponível em: www.conjur.com.br, 20.06.2010. Acesso em: 01 jun 2022.

BENEVIDES, Marcello. **Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNDR) da CBF**. Disponível em: www.marcellobenevides.com. 2017. Acesso em: 15 jun 2022.

BRASIL. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD**. Reformado pela Resolução CNE nº 29, de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: www.gov.br.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br.

_____. Decreto-Lei 3.199, de 14 de abril de 1941. **Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 01 jun 2022.

_____. Lei nº 6.251, de 08 de outubro de 1975. **Institui normas gerais sobre desportos**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 01 jun 2022.

_____. Lei nº 6.354, de 02 de setembro de 1976. **Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 01 jun 2022.

CARLEZZO, Eduardo. **Direito Desportivo Empresarial**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CARVALHO, A. Dardeau de. **Comentários à lei sobre desporto**. Rio de Janeiro, Ed. LEX, 2000.

DIAS, Luciano S.; FARIA, Kamila C. **A Mediação e a Conciliação no Contexto do Novo Código de Processo Civil de 2015**. Revista Constituição e Garantia de Direitos, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br>. Acesso em: 01 jun 2022.

JESUS, DAMÁSIO E. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 3. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

KRIEGER, Marcilio. **Lei Pelé e Legislação Desportiva Brasileira Anotadas**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LYRA FILHO, João. **Introdução ao Direito Desportivo**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1952.

MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo Atual**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Direito desportivo no limiar do século XXI**. Rio de Janeiro: Editora ABC, 2000.

_____. **Direito Desportivo: novos rumos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERRY, Valed. **Direito Desportivo**. Campinas: Editora Jurídica Mizuno, 2000.

REZENDE, Bruno Galvão; NASCIMENTO, Wagner. **Direito Desportivo e Justiça Desportiva Linhas Gerais**. Rio de Janeiro: Ed. Justiça e Cidadania, 2010. Disponível em: www.editorajc.com.br.

SOARES, Kissila da S. **Transação Disciplinar Desportiva**. Minas Gerais, Universidade Cândido Mendes, 2010.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1998.

ZVEITER, Luiz. **Justiça Desportiva Segunda Instância**. Editora Destaque, 1981.

Assinaturas eletrônicas e segurança cibernética: uma análise da Lei 14.063/20 à luz da tríade CIA

Samuel Nunes Furtado

*Acadêmico de Direito pela Universidade Federal de
Uberlândia (UFU)*

*Membro discente dos Grupos de Pesquisa e Extensão
“Comunidade Internacional de Estudos em Direito
Digital (CIED)” e “Laboratório de Direitos
Humanos (LabDH)”*

Victor Rodrigues Nascimento Vieira

Advogado

*Pós-graduando em Jurimetria – Ciência de Dados
aplicada ao Direito pela Unyleya
Especialista em Direito Digital pelo Complexo de
Ensino Renato Saraiva (CERS)*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estudar os aspectos fundamentais da lei de assinatura eletrônica 14.063/20, comparando com legislações estrangeiras e produções acadêmicas sobre a temática. Foram realizadas interpretações teleológicas dos conceitos e classificações à luz dos princípios basilares da segurança de informação, utilizando o método dedutivo. Em suma, o trabalho concluiu que a adoção das assinaturas no modelo rígido imposto pelo legislador, sem considerar a análise da segurança em nível contextual, implica a restrição da atuação dos entes públicos na garantia da segurança da informação, e vai de encontro à análise preventiva da proteção dos sistemas de informação.

Palavras-chaves: Segurança da Informação. Assinatura eletrônica. Lei 14.063/20. Administração Pública.

ABSTRACT

This article aims to study the fundamental aspects of the electronic signature law 14.063/20, comparing it with foreign legislation and academic productions on the subject. Teleological interpretations of concepts and classifications

were carried out in light of the basic principles of information security, using the deductive method. In short, the work concluded that the adoption of signatures in the rigid model imposed by the legislator, without considering the analysis of security at a contextual level, implies the restriction of the performance of public entities in guaranteeing information security, and goes against the preventive analysis. protection of information systems.

Keywords: Information security. Electronic signature. Law 14.063/20. Public administration.

Introdução

A revolução das tecnologias da informação e comunicação (TICs), muito embora tenha dinamizado a interação entre as pessoas em nível global, trouxe diversos desafios ao Direito enquanto ciência, porquanto alterou fundamentalmente os supostos normativos construídos a partir da realidade fática social e econômica. A superficialidade do mundo eletrônico, baseado essencialmente no conhecimento dedutivo-débil, traduziu riscos imensuráveis no espaço cibernético, com a difusão em larga escala de estratégias técnicas de manipulação de dados, em detrimento da consistência e segurança das informações.

Visando resguardar esses binômios no âmbito da administração pública, sem deixar de mencionar a tutela da confiança no meio eletrônico, é que a Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020, cujo escopo tem por fim a regulação do uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente do Brasil. Ela criou dois novos conceitos para assinatura eletrônica de documentos públicos, com o objetivo de facilitar o uso de documentos assinados eletronicamente e, com isso, ampliar o acesso aos serviços públicos digitais, torná-los mais eficientes, agilizar trâmites burocráticos, economizar recursos e, de forma indireta, contribuir com a proteção ao meio ambiente, reduzindo a utilização de papel.

A iniciativa está intimamente relacionada com o desenvolvimento de uma série de ações, coordenadas pelo poder público, tendentes à digitalização dos serviços, que são uma consequência direta do impacto da pandemia de coronavírus¹.

¹ Segundo dados da Agência Brasil, publicados em 07 de junho de 2020, mais de 150 serviços públicos foram digitalizados durante a pandemia.

A legislação tem como propósito, também, garantir a segurança desses serviços prestados em ambiente eletrônico, bem como proteger as informações pessoais e sensíveis dos cidadãos, conforme preveem a Lei Geral de Proteção de Dados² e os incisos X e XII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Para garantir a segurança pretendida nas comunicações entre pessoas físicas, jurídicas e Administração Pública, a lei cria a figura da assinatura simples, da assinatura avançada e faz menção à já existente assinatura eletrônica qualificada, a qual utiliza certificado digital³. A questão da segurança, sob o ponto de vista legal, está relacionada à criação de parâmetros de nivelamento da confiabilidade condicionada à modalidade de assinatura, que é atribuída à informação, considerando as tecnologias utilizadas e os procedimentos envolvidos, em uma espécie de gradação.

A importância do tema é crescente, porquanto se relaciona de igual modo à validade dos atos jurídicos quando, taxativamente, subordina certas informações ao tipo de tecnologia de segurança que lhe é atribuída. Os fatores para a preocupação com a segurança são vários, entre os quais se destaca o aumento do número de delitos informáticos tendentes a violar a integridade de dados e arquivos, como a intrusão informática, a inserção de softwares maliciosos, a modificação de linhas de programação para inutilizar arquivos (SYDOW, 2015, p. 75) e o uso intensivo de engenharia social.

Resta saber se a lei em questão é adequada para atingir os objetivos a que se propõe. Diante disso, a problemática que se apresenta é a seguinte: em que medida o nível de confiabilidade sobre a identidade e manifestação de vontade do titular da assinatura, baseado na classificação das assinaturas eletrônicas criada pela lei, pode ser utilizado como parâmetro de segurança e responsabilidade, considerando-se a tríade CIA - *Confidentiality* (confidencialidade), *Integrity* (integridade) and *Availability* (e disponibilidade)⁴?

A digitalização foi uma das consequências da necessidade de redução de aglomerações e do distanciamento social. Veja mais em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-06/mais-de-150-servicos-publicos-sao-digitalizados-durante-pandemia> Acesso em 09 de outubro de 2020.

² Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

³ Prevista na Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

⁴ A tríade CIA nos remete aos objetivos estruturantes da Segurança da Informação, quais sejam: *Confidentiality* (confidencialidade), *Integrity* (integridade) and *Availability* (e disponibilidade). Em breve síntese, a

Na busca de debater a questão colocada, este estudo terá como objetivo geral analisar os conceitos e as classificações da Lei 14.063, de 23 de setembro de 2020, à luz da tríade CIA. Os objetivos específicos, por seu turno, são: apresentar a lei desde a sua origem, delineando o âmbito de sua aplicação; conceituar, definir e classificar os tipos de assinatura eletrônica, e problematizar o nível de confiabilidade e segurança à luz da tríade CIA e da responsabilidade pelas interações entre a Administração e a iniciativa privada, conforme passará a expor.

1 Considerações iniciais sobre o trâmite da Lei 14.063/20

A iniciativa legislativa apresentada pelo Poder Executivo teve como origem a Medida Provisória nº 983, de 2020 (MP 983/20), publicada no dia 17 de julho de 2020, no Diário Oficial da União (DOU). Ela recebeu 87 emendas em relação ao projeto original e foi transformada na Lei Ordinária nº 14.063, de 23 de setembro de 2020, nesta data. A enquete a respeito da MP 983/2020 teve 12 votos, sendo que 67% dos votantes concordaram totalmente com o teor da proposta⁵.

A referida lei trata do uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas e em questões de saúde. Foi publicada no DOU de 24 de setembro de 2020⁶, tem seis capítulos, vinte artigos, teve sete dispositivos vetados e entrou em vigor na data de sua publicação. Ela versa sobre as licenças de softwares desenvolvidos por entes públicos e altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995⁷, a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973⁸, e a Medida Provisória nº

confidencialidade é a propriedade que limita o acesso à informação a quem é legitimado para tanto. É ela que busca garantir o sigilo das informações. A integridade é um atributo que visa garantir que os dados ou informações mantenham a sua incolumidade desde a sua origem até o seu destino. A disponibilidade, última propriedade, visa assegurar ao usuário legítimo que a informação esteja disponível, isto é, que ele consiga acessá-la.

⁵ A enquete está disponível em: <https://forms.camara.leg.br/ex/enquetes/2255363/resultado> Acesso em 09 de outubro de 2020.

⁶ Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.063-de-23-de-setembro-de-2020-279185931> Acesso em 09 de outubro de 2020.

⁷ A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, dispõe sobre os partidos políticos, disciplinando a criação, organização, fusão, incorporação e extinção destes.

⁸ A Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos em todo o território nacional.

2.200-2, de 24 de agosto de 2001 (MP nº 2.200-2/2001)⁹. Dispõe, ainda, que todos os sistemas públicos que utilizem assinaturas eletrônicas e que não atendam ao disposto na lei deverão se adaptar às novas regras até o dia 1º de julho de 2021. A iniciativa cria, portanto, um espaço fora do sistema da Infraestrutura de Chaves Públicas brasileira (ICP-Brasil) para tratar do tema de assinaturas eletrônicas.

Vale ressaltar que a nova lei não revogou a MP 2.200-2/2001. Isso porque ela tem característica de texto legal especial em relação à MP, com a abrangência restrita ao âmbito dos entes públicos. Ademais, a MP 2.200-2 adotou classificação “bipartida” de assinaturas eletrônicas (enquanto a Lei 14.063/2020 tem classificação “tripartida”), equiparou a assinatura digital ICP-Brasil à assinatura manuscrita e facultou a utilização de outros mecanismos de comprovação de autoria para o meio eletrônico, o que não se observa na nova iniciativa legislativa.¹⁰

1.1 Âmbito de aplicação da lei de assinatura eletrônica

Inicialmente, cabe destacar que a lei sob análise visa à regulação e ao uso da assinatura eletrônica nos atos compreendidos na interação com os entes públicos em geral, não se restringindo a documentos eletrônicos. O âmbito de aplicação da lei está previsto no art. 2º. Conforme disposição do inciso I do referido dispositivo, a legislação se aplica à interação¹¹ interna dos órgãos e entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional dos Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos dos entes federados. Os

⁹ A Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 (MP nº 2.200-2/2001), institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) e transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia. A ICP-Brasil, segundo o artigo 1º da MP, foi instituída para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

¹⁰ MENKE, Fabiano. A MP 983 e a classificação das assinaturas eletrônicas: comparação com a MP 2.200-2. *CryptoID*, 2020. Disponível em: https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/a-mp-983-e-a-classificacao-das-assinaturas-eletronicas-comparacao-com-a-mp-2-200-2-por-fabiano-menke/?fbclid=IwAR2nAf3Ac_y7ZJ4Y8nW1clq-YERt8ReDLiwkTO_E3K6XbRtzt1KMCSYzND0. Acesso em: 09 de outubro de 2020.

¹¹ A interação seria qualquer tipo de comunicação que ocorre no dia a dia da administração pública.

entes federados da Administração Direta representam os compartimentos internos da República Federativa, sendo eles a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Os Poderes são as estruturas internas destinadas à execução de certas funções, sendo eles: Executivo, Legislativo e Judiciário.

As autarquias são as pessoas jurídicas de Direito Público interno que gozam de autonomia administrativa, econômica e financeira nos limites das leis que as criam e não são subordinadas a nenhum órgão do Estado (MELLO, 2015, p. 164-165), a exemplo das Agências Reguladoras (ANEEL¹², ANTT¹³, ANP¹⁴, entre outras). As fundações surgem quando um determinado patrimônio é destacado por aquele que o funda, ao qual é atribuída uma personalidade jurídica, com o fim de atender a uma finalidade específica.

O conceito de fundação suscita debates na doutrina, a qual aceita a criação de fundações públicas ou governamentais sob o regime de direito público ou privado¹⁵. São exemplos de fundações a Funai¹⁶, a Funasa¹⁷, o IBGE¹⁸, entre outras. Por sua vez, os órgãos constitucionalmente autônomos são instituições estatais relevantes, com sede constitucional, que desempenham papel estratégico no sistema das garantias coletivas (CARVALHO FILHO, 2017, p. 41), como o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Nos termos do inciso II da lei de assinaturas eletrônicas, o regime jurídico por ela disposto aplica-se de igual modo quando a interação ocorrer entre pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado e os entes públicos citados anteriormente. Este inciso, portanto, pode ser exemplificado em uma situação em que um particular (um empreendedor ou uma corporação)

¹² Agência Nacional de Energia Elétrica

¹³ Agência Nacional de Transporte Terrestre

¹⁴ Agência Nacional do Petróleo

¹⁵ Marya Sylvia Zanella di Pietro destaca que se formaram duas correntes acerca do tema. Uma defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo Poder Público. A outra entende que é possível a existência de fundações com personalidade pública - como modalidade de autarquia - ou privada. A autora posiciona-se entre os que defendem a possibilidade de o Poder Público atribuir às fundações personalidade de direito público ou privado. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 505).

¹⁶ Fundação Nacional do Índio

¹⁷ Fundação Nacional de Saúde

¹⁸ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

dirige um requerimento (assinado eletronicamente) ao Município com o intuito de regularizar alguma pendência do seu estabelecimento, como o alvará de funcionamento.

Já o inciso III, da legislação supracitada, versa que a medida se aplica à interação entre os próprios entes públicos. Em outras palavras, qualquer que seja a pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, quando interagir com a administração pública, deverá observar os ditames da Lei nº 14.063/20.

Lado outro, o parágrafo único do art. 2º desta lei, a seu turno, traz algumas exceções, sendo inaplicável aos processos judiciais¹⁹, aos sistemas de ouvidoria de entes públicos, aos programas de assistência às vítimas e às testemunhas ameaçadas, às interações entre pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, às interações em que seja permitido o anonimato, às interações em que seja dispensada a identificação do particular e às outras hipóteses nas quais deva ser dada garantia de preservação de sigilo da identidade do particular na atuação perante o ente público.

Cite-se, ainda, que restaram afastadas da aplicação da lei de igual modo as relações havidas exclusivamente entre agentes privados, sejam pessoas jurídicas ou físicas. Essas relações, no entanto, continuam sendo regidas pelo Código Civil, pela MP nº 2.200-2/2001, pelo princípio da liberdade das formas de declaração da vontade²⁰, pelas legislações específicas aplicáveis a cada caso, bem como pelo direito das partes em empregar os meios probatórios legais e moralmente legítimos²¹.

2 Criptografia e certificado digital

Antes de adentrar nos conceitos de assinaturas eletrônicas, é preciso entender o que é criptografia e certificado digital, porquanto inerentes à compreensão do tema. A Criptografia,

¹⁹ Os processos judiciais que tramitam em meio eletrônico são regidos pela Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Conforme a lei, considera-se assinatura eletrônica a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora, mediante cadastro do usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (alíneas "a" e "b" do inciso III do §2º do art. 1º da Lei 11.419/2006).

²⁰ A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 107 do Código Civil de 2002).

²¹ As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (art. 369 do Código de Processo Civil de 2015).

em termos técnicos, é uma ferramenta de codificação de informações (PINHEIRO, 2016. p. 270). A origem da palavra é grega e, quando decomposta, nos revela os morfemas *kryptós* (escondido, oculto) e *graphía* (grifo, escrito) (KAZIENKO, 2013, p. 36). Ela serve para transformar informações inteligíveis em algo não cognoscível, utilizando um conjunto de técnicas algorítmicas.

As técnicas criptográficas podem ser classificadas, quanto ao número de chaves utilizadas no processo de cifrar e decifrar informações, em duas classes: simétrica e assimétrica. A simétrica usa uma única chave para cifrar e decifrar uma informação. Esta chave é de conhecimento do emissor e do receptor. A assimétrica, também denominada de criptografia de chave pública, utiliza um par de chaves para este processo: uma pública e uma privada. Neste caso, a chave utilizada para cifrar é de conhecimento público; no entanto, a informação só pode ser decifrada pela chave privada, a qual, em regra, deve ser de conhecimento restrito (KAZIENKO, 2013, p. 37).

Para cifrar um texto, é necessária uma chave com um número determinado de bits, de modo que, quanto maior o tamanho da chave, maior a quantidade de bits e, conseqüentemente, maior a segurança, uma vez que o espaço das chaves é aumentado (KAZIENKO, 2013, p. 36-37).

O objetivo principal da criptografia é a inviolabilidade da segurança da informação, a saber, confidencialidade, integridade e disponibilidade, conjugando aspectos como a autenticidade e autorização e responsabilidade, os quais serão objetos de estudo posterior. Aliás, importante mencionar que o fato de uma informação ser criptografada não necessariamente a torna inviolável, por mais extensos que sejam os bits, porquanto há certas metodologias específicas para violação de criptografia²².

2.1 Certificado digital

Apresentada a criptografia, passamos ao conceito de certificado digital, que é um arquivo assinado eletronicamente por

²² Veja-se, a título introdutório, que há certos tipos de ataques específicos à tecnologia criptográfica, bastando o conhecimento de métodos de criptografia e descryptografia, tais como: ataque de texto cifrado (*cyphertext-only*), que consiste na dedução das chaves criptográficas a partir do texto cifrado; ataque de texto conhecido (*known-plaintext*), aqui o atacante possui conhecimento da mensagem criptografada e das originais sem a cifra, com as quais o intuito é descobrir a chave; e, por fim, o ataque de chave escolhida (*choosen-key*), no qual são testadas chaves

uma entidade confiável, denominada Autoridade Certificadora (AC). Os certificados digitais são utilizados com o fim principal de fazer a associação entre a chave pública e uma pessoa ou entidade, atribuindo confiabilidade à divulgação da chave pública.

Em outras palavras, o certificado permite identificar quem emitiu a chave pública por meio da atribuição privativa de chaves aos seus titulares. O papel da AC, portanto, é de emitir o certificado e garantir que determinado indivíduo ou empresa, e somente ele, detenha um certo par de chaves. Ele transporta a chave pública e confere segurança sobre quem é seu autor e emissor (KAZIENKO, 2013, p. 43-44).

Note-se que a certificação digital é utilizada e disseminada em países da Europa e também nos Estados Unidos, com o fim de conferir mais segurança, garantir a autenticidade e mitigar riscos de interceptação. No Brasil, o certificado digital já é utilizado junto a alguns órgãos de governo, como a Receita Federal, que aceita o e-CPF (PINHEIRO, 2016, p. 272). Feitos tais esclarecimentos, passa-se às classificações de assinaturas eletrônicas.

3 Assinaturas eletrônicas e suas espécies

A etimologia da palavra 'assinar' deriva do latim *assignare*, que significa "pôr sinal em". O ato de assinar um documento, seja ele eletrônico ou não, corresponde a assumir a autoria quanto ao seu conteúdo; declarar a vontade dirigida à produção dos efeitos jurídicos nele expostos. Seguindo os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti, é possível inferir como elementos característicos de qualquer modalidade de assinatura o elemento objetivo (qualquer símbolo distintivo), e o subjetivo (identificação do autor e concordância com o ato) de monopólio exclusivo de seu titular (LORENZETTI, 2004, p. 123).

A diferença essencial da assinatura tradicional com a eletrônica reside em que o suporte desta é constituído por um conjunto de códigos (bits), ao passo que aquela é hológrafa - produzida por traços manuais (LORENZETTI, 2004, p. 116). Neste ínte-

pré-selecionadas, ou se induz o usuário legítimo do sistema a utilizar determinadas chaves de conhecimento do invasor. MAGALHÃES, Marcelo Vicente Vianna. Segurança de sistemas: ênfase em redes de computadores. **GTA – grupo de teleinformática e automação**: UFRJ, 2000. Não paginado. Disponível em: https://www.gta.ufrj.br/grad/02_1/seguranca/7.5.htm. Acesso em: 05 de maio de 2021.

rim, veja-se redação do art. 3º da Lei nº 14.063/20, a qual define assinatura eletrônica como sendo os dados em formato eletrônico que se ligam ou estão logicamente associados a outros dados em formato eletrônico e que são utilizados pelo signatário para assinar, observados os níveis de assinaturas apropriados para os atos previstos na legislação.

Vale salientar, em razão disso, que a assinatura não se confunde com a tecnologia utilizada para assinar, de modo que, em regra, a criptografia não é em si uma assinatura, muito embora possa ser utilizada como tal, quando então servirá de parâmetro de segurança e de sinal identificador²³. Logo, esse raciocínio permite inferir ao menos duas proposições: (i) é possível que haja ato eletrônico criptografado sem assinatura, e (ii) a assinatura eletrônica não está adstrita às técnicas de criptografia.

Adiante, a legislação supracitada elenca as espécies de assinaturas eletrônicas, são elas: simples, avançada e qualificada²⁴. A assinatura eletrônica simples, prevista no inciso I do art. 4º, é aquela que permite identificar o seu signatário e que anexa ou associa dados a outros dados em formato eletrônico do signatário. Como o próprio nome sugere, trata-se de assinatura ‘vulgar’, sem requisitos técnicos, admitida nas interações com ente público de menor impacto²⁵ e que não envolvam informações protegidas por grau de sigilo²⁶ (inciso I, §1º do art. 5º da 14063/2020).

Tome-se como exemplo de assinatura simples o nome do remetente apostado no corpo do texto de um e-mail, a imagem da assinatura de próprio punho inserida no documento eletrônico²⁷, o uso de *login* e senha, a biometria, o “aceite” nos termos de consentimento de plataformas digitais, entre outros. Neste tipo de assinatura, não há a implementação de um processo

²³ É o caso das assinaturas eletrônicas avançadas que serão abordadas posteriormente.

²⁴ A classificação das assinaturas eletrônicas, como colocada na lei em exame, muito se assemelha à existente na Diretiva 1999/93/CE, revogada pelo eIDAS (*electronic IDentification, Authentication and trust Services*) Regulamentação de Identificação Eletrônica e Serviços Confiáveis (eIDAS 910/2014/EC). A íntegra do documento está disponível em: <https://ec.europa.eu/futurium/en/content/eidas-regulation-regulation-eu-ndeg9102014> Acesso em 13 de outubro de 2020.

²⁵ Veja-se que a lei não caracteriza o que seria uma interação com ente público de menor impacto.

²⁶ A lei também não classifica o grau de sigilo das informações.

²⁷ MENKE, op cit.

criptográfico específico incidindo no conteúdo ou representação do ato eletrônico²⁸.

A assinatura eletrônica avançada, prevista no inciso II do art. 4º, a seu turno, é a que utiliza certificados *não* emitidos pela ICP-Brasil²⁹ ou por outro meio de comprovação da autoria e da integridade de documentos em forma eletrônica, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. Este tipo de assinatura deve: i) estar associado ao signatário de maneira unívoca³⁰; ii) utilizar dados para a criação de assinatura eletrônica cujo signatário pode, com elevado nível de confiança, operar sob o seu controle exclusivo³¹; e iii) estar relacionada aos dados a ela associados de tal modo que qualquer modificação posterior seja detectável³².

Por sua vez, a assinatura eletrônica qualificada, disposta no inciso III do art. 4º, é a que utiliza certificado digital ICP-Brasil, nos termos do § 1º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2,

²⁸ FORTNER, Carlos. Carlos Fortner, diretor-presidente do ITI, fala sobre a MP 983 e sua contextualização com assinatura digital e certificação digital. **Cryptoid**, 2020. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/carlos-fortner-diretor-presidente-do-iti-fala-sobre-a-mp-983-e-sua-contextualizacao-com-assinatura-digital-e-certificacao-digital/>. Acesso em: 09 de outubro de 2020

²⁹ Ou seja, por meio das infraestruturas de chaves públicas criadas em paralelo à regulamentação da ICP-Brasil. Tanto é assim que o artigo 3º da lei diferencia certificado digital de certificado digital ICP-Brasil. Certificado digital para a lei é o atestado eletrônico que associa os dados de validação da assinatura eletrônica a uma pessoa natural ou jurídica (inciso III do art. 3º da Lei 14063 de 2020). E certificado digital ICP-Brasil é o certificado digital emitido por uma Autoridade Certificadora (AC) credenciada na Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), na forma da legislação vigente (inciso IV do art. 3º da Lei 14063 de 2020).

³⁰ Significa dizer que a associação da assinatura ao seu titular não levanta dúvidas. Ou seja, a assinatura está vinculada ao seu titular de modo inequívoco. A lei não determinou quais são os procedimentos de associação inequívoca.

³¹ A operação de controle exclusivo remete ao acesso ao mecanismo de criação de assinatura. Isto é, à possibilidade de acessar, por exemplo, a chave privada para a criação de uma assinatura, por meio de um token.

³² Em muito se assemelha à legislação brasileira com a europeia, porquanto nesta a assinatura eletrônica avançada tem como elementos caracterizadores: i) estar associada inequivocamente ao signatário; ii) permitir identificar o signatário; iii) ser criada com meios que o signatário pode manter sob seu controle exclusivo; iv) estar ligada a dados a que diz respeito, de tal modo que qualquer alteração subsequente dos dados seja detectável. A íntegra da Diretiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de

de 24 de agosto de 2001³³. Por ser a mais confiável e segura, nos termos da lei - tendo em vista as suas normas, seus padrões e seus procedimentos específicos -, ela será admitida em qualquer interação eletrônica com ente público, independentemente de cadastramento prévio, inclusive nos casos em que são aceitas as assinaturas simples ou avançadas (inciso II, §1º do art. 5º da Lei 14063/2020). Oportuno destacar, ainda, que a lei 14.063/20 estabelece quatro hipóteses, as quais o seu uso será obrigatório - art. 5º, § 2º, incisos I, III e IV; e art. 13 -, sem o qual o ato será inválido³⁴.

4 A tríade CIA nas assinaturas eletrônicas

Compulsando a lei das assinaturas eletrônicas, observa-se que o parâmetro básico para estigmatizar os diferentes tipos de assinaturas e, conseqüentemente, estabelecer reservas de validade a atos com maiores potenciais críticos e sensíveis à Administração Pública, é o nível de confiança das assinaturas. Para estudar esse parâmetro, inevitavelmente, há que se fazer referência aos pilares que sustentam a segurança da informação em todo seu ciclo de vida.

A segurança, no campo da Tecnologia da Informação, pode ser definida como o conjunto de regras de ordem técnica, administrativa e operacional cujo escopo tem por fim a garantia da confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados (KREMLING, 2017, p. 94). A pertinência temática é demonstrada a partir do aprofundamento no estudo da integridade, variável

1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrônicas encontra-se disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0093&from=PT> Acesso em 13 de outubro de 2013.

³³ Pela definição da lei, pressupõe-se que a assinatura eletrônica qualificada é aquela que utiliza certificado digital da MP nº 2.200-2/2001. Entretanto, temos uma previsão vaga. Isto é, a previsão *não* afirma de forma taxativa que só serão aceitas assinaturas qualificadas que utilizem certificados digitais ICP Brasil. A imprecisão faz surgir a seguinte dúvida: qualquer certificado, mesmo que não seja ICP Brasil, garantirá este *status* de assinatura qualificada? Esta resposta só é possível quando se conjugam os incisos II e III do art. 4º. Isso porque, da leitura destes dispositivos, chegamos à conclusão de que a assinatura eletrônica avançada dispensa certificados emitidos pela ICP.

³⁴ Basta uma interpretação literal do texto para perceber que o legislador constantemente atrela a questão da assinatura ao plano de validade do ato jurídico, existindo 13 menções expressas ao termo 'validade' e suas derivações.

que pressupõe um conjunto de protocolos objetivos que permitem aferir quando determinada informação foi alterada de forma não autorizada pelos sujeitos do processo de comunicação, prejudicando a validade da manifestação de vontade exteriorizada nos atos eletrônicos.

Portanto, a assinatura eletrônica como objeto da CIA possui algumas peculiaridades, especialmente se considerado o fato de que elas conservam profundas distinções com as assinaturas tradicionais, já que, naquela, o autor é vinculado à mensagem por meio de códigos³⁵, em detrimento do uso das grafias. Assim, enquanto no modelo tradicional o exame de autenticidade pode ser verificado através de raciocínio falso e verdadeiro, nas assinaturas eletrônicas, os bits, por sua própria natureza, não são suscetíveis a este juízo de apreciação empírico, pois as cópias são exatamente iguais às originais (LORENZETTI, 2004, p. 102).

Outro ponto a ser trabalhado se refere à confidencialidade, abrangendo tanto a assinatura em si (o sinal distintivo) quanto aos algoritmos que componham sua proteção, de modo que, também, os mecanismos de segurança não devem ser expostos, a exemplo das chaves de criptografia. Mas não basta que a assinatura eletrônica seja atribuída a integridade e confidencialidade sem que o seu titular possa fazer o uso dela no momento oportuno, eis, então, a necessidade de garantia da disponibilidade.

Ausentes esses atributos, os níveis de confiabilidade baseados nos tipos de tecnologias de cada assinatura se tornam irrelevantes, porquanto se revestem de vulnerabilidades graves ao não atender aos elementos basilares da segurança da informação. Estudadas essas premissas, passa-se à análise do controle de acesso enquanto parâmetro de proteção.

5 Os três “As” da segurança da informação e os atos eletrônicos da administração pública

Ao tratar de atos do poder público, necessariamente há que se considerar os princípios que o regem, nomeadamente o da competência³⁶, bem como os elementos do ato administrativo. Lado outro, na esfera da *cybersecurity*, a análise das ações, seja de agentes públicos ou corporativos, deve conjugar não apenas a autoria

³⁵ Desta forma, o legislador julgou por bem estabelecer a flexibilidade na adoção das assinaturas em casos de vazamento de dados relativos à tecnologia de sua implementação, a depender se simples ou avançada, com vistas a evitar violações de segurança (§2º, art. 4º da lei 11.063/20).

(*authentication*) do ato, mas também a autorização (*Authorization*) e a responsabilidade (*Accountability/non repudiation*), compondo os três “A(s)” da segurança da informação³⁷

A Constituição Brasileira, respectivamente, em seus artigos 21 a 30, estabelece uma série de regras de organização e prerrogativas a serem exercidas pelos entes federativos, de modo exclusivo ou concorrente. Logo, não é correto pensar a assinatura desassociada da autorização para determinada função pública, pois, ao mesmo tempo em que a lei habilita a atuação do agente, de igual modo limita essa prerrogativa tornando-a indelegável e irrenunciável, no caso, estabelecendo reservas de assinaturas a determinados atos.

O conceito de ato administrativo, como destaca José dos Santos Carvalho Filho, é controverso. Para o autor, todavia, três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo: i) ele precisa emanar de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta; ii) seu conteúdo deve produzir efeitos que visem a um fim público; e iii) esta categoria deve ser regida pelo direito público³⁸.

A validade jurídica do ato administrativo não se confunde com a validade técnica. Destarte, verificada a autenticação e autorização ligada à requisição da execução do ato, uma vez acionada, fica a Administração Pública algoritmicamente associada aos efeitos do ato indissociavelmente, não podendo negá-los (*accountability*)³⁹. Desta forma, ainda que uma assinatura careça de aptidão para produzir efeitos jurídicos que lhes são próprios, dada a ausência de pressupostos de validade, é possível que produza efeitos eletrônicos, a exemplo de vazamento de

³⁶ Que é descrito por Celso Antônio Bandeira de Mello como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos (MELLO, *op cit.*, p. 148).

³⁷ LV, Yilun; DU, Bing. Application of AAA security management in classified network. In: **2013 IEEE 4th International Conference on Software Engineering and Service Science**. IEEE, 2013. p. 660-663. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/6615393/?casa_token=O2_Kc3UJubcA AAAA:-dTNoZ37HW5eJLz1m4UfesY34sk8GjUa3Tce6hg5eU8-5QDdnVCnTB4OmtVeJ8HDl7L64knL2a8. Acesso em: 05 de Maio de 2021.

³⁸ Ibid., p. 99.

³⁹ AOUAD, SIHAM; MAIZATE, ABDERRAHIM; ZAKARI, A. Cyber Security and the Internet of Things: vulnerabilities and Security requirements. **Revue Méditerranéenne des Télécommunications**, v. 9, n. 2, 2019. p. 2. Disponível em: <https://revues.imist.ma/index.php/RMT/article/view/17475/9646>. Acesso em: 06 de Maio de 2020.

informações pessoais e sensíveis, quando a assinatura violada for utilizada como ferramenta de controle de acesso a sistemas informáticos.

Daí a importância da adoção de parâmetros de segurança técnicos e administrativos visando à segurança das assinaturas e seu uso exclusivo pelo titular.

6 Níveis de confiabilidade e segurança das assinaturas

Em tópico anterior, foi exposto o ciclo dos serviços de segurança e como eles se alinham aos requisitos e à validade dos atos administrativos. Paralelamente, estabelece a lei uma presunção de confiança a certos tipos de assinatura estruturados em níveis, aos quais são associadas algumas reservas de validade.

É possível subtrair que a lei trabalha com uma presunção de segurança das assinaturas, levando em conta o modo de implementação. Sob a perspectiva conceitual, é evidente a imprecisão do termo para nivelar o grau de segurança das assinaturas, vez que, para a garantia da inviolabilidade da tríade, são necessárias também ferramentas de controle não técnicas conjugadas a elementos subjetivos dos agentes. Logo, a premissa básica de confiança trabalhada, nos termos da lei, deve ser alinhada ao fato de que o vínculo mais frágil na cadeia de segurança da informação é o elemento humano.

Lado outro, a confiança, do ponto de vista científico, não detém precisão terminológica, malgrado sua constituição seja pautada em aspectos objetivos e subjetivos⁴⁰. De fato, a forma com que as comunicações se dão “on-line” na velocidade e intensidade da internet não permite que os atos de vida em rede sejam cuidadosamente trabalhados, motivo pelo qual a confiança se demonstra indispensável na execução de ações intermediadas pelas tecnologias da informação e comunicação. Justamente nesta casuística, explica Rezende citando Schneier, é possível deduzir que, contemporaneamente, os indivíduos vivem um efetivo “teatro de segurança”, porquanto:

[...] alguém pode se sentir inseguro em relação a um sistema cujo uso contabiliza certas probabilidades de incidência de falhas, fraudes ou sabo-

⁴⁰ REZENDE, Pedro. A. D. **Modelos de Confiança para Segurança Informática**. (artigo). 2012. p. 3. Disponível em: https://cic.unb.br/~rezende/trabs/modelos_de_confianca.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2020. 2012.

tagens, e se sentir seguro em relação a outro sistema com maiores probabilidades de incidentes com potencial de danos equivalentes.⁴¹

Nesta sintonia, a lei depõe sobre as assinaturas com suposições acerca de sua segurança em abstrato, desconsiderando o contexto de implementação que, para Huang, é essencial à análise da confiança empregada no sentido de consistência fática dos sistemas de informação⁴², sendo que, v.g., uma assinatura eletrônica qualificada pode ser, a depender do caso concreto, mais segura que uma assinatura avançada, e vice-versa. Essa problemática ganha contornos emblemáticos a partir do pressuposto de que a “pessoa”, enquanto elemento dos sistemas de dados, compreende também o complexo de gerenciamento de riscos.

Assim, Josang, Gray e Kinateder entendem que a confiança está intimamente associada à conceituação de risco, pois serve de parâmetro para avaliação e adoção de ações pelos indivíduos⁴³. Deste modo, o intuito legislativo em nivelar os tipos de assinatura é, efetivamente, limitar a liberdade do poder público para deliberar sobre qual tipo de código será usado para validar o ato eletrônico.

Porém, o legislador falha na medida em que subordina a flexibilização à reserva de validade associada à assinatura nas hipóteses em que a segurança for comprometida ou houver vazamento de dados, isto é, subsequente ao fato danoso⁴⁴. A se-

⁴¹ *ibid.*

⁴² HUANG, B. *et al.* **Probabilistic soft logic for trust analysis in social network**. Maryland: University of Maryland, 2012. *Apud*: SOUZA, Raul Carvalho. **Prevenção para ataques de engenharia social: um estudo sobre a confiança em segurança da informação em uma ótica objetiva, social, estrutural, interdisciplinar utilizando fontes de dados abertos**. (Dissertação Mestrado). 2015. p.113. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18863/1/2015_RaulCarvalhodeSouza.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

⁴³ JOSANG, A.; GRAY, E.; KINATEDER, M. Analysing Topologies of Transitive Trust. In: **Proceedings of the Workshop of Formal Aspects of Security and Trust (FAST)**. *Apud*: LÓPES, Victor Leonel Orozco. Análise de Riscos de Segurança de Informação: Quantificação de Confiança Como um Parâmetro de Redução de Desvios de Resultados Por Causas Humanas. (Dissertação Mestrado). 2014. p. 30. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/5424/LOPEZ%20c%20VICTOR%20LEONEL%20OROZCO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

⁴⁴ BRASIL, lei da assinatura eletrônica 14.063/20. Art. 4, § 2º.

gurança da informação está diretamente relacionada à busca por impedir a ocorrência de incidentes e à diminuição de vulnerabilidades que possam ser exploradas por ataques cibernéticos, razão pela qual foca em prevenir sua exploração, bem como amenizar seus impactos caso venham a se concretizar.

Ao preestabelecer quais assinaturas devem seguir certos atos com base no potencial de criticidade, a lei também restringe a atuação do poder público no zelo dos pilares que sustentam a proteção dos sistemas informáticos exteriorizados em atos eletrônicos. Pensar segurança negligenciando a situação em que é aplicada, por meio de classificações estáticas, mesmo diante da diversidade dos fluxos de comunicação e sua dinâmica global, vai de encontro às metodologias por trás da proteção dos sistemas, sobretudo à adoção de políticas.

Neste ínterim, Coimbra (2018, p. 17) destaca:

Uma política de segurança diz respeito ao conjunto de normas, indicações ou instruções a seguir, com objetivo de prevenir a ocorrência de incidentes (ameaças) relacionados com a segurança da informação, sendo a prevenção, a '[...] capacidade de proteger a informação e os sistemas que a processam da perda da Confidencialidade, Integridade e Disponibilidade.

Outrossim, Marciano e Marques (2006. p. 1) destacam que essas políticas, voltadas essencialmente ao agir antecedente, envolvem uma série de fatores variados que abarcam, de forma sistematizada, recursos técnicos e humanos contextualmente aplicados. A proteção dos sistemas é subordinada, pois amparada em condicionantes técnicas, sociais e culturais; de igual modo, é orientada, vez que sua personalização é elaborada analiticamente às exigências da organização, de forma que a interpretação rígida ao disposto no art. 4 da Lei 14.063/2020 não apenas torna menos eficazes as tentativas de proteção dos sistemas, como também limita o campo de sua segurança, aumentando a probabilidade de ocorrência de incidentes e, conseqüentemente, de danos, atraindo a responsabilidade objetiva do Estado.

Conclusão

À vista do recorrido, o presente trabalho, entendendo a preocupação do Legislador em estabelecer e adaptar as prerrogativas públicas às intermediações pelas TICs, buscou estudar as

formulações da lei de assinatura eletrônica considerando a *praxe* da segurança da informação. Decerto, objetivando explorar os conceitos e as classificações da legislação, foram realizadas duas análises sob diferentes ângulos de aplicação, a saber, a normativa e a prática, relacionada aos desafios originados pelo desenvolvimento dos novos modelos informáticos e sua aplicação no âmbito da Administração Pública.

Preliminarmente, a pesquisa foi voltada ao campo de abrangência jurídica da lei e aos requisitos imprescindíveis para validade dos atos administrativos à luz da doutrina e da legislação pátria. Posteriormente, buscou-se observar os conceitos propriamente ditos e as diferenças existentes entre cada tipo de assinatura, destacando seus aspectos fundamentais com análise comparativa de legislações estrangeiras e bibliografias pertinentes.

Ao final, foram dedicados alguns capítulos para desmembramento dos conceitos estudados e suas implicações no campo da segurança da informação, pelo que foram levantados alguns parâmetros para imputação objetiva de responsabilidade, especialmente a confiança, estruturada em níveis aos quais correspondem reservas de validade de atos eletrônicos, concluindo-se com os efeitos negativos que tal estipulação em abstrato pode causar à proteção dos sistemas informáticos do Poder Público.

Os objetivos da legislação são positivos e ela foi editada e aprovada em um momento adequado, tendo em vista a transformação digital que toda a sociedade passa, principalmente considerando o contexto pandêmico e a necessidade de isolamento e distanciamento social. É necessário que o Estado e a sociedade acompanhem o desenvolvimento tecnológico e utilizem as ferramentas tecnológicas para conferir maior agilidade e segurança aos trâmites burocráticos, de modo que não se deve recusar o uso das assinaturas eletrônicas que foram criadas pela lei, nas interações público-privadas.

Entretanto, é imprescindível realçar que a lei é vaga para um tema tão complexo, principalmente considerando as particularidades técnico-jurídicas relativas às nomenclaturas e classificações das assinaturas. A complexidade aumenta se for considerado que o Estado deverá implementar a estrutura tecnológica necessária para ampliar o acesso aos serviços públicos digitais de forma segura e confiável, tratar os dados das pessoas físicas conforme a nova Lei Geral de Proteção de Dados e assegurar a incolumidade e confiabilidade das comunicações, levando em

conta os apontamentos relativos à tríade CIA, os três Três “A(s)” da Segurança da Informação e os princípios da Administração Pública.

O âmbito de aplicação da lei é vasto e irá exigir da Administração Pública, em todos os seus níveis, um grande esforço para regulamentar a questão, adaptar-se, até julho de 2021, às novas exigências e capacitar o pessoal para evitar problemas de falhas de segurança como os decorrentes do “fator humano”.

Por fim, entende-se que, em que pesem a existência do regime jurídico administrativo e as previsões de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, seria interessante que a lei tivesse disposto a respeito da responsabilização administrativa (sem desconsiderar a penal e civil) dos agentes públicos que, por uma eventualidade, venham a causar dano aos particulares ou utilizarem de forma indevida as assinaturas nas interações internas da Administração Pública, assim como fazem a Lei Geral de Proteção de Dados e o Código de Defesa do Consumidor, os quais trazem um regramento específico, considerando o âmbito de aplicação e as peculiaridades dos assuntos de cada lei.

Referências

BEHRENS, Fabiele. A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira. Dissertação (Mestrado) - Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, p. 37. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-10-07T063157Z-206/Publico/FabieleDto.pdf. Acesso em: 10 de out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 9 de out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 de out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 14.063, de 23 de Setembro de 2020. Dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas e em questões de saúde e sobre as licenças de softwares desenvolvidos por entes públicos; e altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.063-de-23-de-setem>

bro-de-2020-279185931. Acesso em: 9 de out. de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

COIMBRA, Sara Alexandra Magalhães Pereira. Ameaças e Vulnerabilidades à Segurança da Informação dos Sistemas de Informação da Força Aérea. Política de Segurança e Prevenção. Instituto Universitário Militar, Pedrouços, 2018, p. 17. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/223219869.pdf>. Acesso em: 20 de out. de 2020.

European Union. Regulation (Eu) N° 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014. On electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. Disponível em: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/eidas_regulation.pdf. Acesso em: 10 de out. de 2020

FORTNER, Carlos. Carlos Fortner, diretor-presidente do ITI, fala sobre a MP 983 e sua contextualização com assinatura digital e certificação digital. CryptoID, 2020. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/carlos-fortner-diretor-presidente-do-iti-fala-sobre-a-mp-983-e-sua-contextualizacao-com-assinatura-digital-e-certificacao-digital/>. Acesso em: 22 de out. de 2020.

GUELFÍ, Airton Roberto. Análise de elementos jurídico-tecnológicos

que compõem a assinatura digital certificada digitalmente pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil - ICP-Brasil. Dissertação (Mestrado) Engenharia Elétrica, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 64-65. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3142/tde-26072007-164132/pt-br.php>. Acesso em: 10 de out. de 2020.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio Escolar da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

HUANG, B.; et al. Probabilistic soft logic for trust analysis in social network. Maryland: University of Maryland, 2012. APUD: SOUZA, Raul Carvalho. Prevenção para ataques de engenharia social: um estudo sobre a confiança em segurança da informação em uma ótica objetiva, social, estrutural, interdisciplinar utilizando fontes de dados abertos. Dissertação (Mestrado) - Ciência da Informação, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 113. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18863/1/2015_RaulCarvalhodeSouza.pdf. Acesso em: 10 de out. de 2020.

JOSANG, A.; GRAY, E.; KINATENDER, M. Analysing Topologies of Transitive Trust. In: DIMITRAKOS, T., MARTINELLI, F. (eds.) Proceedings of the First International Workshop on Formal Aspects in Security & Trust. Pisa, Italy, p. 9-22, 2003. APUD: LÓPES, Victor Leonel Orozco. Análise de Riscos

de Segurança de Informação: Quantificação de Confiança Como um Parâmetro de Redução de Desvios de Resultados Por Causas Humanas. Dissertação (Mestrado) - Ciência da computação, Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2014, p. 30. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/5424/LOPEZ%20VICTOR%20LEONEL%20OROZCO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 de out. de 2020.

KAZIENKO, Juliano Fontoura. **Assinatura digital de documentos eletrônicos através de impressão digital**. Dissertação (Mestrado) - Ciência da Computação, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p. 36. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/86583/191996.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 de out. de 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. trad. MENKE, Fabiano. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MARCIANO, João Luiz; MARQUES, Mamede Lima. **O Enfoque Social da Segurança da Informação**. Ciência da informação, Brasília, v. 35, n. 3, p. 89-98, 2006, p. 89. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v35n3/v35n3a09.pdf>. Acesso em: 20 de out. de 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENKE, Fabiano. **A MP 983 e a classificação das assinaturas eletrônicas**: comparação com a MP 2.200-2. Cryptoid, 2020. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/a-mp-983-e-a-classificacao-das-assinaturas-eletronicas-comparacao-com-a-mp-2-200-2-por-fabiano-menke/>. Acesso em: 9 de out. de 2020.

MENKE, Fabiano. **A MP 983 e a classificação das assinaturas eletrônicas**: comparação com a MP 2.200-2. Cryptoid, 2020. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/a-mp-983-e-a-classificacao-das-assinaturas-eletronicas-comparacao-com-a-mp-2-200-2-por-fabiano-menke/>. Acesso em: 10 de out. de 2020

MOURÃO, Licurgo; ELIAS, Gustavo Terra; FERREIRA, Diogo Ribeiro. A imprescindibilidade da assinatura eletrônica, da assinatura mecânica e da certificação digital para a administração pública brasileira. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 73, n. 4, p. 29-44, dez. 2009. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/635.pdf>. Acesso em: 9 de out. de 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. Pinheiros: Saraiva, 2016.

REZENDE, Pedro. A. D. **Modelos de Confiança para Segurança Informática**. Brasília, [S.l.]: Universidade de Brasília, 2012, p. 3. Disponível em: <https://cic.unb.br/>

~rezende/trabs/modelos_de_confianca.pdf. Acesso em: 10 de out. de 2020.

A proteção de dados pessoais e do consumidor na esfera extrajudicial à luz da teoria do diálogo das fontes

Samuel Nunes Furtado

*Acadêmico de Direito pela Universidade Federal de
Uberlândia (UFU)*

*Membro discente dos Grupos de Pesquisa e Extensão
“Comunidade Internacional de Estudos em Direito
Digital (CIED)” e “Laboratório de Direitos
Humanos (LabDH)”*

Pedro Henrique Almeida Queiroz

Advogado

*Pós-graduando em Ciências Jurídicas e
Delegado de Polícia pelo Complexo de
Ensino Renato Saraiva (CERS)*

*Associado ao Instituto de Direito Sanitário
Aplicado (IDISA), à Rede Brasileira Direito e
Literatura (RDL) e à Associação Brasileira
Multidisciplinar de Estudos sobre
Drogas (ABRAMD).*

RESUMO

O presente trabalho é dedicado ao estudo e aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo no tocante a apuração de infrações comuns aos diplomas normativos no âmbito das relações de consumo. A pesquisa tem como ponto de partida a existência de um conflito aparente entre a competência das autoridades regulatórias na da proteção dos dados pessoais e do consumidor. Como forma de solucionar a problemática, o trabalho foi elaborado sob uma perspectiva exploratória, explicativa e descritiva do CDC e da LGPD no que tange aos processos administrativos sancionatórios, suas nuances e implicações, utilizando-se de metodologia comparativa.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Consumidor. Responsabilidade administrativa. Diálogo das fontes.

ABSTRACT

The present work is dedicated to the study and applicability of the General Law for the Protection of Personal Data and the Consumer Defense Code, especially with regard to the investigation of common infractions of normative diplomas in the context of consumer relations. The research has as its starting point the existence of an apparent conflict between the competence of the regulatory authorities in the protection of personal and consumer data. As a way to solve the problem, the work was elaborated from an exploratory, explanatory and descriptive perspective of the CDC and the LGPD regarding administrative sanctioning processes, their nuances and implications, using a comparative methodology.

Keywords: Protection of personal data. Consumer. Administrative responsibility. Font dialog.

Introdução

O positivismo jurídico — enquanto ciência — tem por método a descrição avaliatória da realidade (BOBBIO, 1995, p. 238). Assim, é a partir do fato que se compreende a norma enquanto sentido construído da interpretação sistemática dos textos normativos (ÁVILA, 2005, p. 22). Diante disso, demonstra-se a pertinência de se reconhecer a necessidade de flexibilização dos institutos clássicos do Direito às repercussões sociais e econômicas causadas pelas tecnologias da informação e comunicação.

Diuturnamente, percebe-se o desenvolvimento de novas dinâmicas inter-relacionais advindas da desconceitualização de tempo e espaço, no que se convencionou denominar *sociedade da informação e do conhecimento* (BORGES, 2000, p. 29). Pertinentes, neste ponto, são as palavras de Ricardo Lorenzetti (2004, p. 22) ao descrever que a internet aumenta, em tese, o poder decisório do indivíduo. No entanto, ao lado dessa aparente liberdade, repousa a criticidade de sua vulnerabilidade.

Neste cenário, o consumidor, entrementes a sociedade das comunicações, assume a figura de produto, isto é, coisifica-se em uma espécie de produto despersonalizado, que posteriormente é incorporado aos gigantes da tecnologia — tal fenômeno significa o conceito de *prosumer*¹.

¹ Os *prosumers*, segundo Marcelo Jacques “são consumidores engajados no processo de coprodução de produtos, significados e identidades. São

Acerca disso, cite-se o desenvolvimento de teorias econômicas cujo escopo reside na padronização de fórmulas matemáticas para quantificação monetária do “tempo de vida do consumidor”². Desta feita, o usuário global está exposto a riscos desmensuráveis no ciberespaço, motivo pelo qual se faz imprescindível entender a segurança como contramedida à situação de fragilidade do consumidor. A título de exemplificativo, impende-se compreender a atuação preventiva *ex ante*, ou seja, antecedente ao fato na proteção dos bens jurídicos tuteláveis

Como bem explica Bobbio (2007. p. 36), a sociedade moderna é marcada por duas transformações estruturais nas funções do Direito: o controle social do tipo persuasivo —porquanto não coativo—, e; do tipo antecipado —materializado no deslocamento da reação social ao momento precedente ao evento. Não obstante, essas mudanças paradigmáticas são percebidas pelo caráter sancionatório e cogente das normas de defesa do consumidor, e mais recentemente da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)³.

Em suma, ao se proteger os dados quer-se, teleologicamente, proteger a pessoa e, mais ainda, o consumidor —este sendo um sujeito que se pressupõe vulnerável ante a complexidade das relações sociais e econômicas no espaço eletrônico. Sendo assim, os órgãos fiscalizadores, dotados de competência sancionatória, exercem função proeminente no fomento à dissuasão, reforçando o caráter coercitivo e cogente das legislações na esfera extrajudicial.

consumidores proativos e dinâmicos em compartilhar seus pontos de vista. Eles estão na vanguarda em relação à adoção de tecnologias, mas sabem identificar os produtos escolhidos. Distinguem-se dos ‘early adopters’ pelas suas atitudes interventoras relativas a marcas, informação e meios de comunicação”, sendo, portanto, de grande importância no processo de capitalização de tendências pelos setores de marketing como forma de adaptar produtos e serviços, bem como personalizar propagandas. Em: FONSECA, Marcelo Jacques et al. Tendências sobre as comunidades virtuais da perspectiva dos *prosumers*. **ERA**, v. 7, n. 2, 2008, p.4

² Pode ser definida como “uma medida teórica de quanto vale um ser humano se cada momento de sua vida for transformado em mercadoria de uma ou outra maneira”. Em: SANTOS, Laymert Garcia dos. Limites e rupturas na esfera da informação. **Perspectiva**, v. 14, n. 3, pp. 32-39, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000300007. Acesso em: 15 mai. 2021.

³ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.

Sendo assim, com vista ao estudo da atuação dessas entidades públicas e suas legislações, sobretudo no que tange à LGPD e ao CDC, insere-se o presente artigo, que intenta averiguar como as características da pós-modernidade influenciam no reconhecimento da proteção de dados — como direito atrelado à proteção do consumidor em ambiente virtual — e quais suas implicações na imputação de deveres jurídicos, tal como suas repercussões no rito dos procedimentos administrativos sancionatórios à luz da teoria do diálogo das fontes (MARQUES, 2012, p. 16-77).

1. Os novos paradigmas das relações de consumo na era digital

Desponta, ao lado da revolução tecnológica, um novo modelo econômico que tem por engrenagem o “valor do tempo de vida do consumidor” enquanto medida teórica para mercantilização dos fatos (dados) dos cibernautas registrados pelos terminais eletrônicos.

Essa viabilização se dá pelo advento e pela popularização da internet que, entre outras coisas, reduziu os custos de transação de mercado — entendidos como aqueles vinculados aos gastos para se localizar a contraparte, realizar as tratativas de formação do negócio e o executar (LORENZETTI, 2004, p. 44).

Ao discorrer sobre a emergência dessa dinâmica em rede, Benkler (2009, p. 10) pontua duas principais características: (i) a digitalização simbólica da humanidade — a qual tem o conhecimento como fonte produtiva e uma economia baseada eminentemente na oferta de bens e serviços imateriais —, e; (ii) a difusão de máquinas com alto poder computacional e a preços acessíveis, interconectadas à rede mundial — a internet.

Tem-se por consequência desses fatores a cultivação de condições que permitem o fomento a condições de colaboração sustentáveis e compartilhamento simultâneo de recursos entre os nós da rede (BENKLER, 2009, p. 10).

Acrescentem-se, pois, as ideias de Castells (2003, p. 71) que, ao discursar sobre a economia das comunicações e os modelos negociais eletrônicos, destacou o surgimento da empresa de rede. Veja-se:

A empresa de rede evoluiu a partir da combinação de várias estratégias de interconexão. Em primeiro lugar, a descentralização interna de grandes corporações, que adotaram estruturas enxutas,

horizontais de cooperação e competição, coordenadas em torno de metas estratégicas para a firma como um todo. Em segundo lugar, a cooperação entre empresas pequenas e médias, reunindo seus recursos para alcançar uma massa crítica. Em terceiro, a conexão entre essas redes de pequenas e médias empresas e os componentes diversificados das grandes corporações. E, por fim, as alianças e parcerias estratégicas entre grandes corporações e suas redes subsidiárias. Tomadas em conjunto, essas tendências transformaram a administração de negócios numa geometria variável de cooperação e competição segundo o tempo, o lugar, o processo e o produto.

Da perspectiva do fornecedor, a colaboração estratégica, em nível global, traduz melhores resultados, permitindo a flexibilização dos negócios e a conservação de suas individualidades. Ao passo que, do ponto de vista do consumidor, essa combinação corporativa importa essencialmente a restrição de sua liberdade de contratar (CASTELLS, 2003, p. 42).

Em razão disso, concebe-se que a *World Wide Web* torna as relações consumeristas mais assimétricas, enfatizando as desigualdades entre as partes, como bem leciona Guilherme Magalhães Martins (2020, p. 2020), ao rememorar as lições de Cláudia Lima Marques:

[...] o sujeito fornecedor é agora um ofertante profissional automatizado e globalizado, presente em uma cadeia sem fim de intermediários (portal, *website*, *link*, *provider*, empresas de cartão de crédito, etc.), um fornecedor sem sede e sem tempo (a oferta é permanente, no espaço privado e no público), um fornecedor que fala todas as línguas ou usa a língua franca, o inglês, e utiliza-se da linguagem virtual (imagens, sons, textos em janelas, textos interativos, ícones etc.) para marketing, negociação e contratação. O sujeito consumidor, nas palavras da mesma autora, corresponde à ideia de um: [...] sujeito 'mudo' na frente de um écran, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha (*PIN*) uma assinatura eletrônica (chaves públicas e privadas), por um número de cartão de crédito ou por impressões biométricas.

Neste ínterim é que se insere o estudo da vulnerabilidade, enquanto situação de fragilidade presumida do consumidor que impõe ao Estado um dever de cuidado mais incisivo sobre as práticas de consumo com vistas a atuar antecedentemente ao fato. Desse modo, não se trata, evidentemente, de mencionar as tradicionais categorias de vulnerabilidade — técnica, científica e fática — igualmente pertinentes; antes faz-se imprescindível reconhecer as imputações de um novo modelo inerente à economia das comunicações, a saber a vulnerabilidade informacional (MIRAGEM, 2016, p. 134).

Vejam-se neste ponto os ensinamentos de Fernando Martins (2020, p. 136) sobre a fragilidade do consumidor em ambiente eletrônico ao conceituar a vulnerabilidade digital:

Transportam-se das facticidades reais às intersubjetividades digitais e pós-orgânicas, próprias do mundo virtual, idênticas circunstâncias que colocam o consumidor-usuário em séria desvantagem, proporcionando circunstâncias assimétricas não apenas inerentes ao desconhecimento de estruturas e funcionalidades eletrônicas (a já conhecida vulnerabilidade técnica), mas essencialmente nas incontáveis operações (econômicas, políticas, recreativas, informativas, sociais, promocionais) garantidas e disponibilizadas por esse mundo abstrato em expansão geométrica.

Como implicação deste raciocínio, sem se olvidar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a proteção do consumidor passa a ser imputada também ao fornecedor, devendo este adotar medidas internas e externas com escopo de minimizar o desequilíbrio entre as partes e mitigar os fatores de riscos característicos da sociedade da informação (MARQUES, 2016, p. 339).

Porém, não só o fornecedor direto deve se esquivar de práticas infracionais à defesa do consumidor, senão incluem-se aqui todos os atores empresariais que, inter-relacionados por negócios jurídicos distintos, integram a operação econômica, agregados por conexidade contratual, ao oferecimento final do produto ou serviço (LORENZETTI, 2011, p. 290-300).

2. A (co)incidência da LGPD e do CDC à luz da teoria do diálogo das fontes

Depreende-se que a mudança fática causada pelas TICs — tecnologias da informação e comunicação — tem refletido em

todos os campos do saber, inclusive no Direito. Sobreleva-se que uma das características essenciais da pós-modernidade jurídica, analisada por Tartuce (2018, p. 29), se refere à abundância de sujeitos e direitos em um emaranhado excessivo de legislações, tal como a criação de diversos fatores que influenciam as relações jurídicas de maneira transversal.

Nesta pós-modernidade jurídica, há uma constante em jogo: o pluralismo, materializado na multiplicidade de fontes legislativas incidentes concomitantemente sobre um mesmo fato (MARQUES, 2004, p. 26). Esse contexto faz surgir a necessidade do intérprete do direito de buscar por ferramentas hermenêuticas que permitam a coexistência harmônica entre as diferentes legislações — no caso em comento a LGPD e o CDC —, razão pela qual é bem-vinda a teoria do diálogo das fontes — idealizada por Erik Jayme, apresentada à doutrina brasileira por Cláudia Lima Marques (2013, p. 114) — para a compreensão paritária dessas legislações e sua aplicação harmônica.

No que se refere à supramencionada teoria, adequadas são as palavras de quem se aprofundou e desenvolveu a temática. Leia-se as lições de Cláudia Lima Marques (2004, p. 43):

Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (*dí*) e uma lógica ou fala (*logos*), enquanto o 'conflito' leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a monossolução ou 'monólogo' de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a 'antinomia' (conflitos 'pontuais' da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação. [...] Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre as diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada "coerência derivada ou restaurada" ("*cohérence dérivée ou restaurée*"), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.

Subentende-se dessa teoria, portanto, a subtração do caráter enviesado do direito do consumidor, tendo por foco de

regulação o consumo e o mercado de consumo transpassado nas várias disciplinas jurídicas simultaneamente, tais como o direito civil, comercial, econômico, administrativo, penal, e, mais recentemente, de proteção de dados.

Sem embargos, a teoria do diálogo das fontes está fundamentada em três vertentes complementares e harmônicas, como ensina Tartuce e Martos (2013, p. 156-188):

O primeiro denominado de “diálogo sistemático de coerência” prevê que havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o diálogo sistemático de coerência. [...] O segundo, denominado “diálogo de complementaridade ou diálogo de subsidiariedade”, ocorre se o caso for de aplicação coordenada de duas leis. Assim sendo, uma norma pode completar a outra, de forma direta (diálogo de complementaridade) ou indireta (diálogo de subsidiariedade). O terceiro é denominado de “diálogo de influências recíprocas sistemáticas”, que ocorre quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências de outra. Nas palavras de Claudia Lima Marques, *et al.*, “é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *doublé sens*”.

Com efeito, o estudo da regulamentação do tratamento de dados pessoais nas relações de consumo, sem a devida análise complementar e coerente entre os dois diplomas-bases — Lei Geral de Proteção de Dados e Código de Defesa do Consumidor —, pode levar a conclusões equivocadas, senão insuficientes, motivo pelo qual é indispensável entendê-las sistematicamente.

Oportuno consignar ainda o reconhecimento da influência que as normas do CDC exercem sobre a construção da LGPD, bastando uma leitura de seu texto para encontrar elementos que evidenciem a íntima conexão entre as duas legislações.

Desta forma, veja-se que o Art. 2, inciso VI, da Lei nº 13.709/18, dispõe como fundamento a proteção do consumidor. Paralelamente a isso, no âmbito administrativo, o Art. 18, § 8º, da LGPD, habilita a atuação simultânea dos organismos de defesa do consumidor e de proteção de dados na garantia dos direitos dos titulares de dados.

Adiante, no que se refere à competência para instauração, apuração e imputação de responsabilidade administrativa, insta

mencionar o disposto no Art. 55-K da lei supracitada, que estabelece a exclusividade da ANPD para a aplicação das penalidades taxadas no rol do Art. 52. Entretanto, ressalva a possibilidade de demais sanções por diferentes órgãos da Administração Pública.

Dessarte, depara-se com a consagração de competência comum entre a ANPD, por exemplo, e agências fiscalizadoras como os PROCONs, bastando alguma correlação entre a infração à LGPD e ao CDC. Este entendimento tem como alicerce o fato de que, se por dados entendem-se as externalizações do indivíduo no meio eletrônico — *atos* —, logo, o princípio da proteção do consumidor teria melhor otimização caso abrangesse suas manifestações no ambiente virtual — *dados*.

Nesta esteira, uníssonos estão os ensinamentos de Bioni (2019, p. 99) que, ao analisar as características e constituição dos dados pessoais, concluiu se tratar de projeções personalíssimas da pessoa:

Personalidade significa as “características ou o conjunto de características que distingue uma pessoa” da outra. Com base nessa abordagem semântica, os direitos da personalidade seriam os caracteres incorpóreos e corpóreos que conformam a projeção da pessoa humana. Nome, honra, integridade física e psíquica seriam apenas alguns dentre uma série de outros atributos que dão forma a esse prolongamento. [...] Sob essa perspectiva, um dado, atrelado à esfera de uma pessoa, pode se inserir dentre os direitos da personalidade. Para tanto, ele deve ser adjetivado como pessoal, caracterizando-se como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular. E, nesse sentido, cada vez mais, as atividades de processamento de dados têm ingerência na vida das pessoas. Hoje vivemos em uma sociedade e uma economia que se orientam e movimentam a partir desses signos identificadores do cidadão.

Acrescenta-se a conjuntura sob análise, que a proteção do vulnerável no ciberespaço não deve ser menor do que a existente no mundo físico. Ao invés disso — conforme discorreremos outrora —, o consumidor tem sua situação de fragilidade agravada pelas facilidades próprias das TICs.

Portanto, a coincidência da LGPD e do CDC poderá ser afirmada, sempre que, *a priori*, o tratamento de dados do consumi-

dor seja realizado com o intuito de viabilizar a atividade econômica do fornecedor, ainda que indiretamente (MIRAGEM, 2019, p. 4).

3 Os objetos e sujeitos das relações jurídicas na LGPD e no CDC

O Código de Defesa do Consumidor, enquanto microssistema, visa a regulação das interações entre fornecedor e consumidor, ao passo que a LGPD regula a atividade dos agentes de tratamento de dados pessoais.

Acrescenta-se que a definição de agentes de tratamento é abstraída do Art. 5º, inciso IX, da LGPD como sendo o controlador e o operador. Este último é a pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, não pertencendo ao quadro de empregados deste – pessoas distintas⁴.

Há, por isso, uma interconexão entre os agentes de tratamento sendo o controlador a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

Como abordado anteriormente, há por parte dos agentes empresariais uma verdadeira rede de abastecimento composta por diversos negócios jurídicos próprios e diferentes, unidos por uma razão econômica superior a individualidade de cada objeto. Sendo assim, também o tratamento de dados nas relações consumeristas pode ser revestido de inúmeros negócios jurídicos, os quais dificultem a análise da responsabilidade administrativa por violação ao CDC e à LGPD.

⁴ Neste ponto, mencione-se o posicionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados sobre a distinção Agente e Controlador: “[...] a definição legal de operador também não deve ser entendida como uma norma de distribuição interna de competências e responsabilidades. Neste cenário, empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta não devem ser considerados operadores, tendo em vista que o operador será sempre uma pessoa distinta do controlador, isto é, que não atua como profissional subordinado a este ou como membro de seus órgãos. ANPD, Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento e de dados pessoais e do encarregado**. Distrito Federal, 2021. p. 16. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 28 de Maio de 2021.

Neste ponto, a questão central é identificar o dever jurídico e o agente a quem ele é imputado. Na hipótese em que o fornecedor assuma a figura de agente de tratamento de dados pessoais de consumidores, a ele são imputáveis tanto os deveres estatuídos no CDC quanto aqueles empregados na LGPD, como será abordado posteriormente.

Ocorre que a suficiência hermenêutica desse raciocínio nas relações combinadas diretas entre fornecedor e consumidor encontra óbice nas conexões de cooperação entre fornecedores, porquanto nesta, a princípio, não há relação de consumo, ao passo que aquela subsiste os deveres estatuídos no CDC⁵.

Note-se que de um lado tem-se a relação entre o vulnerável — consumidor — e o fornecedor; ao passo que, noutra ponta, a princípio, poder-se-á concluir que se trata de relação meramente civil B2B — *business to business*⁶ — extrínseca ao diploma protcionista do consumidor.

À vista disso, nas hipóteses de correlação entre as normas da LGPD e do CDC, a aplicação de sanções administrativas desta legislação, pelo tratamento irregular de dados do consumidor aos agentes de tratamento, restaria frustrada, subsistindo apenas e tão somente as dispostas na LGPD.

No entanto, imprescindível mencionar que o escopo normativo do CDC não é dirigido às relações propriamente ditas, tampouco aos negócios, mas sim à proteção do consumidor e suas extensões, incluindo-se aí a imaterial, traduzida nas manifestações eletrônicas. Portanto, se os dados pessoais, devido a características que lhes são próprias, constituem projeções personalíssimas do consumidor (BIONI, 2019, p. 99), então a proteção deste reflete também a daqueles, atraindo a ampliação do escopo normativo do CDC às relações B2B e dando a elas uma natureza jurídica híbrida.

⁵ Suponhamos a situação em que o fornecedor ofereça o produto ou serviço e, havendo a necessidade de manipulação de dados do consumidor, transfira a responsabilidade do tratamento a outro parceiro empresarial.

⁶ “O *business-to-business*, que representa as transações comerciais entre empresas, é outra modalidade de negócios da rede. Ao aderir ao modelo de negócios eletrônico B2B, as empresas objetivam reduzir custos operacionais, ganhar eficiência e competitividade, otimizar a cadeia produtiva, ampliar a carteira de clientes e fornecedores e aumentar as receitas”. Em: DA CUNHA MAYA, Paulo Cesar; OTERO, Walter Ruben Iriondo. A influência do consumidor na era da internet. **Revista da FAE**, v. 5, n. 1, 2002, p. 74. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/448/343>. Acesso em: 27 mai. 2021.

Neste espectro, para fins de responsabilidade administrativa, também o controlador ou operador poderá ser considerado fornecedor em relação ao consumidor final, desde que integre a cadeia de fornecimento do bem ou serviço e realize o tratamento de dados pessoais do consumidor. A amplitude dessa proposição é de extrema relevância ao servir de parâmetro para imputação e análise da extensão dos deveres jurídicos estatuídos no Código de Defesa do Consumidor, envolvendo, portanto, todos aqueles envolvidos na atividade produtiva, ainda que indiretamente⁷.

Nestes casos, deve-se observar com mais precisão a situação de fragilidade do consumidor que não detém o poder de organização da operação econômica, tampouco dos agentes que dela participarão. Por conseguinte, a subtração de uma interpretação teleológica do CDC, e não seria exagero mencionar também a Constituição Brasileira art. 5º inciso XXXII, impõe a expansão de seus deveres jurídicos às relações empresariais em detrimento das ficções jurídicas contratuais⁸.

Em suma, malgrado a LGPD tenha por escopo a regulamentação do tratamento de dados, estabelecendo direitos deveres e garantias ao proprietário dos dados e os agentes de tratamento, o CDC regulamenta a relação entre consumidor e fornecedor — podendo ser abarcado também o controlador e o operador de dados ainda que não possua relação direta com o consumidor.

4 A responsabilidade administrativa na LGPD e no CDC

O ponto central da responsabilidade — dever jurídico sucessivo — seja ela civil ou administrativa, é a violação de um dever jurídico originário imputável.

⁷ Isso significa dizer que a condição de fornecedor está, por esta definição, intimamente ligada com a atividade que desempenha na cadeia de fornecimento e desde que viabilizem a inserção do serviço ou do produto efetivamente no mercado. Ver também: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 112.

⁸ Nesta senda, destaca Tartuce e Neves: “No que concerne à contratação eletrônica ou digital, consigne-se que muitas vezes ela se dá por formas de redes negociais e na maior rede que o ser humano já criou, a rede mundial de computadores, a internet. E não olvide que, preenchidos os requisitos dos arts. 2º e 3º da lei 8.078/1990, aplica-se aos contratos digitais ou eletrônicos o Código de Defesa do Consumidor”. Em: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 522.

Neste ponto, pertinentes são os ensinamentos de Cavalieri Filho (2014, p. 15), o qual explica:

Se quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente. [...] Sem violação de um dever jurídico preexistente, portanto, não há que se falar em responsabilidade em qualquer modalidade, porque esta é um dever sucessivo decorrente daquele.

Desta feita, pelas infrações ao CDC, respondem todos aqueles fornecedores que, ligados por conexidade contratual, direta ou indiretamente violem suas disposições. Doutro lado, os deveres estatuídos na LGPD são essencialmente destinados aos agentes de tratamento de dados e, em se tratando de dados de consumidores essenciais ao oferecimento de determinado produto ou serviço, a eles serão atribuídos os deveres do código protecionista.

Diante disso, noticiada a infração no tratamento irregular de dados pessoais dos consumidores à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, bem como aos PROCONs, far-se-á necessária a constituição de processo administrativo para aplicação de sanções, assegurando, entre outros princípios e garantias processuais, o contraditório. Via de regra, os processos administrativos, muito embora guardem algumas diferenças variáveis entre os órgãos da administração pública, são constituídos de quatro fases: a instauração; a instrução, carregada da defesa e do relatório; a decisória, e, por fim, a recursal (ROSSI, 2020, p. 1.011).

A instauração, marco inicial do procedimento administrativo⁹, dá-se de ofício ou por provocação da parte interessada, momento em que o administrado será notificado para integrar a relação jurídica processual a fim de que o conflito de interesses entre ele e o Estado seja resolvido (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1.122). Em sendo verificada a correlação entre as supostas in-

⁹ A propósito, frise-se que os conceitos de processo e procedimento não se confundem, como bem explica Rosemiro, o procedimento é caracterizado pela obediência de uma sequência de atos predeterminados em normas do ordenamento jurídico, dirigidas à constituição de um modelo estruturado procedimental, que lhe conferem legitimidade, validade e eficácia. Em: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 151.

frações à LGPD e ao CDC no tratamento de dados pessoais dos consumidores, tanto a ANPD quanto os órgãos de proteção do consumidor poderão atuar simultaneamente em procedimentos paralelos respectivamente em face dos agentes de tratamento e dos fornecedores.

Adiante, dá-se início à instrução, nela as autoridades fiscalizadoras, bem como os interessados, desempenham uma série de atos com vistas à produção e coleta de provas necessárias à apuração dos fatos e formação da convicção daquele que irá tomar a decisão sobre o feito.

Nessa fase o objetivo é encontrar indícios suficientes da materialidade da infração ao dever jurídico e o responsável pela sua guarda. Oportuno destacar que as mesmas regras aferíveis nos processos jurisdicionais são aplicáveis, geralmente, aos processos administrativos, de modo que, na fase de instrução, são admitidas consultas e audiências públicas, a depender do interesse geral da questão e de sua relevância (ROSSI, 2020 p. 1.012).

Providos os elementos probatórios, inicia-se o decurso do tempo para que o administrado, pessoa física ou jurídica, faça o exercício de seu direito à ampla defesa e contraditório, manifestando-se sobre o teor das provas e o objeto do litígio, após o que o agente de fiscalização redigirá o relatório, composto de um resumo dos fatos e a opinião sobre a lide (ROSSI, 2020 p. 1.012).

À vista disso, faz-se necessário ter em mente que o processo administrativo nos órgãos públicos de defesa do consumidor está conectado ao instaurado pela ANPD, de forma que não deverá comportar decisão final antes de findado este, dada sua correlação. À face do exposto, avulta-se a pertinência da irregularidade no tratamento de dados do consumidor ser declarada pela ANPD preliminarmente sem prejuízo à instrução simultânea pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, podendo ambos cooperar para a formação da decisão final sobre o feito.

Como efeito, formada a convicção sobre a violação do dever jurídico e proferida a decisão pela ANPD, se procedente, poderão os órgãos de proteção do consumidor avaliar a correlação da violação do dever jurídico à LGPD e ao CDC, quando então haverá condições para decidir sobre a existência da infração comum, podendo aplicar as sanções dispostas no Art. 56 do diploma consumerista, com a ressalva de que ambos os procedimentos estarão sujeitos à recurso (ROSSI, 2020, p. 1.013).

Portanto, há uma relação de dependência entre os procedimentos administrativos nas hipóteses de infração comum, estan-

do intimamente ligados. Note-se que se no âmbito da ANPD ficar constatada a ausência de irregularidade no tratamento de dados, não poderão os órgãos de defesa do consumidor em sentido diverso condenar os administrados, em virtude da correlação entre os processos.

Ressalte-se ainda que a competência para aplicar as sanções dispostas na Lei Geral de Proteção de Dados é exclusiva da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, sendo ela, nos termos da lei sob exame, responsável por articular sua atuação conjuntamente com outras entidades constituídas de competências sancionatórias¹⁰.

Isto posto, é viável a cumulação de sanções de naturezas diversas entre os órgãos fiscalizadores, sendo elas, no código protecionista do consumidor, subdivididas em três categorias: pecuniárias; objetivas e subjetivas, como bem explica Pellegrini Grinover (2019. p. 271):

O art. 56 enumera as sanções que poderão ser aplicadas pelas autoridades administrativas no âmbito das respectivas jurisdições. O código distingue, basicamente, três modalidades de sanções administrativas: (a) sanções pecuniárias – representadas pelas multas (item I) aplicadas em razão do inadimplemento dos deveres de consumo; (b) sanções objetivas – são aquelas que envolvem bens ou serviços colocados no mercado de consumo e compreendem a apreensão (item II), inutilização (item III), cassação do registro (item IV), proibição de fabricação (item IV) ou suspensão do fornecimento de produtos ou serviços; (c) sanções subjetivas – referidas à atividade empresarial ou estatal dos fornecedores de bens ou serviços, compreendem a suspensão tem-

¹⁰ “Art. 55-k A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, e suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública. Parágrafo único: A ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação”. Em: BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 19 mai. 2021.

porária da atividade (item VII), cassação de licença do estabelecimento ou de atividade (item IX), interdição total ou parcial de estabelecimento, obra ou atividade (item X), intervenção administrativa (item XI), inclusive a imposição de contrapropaganda (item XII).

Dessa maneira, a mesma classificação pode ser atribuída às sanções destacadas no artigo 52 da LGPD sendo as pecuniárias, relacionadas às multas (incisos II e III); as objetivas, aplicáveis aos dados e à exposição da atividade infrativa (incisos IV, V e VI) e subjetivas, aquelas ligadas ao tratamento de dados desenvolvido pelos agentes (incisos X, XI e XII)¹¹.

Por efeito disso, o critério determinante nestes procedimentos é a análise da correlação e a compatibilidade, tendo a ANPD papel central no encadeamento de atos necessários à repressão do tratamento irregular de dados pessoais dos consumidores.

Outrossim, há que se ressaltar que o art. 55-K da LGPD estabelece uma prevalência das sanções aplicáveis pela ANPD sobre as competências sancionatórias de outras entidades e órgãos da administração pública, quando a conduta infrativa for praticada no tratamento de dados pessoais.

Não obstante, essa exclusão só caberá na hipótese em que o agente infrator pratique conduta que viole deveres jurídicos idênticos, não se aplicando aos casos em que a ação do agente infrinja deveres jurídicos apenas correlatos, porquanto, como discorremos anteriormente, o intuito do legislador foi estabelecer regras para atuação comum entre as entidades públicas fiscalizadoras em prol da proteção da pessoa, mais especificamente de seus dados — dito *diálogo coerente e complementar*¹².

¹¹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 27 mai. 2021.

¹² “Nas relações de consumo, a nova legislação brasileira confiou na sua interação com as normas de proteção do consumidor, ao prever em seu Art. 64 a possibilidade de diálogo das fontes, bem como a articulação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e outros órgãos com competência sancionatória, inclusive os de proteção do consumidor (Art. 55-K, parágrafo único)”. Em: MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 1.009, 2019, p. 4. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.

Conclusão

Consigna-se que não apenas as relações sociais estão se tornando mais complexas, de igual modo o Direito acompanha essas transformações, porquanto guarda em si a necessidade de consistência fática, sob pena de frustrar sua razão de ser, qual seja, a proteção da pessoa em todas as suas extensões. Deste modo, emerge dessa realidade o surgimento de fenômenos como a descodificação, materializada na elaboração de múltiplas leis regulando a mesma situação e cada qual com implicações divergentes sob o ponto de vista epistemológico.

Tem-se como evidente, pois então, a necessidade de abstrair hermeneuticamente uma noção complementar, unificada e sistemática do ordenamento jurídico que permita a todos os diplomas normativos uma coexistência pacífica, rumo à melhor otimização do Direito — uma *alternativa dialógica*. Acerca deste ponto, demonstra-se marcante o reconhecimento da pessoa e suas projeções eletrônicas, vale dizer por isso em existência virtual, cada qual com características que lhes são próprias.

Associada a essa compreensão, tem-se o reconhecimento de novas fragilidades, e não seria exagero novamente recitar vulnerabilidade, da pessoa, aqui estudada na qualidade de consumidora. Portanto, é justamente o reconhecimento dessa dualidade existencial que permite a regulação de situações jurídicas não previstas nos diplomas protetivos. No caso estudado, a proteção de dados pessoais enquanto direito-dever.

Por consequência disso, tem-se a imputação de deveres jurídicos originários coexistentes e inter-relacionados, os quais não se limitam à mera dicotomia do extracontratual e do contratual, antes são direcionados ao fato e ao agir antecedente, fazendo com que as ficções jurídicas criadas por redes empresariais cedam espaço à concepção protetiva do consumidor, sobretudo de seus dados.

Nesta conjuntura, a responsabilidade, enquanto dever jurídico derivado, recai como método de fomento à presciência, buscando dos agentes empresariais, mais especificamente os encarregados do tratamento de dados, a conformidade com outras legislações que não apenas a Lei Geral de Proteção de Dados, neste caso se inserindo a proteção do consumidor.

Portanto, o intuito do presente trabalho foi demonstrar as mudanças na realidade fática, e, de que maneira elas interferem na compreensão das dinâmicas entre LGPD e CDC, máxime suas implicações no âmbito administrativo.

Logo, foi possível concluir que a atuação das entidades de proteção do consumidor e de proteção de dados, muito embora possa ser realizada em paralelo, não é exclusiva. A despeito disso, elas aconteceram de maneira coordenada pela ANPD e em consentâneo com outros órgãos da Administração Pública com competência sancionatória.

Com efeito, terá o consumidor a prerrogativa de requerer cumulativamente a proteção de seus dados tanto de agências como os PROCONs, quanto diretamente pela ANPD. Momento em que, ambas atuarão, articuladamente, no caso de violação aos deveres jurídicos estatuídos na LGPD e no CDC, cada qual em sua devida incumbência.

Referências

"BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 19 mai. 2021.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BENKLER, Yochai. The Wealth of networks: how social production transforms markets and freedom. 2006. *Apud* BRANCO, Cláudia Castelo; MATSUZAKI, Luciano (Org.). **Olhares da rede**. São Paulo: Momento Editorial, 2009.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, Maria Alice Guimarães. A compreensão da sociedade da informação. **Ciência da Informação**, v. 29, n. 3, 2000. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n3/a03v29n3.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 23 mai. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DA CUNHA MAYA, Paulo Cesar; OTERO, Walter Ruben Iriondo. A influência do consumidor na era da internet. **Revista da FAE**, v. 5, n. 1, 2002, p. 74. Disponível em: <<https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/448/343>>. Acesso em: 27 mai. 2021.

FONSECA, Marcelo Jacques *et al.* Tendências sobre as comunidades virtuais da perspectiva dos *prosumers*. **ERA**, v. 7, n. 2, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luís **Comércio Eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, v. 7, 2004, p. 43. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

MARTINS, Fernando Rodrigues; LIMA, Thainá Lopes Gomes. Da vulnerabilidade digital à curiosa “vulnerabilidade Empresarial”: polarização da vida e responsabilidade

de civil do impulsionador de conteúdos falsos e odiosos na “idade” da liberdade econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, 2020, p. 136. Disponível em: <<https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1299>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 1.009, 2019, p. 4. Disponível em: <<https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, 2019, p. 4. Disponível em: <<https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Pode ser definida como “uma medida teórica de quanto vale um ser humano se cada momento de sua vida for transformado em mercadoria de uma ou outra maneira”. Em: SANTOS, Laymert Garcia dos. Limites e rupturas na esfera da in-

formação. **Perspectiva**, v. 14, n. 3, pp. 32-39, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000300007>. Acesso em: 15 mai. 2021.

ROSSI, Licínia, 2020.

ROSSI, Licínia. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ROSSI, Licínia. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio; MARTOS, José Antônio de Faria. O diálogo das fontes e a hermenêutica consumista no Superior Tribunal de Justiça. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; CARVALHO NETO, Frederico da Costa; ANDRADE, Ronaldo Alves de Andrade (Org.). **XXII Encontro Nacional do CONPEDI/NINOVE: Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade**. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, pp. 156-188. Disponível em: <http://www.flavio tartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201408271608280.ARTIGO_TARTUCEMARTOS_DIALOGO.doc>. Acesso em: 21 mai. 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Autoridade parental e acesso dos filhos menores às redes sociais

Larissa Montanari

*Acadêmica de Direito do Centro
Universitário Newton Paiva*

Luciana Dadalto

*Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas.
Mediadora judicial e extrajudicial cadastrada no CNJ.
Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em
Bioética (GEPBio) da Escola de Direito do Centro
Universitário Newton Paiva. Membro da Comissão de
Bioética e Biodireito do Instituto Brasileiro de Direito
de Famílias (IBDFAM). Coordenadora do Comitê de
Bioética da Academia Nacional de
Cuidados Paliativos (ANCP).*

RESUMO

O presente estudo pretende analisar a relevância da autoridade parental em relação ao uso de redes sociais por filhos menores de idade. O direito à privacidade e à liberdade do menor deve ser respeitado pelos pais, inclusive no ambiente digital. Por esse motivo, havendo diálogo entre pais e filhos menores, é possível encontrar um ponto de equilíbrio e criar uma interação saudável tanto do menor com as redes sociais quanto do menor com seus pais. É um estudo bibliográfico e jurídico, que pretende apresentar a visão de doutrinadores atinentes ao tema. A proposição de políticas públicas voltadas à orientação de pais quanto ao assunto, para que estes, por sua vez, possam orientar seus filhos menores, se mostrou necessária, tendo em vista que os pais, hoje em dia, fazem parte da ponte de transição para a nova era digital.

Palavras-chave: Autoridade parental. Direitos de liberdade e privacidade do menor de idade. Uso de redes sociais por crianças e adolescentes. Redes sociais.

ABSTRACT

This study intends to analyze the relevance of parental authority to the use of social medias by underage children.

Minor's rights to privacy and freedom must be respected by parents, including in the digital environment. For this reason, a dialogue between parents and underage children makes it possible to find a balance point and create a healthy interaction for minors and social medias, and also minors and their parents. It is a bibliographical and legal study, which aims to present the point of view of indoctrinators on the subject. The proposition of public policies aimed at guiding parents on the subject, so that they, in their turn, can guide their children, was necessary, considering the fact that parents, nowadays, are part of the transition to the new digital age.

Keywords: parental authority; minor children's rights of freedom and privacy; social medias; use of social medias by children and teenagers.

Introdução

A falta de diálogo, em relações interpessoais, é o maior fator gerador de conflitos. É extremamente complicado duas ou mais pessoas entrarem em um consenso quando não há comunicação entre elas. Cumpre evidenciar que comunicação não é simplesmente dizer e ser ouvido, é também ter inteligência emocional o suficiente para ouvir o que o outro tem a dizer e ser capaz de compreendê-lo.

Nas relações paterno-filiais, não poderia ser diferente. Conflitos existem e é impossível dirimi-los. Contudo, de uma forma humanizada, é possível reduzi-los com um simples diálogo. Muitas crianças e adolescentes entram em embates com seus pais por sentirem que suas opiniões e vontades são constantemente invalidadas.

O modelo arcaico de parentalidade em que os filhos devem obedecer, sem questionamentos de qualquer natureza, a todas as ordens dadas pelos pais está sendo abolido cada vez mais. Isso porque, no mundo atual, há maior espaço para o diálogo entre pais e filhos. Em se tratando de tecnologias e redes sociais, pais cuidadosos e atenciosos devem levar em conta que a orientação quanto ao seu uso é de sua responsabilidade, tendo em vista que os menores não possuem discernimento para distinguir certo de errado.

O presente artigo é um estudo bibliográfico e jurídico de observação do comportamento de filhos menores diante das novas tecnologias que surgem a cada dia. A partir dessa obser-

vação, foi proposta uma solução plausível para o problema aqui apresentado.

1 Autoridade parental e novas tecnologias

O avanço tecnológico proporcionou à Humanidade incontáveis benefícios, entre eles a globalização do mundo digital, que permite que pessoas de diferentes localidades se comuniquem de maneira simples, rápida e prática. Assim como uma faca de dois gumes, as recentes tecnologias não trouxeram apenas benefícios. Pelo contrário, novos problemas surgiram, desde os mais simples até os mais complexos, inclusive a falta de orientação dos menores de idade quanto à utilização dessas tecnologias da informação e comunicação, conhecidas como TICs.

Esse é o entendimento de Abreu, Eisenstein e Estefenon (2013, p. 293):

A democratização do acesso à internet e às tecnologias da informação e comunicação (TICs) tem avançado no Brasil, permitindo que cada dia mais brasileiros tenham acesso ao universo de oportunidades disponíveis nos ambientes digitais. As inovações científicas, aplicadas aos dispositivos tecnológicos que facilitam a circulação de dados por meio da internet, chegam cada vez mais rápido aos consumidores e se tornam gradativamente “naturalizadas” na percepção de crianças e adolescentes, que as usam intensamente nas ações cotidianas. No entanto, ao mesmo tempo em que as novas gerações ampliam a sua familiarização com o uso das TICs, as famílias e as escolas nem sempre parecem estar preparadas para servirem como referências – de conhecimentos, comportamentos e valores – no processo de orientação e mediação desse uso. Nesse ponto, parece-nos útil ressaltar a importância da educação para o exercício da cidadania e para o respeito aos direitos humanos como um dos caminhos sugeridos para conectar gerações e estimular a mútua aprendizagem no uso das TICs, fomentando a construção de posturas críticas sobre as experiências vivenciadas nos ambientes digitais.

O surgimento dos chamados delitos e crimes cibernéticos também deve servir de alerta para as famílias, pois é algo recen-

te, e muitos pais não têm preparo suficiente para lidar com esse assunto. “Um elemento do uso de técnicas digitais é o uso de Big Data (...). O Big Data é utilizado para controlar comportamentos individuais e coletivos, para registrar tendências de desenvolvimento (...), mas também para novas formas de ilegalidade, especialmente o cibercrime” (HOFFMAN-RIEM, 2020, p. 23).

Não é justo demonizar as novas tecnologias pela maneira com que os usuários as consomem. Contudo, limites se fazem necessários quando se trata de crianças e adolescentes que ainda não possuem discernimento total para avaliar o que lhes é benéfico ou maléfico.

A grande problemática se mostra presente a partir da dificuldade que boa parte dos pais, com filhos menores, encontra ao tentar educá-los quanto ao novo mundo digital. De forma geral, as pessoas que exercem a função parental hoje não tiveram contato com nenhuma tecnologia durante a infância. “Nós, adultos, especialistas, profissionais ou pais, que lidamos com essa nova geração digital, somos uma ponte de transição, trazendo valores e costumes do passado, mas compromissados em uma tentativa de alertar, prevenir riscos e saber como melhor utilizar toda essa tecnologia” (ABREU, 2013, p. 325).

Por isso, é compreensível que muitos não se atentem aos prejuízos de deixar uma criança imersa no YouTube por horas, por exemplo.

De início, cumpre evidenciar a exposição desnecessária de crianças e adolescentes a conteúdos extremamente inapropriados para a idade. As redes sociais mais conhecidas do mundo atual, certamente, são o Instagram, TikTok, Twitter e Facebook. Em todas essas redes, usuários do mundo todo compartilham conteúdos o dia inteiro, muitas vezes sem restrições para menores de idade. Quer dizer, uma criança com acesso a esses aplicativos pode encontrar desde vídeos de desenhos animados até fotos de cadáveres. Logo, sem orientação dos pais, esse ambiente virtual torna-se extremamente nocivo.

Uma jovem de 17 anos à época, chamada Júlia Rebeca, natural de Parnaíba, litoral do Piauí, Brasil, gravou um vídeo dela e de outros dois menores de idade, contendo cenas explícitas de sexo. De alguma forma, o vídeo foi disseminado por celulares de pessoas da cidade. Após todo o incidente e a exposição desnecessária, Júlia despediu-se de sua mãe com uma postagem em suas redes sociais e cometeu suicídio. A notícia, segundo o site do G1, 2013, destaca o seguinte:

A mãe da garota Júlia Rebeca, de 17 anos, encontrada morta em seu quarto após ter um vídeo íntimo compartilhado na internet, diz que a exposição das imagens da filha configura uma “violação”. Em entrevista ao Fantástico por telefone, Ivânia Salia diz que não sabia o que estava acontecendo com a filha. “Ela não demonstrou nada, nada. Todo adolescente tem o direito de ser adolescente. Eles são inconsequentes mesmo. Essa exposição toda, do vídeo, da imagem da minha filha, é uma violação.”

A exposição nas redes pode ser prejudicial para qualquer pessoa. Entretanto, para crianças e adolescentes o prejuízo é certamente potencializado. Assim, resta evidenciada a relevância de debater-se a importância do exercício da autoridade parental a fim de amenizar ou evitar traumas e tragédias na vida dos filhos menores. É certo que os pais são detentores de grande influência na formação educacional de seus filhos. Posto isso, devem agir de maneira sensata quanto às novas tecnologias e impor restrições de uso a seus filhos menores, a depender da idade.

Nesse sentido entendem Rocha e Filpo (2018, p. 3):

Com efeito, os estímulos de uma sociedade marcadamente visual e unida de modo complexo pela tecnologia digital das assim chamadas redes sociais produzem uma exposição voluntária cada vez mais intensa a qual, contudo, pode acarretar efeitos nefastos sobre a vida de seus autores. Esta contradição cotidiana produz inúmeros desafios para o direito e convoca os juristas do século XXI a repensarem os instrumentos clássicos de proteção da vida privada.

No caso de crianças que se entretêm com vídeos, há a opção *kids* na plataforma do YouTube, por exemplo. Essa funcionalidade é muito útil para preservar e proteger a criança de assistir a conteúdos inadequados para a sua idade que estejam disponíveis para os demais usuários. Todavia, tudo que é automático está passível de falhas. Um estudo realizado pela BBC News, em 2017, revelou que alguns vídeos perturbadores não são identificados pela plataforma, tendo em vista que a Thumbnail – também chamada de miniatura do vídeo (que é a foto apresentada antes de clicar em um determinado vídeo) – seria de algum desenho animado infantil qualquer.

Deste modo, nem mesmo o YouTube Kids pode ser considerado um ambiente digital completamente seguro para as crianças. Alguns vídeos perturbadores citados na referida notícia trazem cenas de lesões físicas e apologias a relações sexuais, completamente impróprios para menores de idade, especialmente crianças.

Os aplicativos de interações sociais mais conhecidos trazem restrições de idade para que um usuário possa se cadastrar. O Instagram, Facebook e Twitter somente aceitam usuários que tenham, no mínimo, 13 anos de idade. O TikTok, por sua vez, restringiu para 12 anos. Embora grande parte dos usuários seja honesta em relação à sua idade, jovens podem inserir dados incorretos acerca de sua data de nascimento e, facilmente, conseguir acesso a tais aplicativos.

Em um contexto ideal, interessante seria que os pais se utilizassem do diálogo para orientar seus filhos menores quanto ao uso das redes sociais. Além disso, deveriam monitorar suas atividades, de acordo com a idade e relação com eles, tendo em vista que jovens de 16 anos, que possuem até mesmo direito a voto, já desenvolveram capacidade e maturidade suficientes para não necessitarem de monitoração dos pais, salvo raras exceções.

Não existe fórmula mágica para educação de filhos, logo, não há como determinar exatamente como os pais devem agir, pois cada ser humano é único e cabe somente aos pais avaliar a melhor maneira de educá-los. O importante é não lhes negligenciar tais orientações, principalmente no início de suas vidas.

Justamente por não haver resposta concreta que o tema deste estudo é tão relevante, especialmente na área do Direito de Família, uma vez que é conferido aos pais o poder familiar, conforme disposição do artigo 1.630 do Código Civil. Em consonância, o artigo 1.634 lhes atribui a competência de dirigir a seus filhos a criação e a educação e, ainda, exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, enunciados condizentes com os incisos I e IX do artigo em tela.

2 Da proteção dos direitos de privacidade e de liberdade do menor frente ao uso de tecnologias

No mundo contemporâneo, em razão dos constantes avanços tecnológicos, pais atentos e preocupados com a proteção de seus filhos buscam métodos de educá-los e prepará-los para a nova era digital. Porém, a linha é bastante tênue entre o zelo e

a invasão de privacidade e restrição de liberdade do menor. Conforme citado no tópico anterior, o Código Civil disciplina que os pais devem ser obedecidos e tratados com respeito, mas se qualquer dos pais abusar da autoridade parental conferida a eles, caberá ao juiz adotar medida em prol da segurança do menor e seus haveres e, se for o caso, até mesmo suspender o poder familiar, nos termos do artigo 1.637.

A autoridade parental nada mais é do que “um poder jurídico, outorgado pelo Direito aos pais, para que seja exercido no interesse dos filhos. Por esta razão, perdeu completamente sua feição de direito subjetivo para assumir o perfil de poder jurídico” (TEIXEIRA, 2010, p. 206).

Assim, deve-se questionar: “Até que ponto as restrições feitas pelos pais não ofendem direitos básicos do filho menor, como os de privacidade e liberdade?”. A resposta não é tão simples, haja vista as controvérsias existentes acerca do tema. No Estado Democrático de Direito, nenhum direito é tido como absoluto a ponto de prevalecer em detrimento de outro. É preciso, assim, que os aplicadores do direito busquem um equilíbrio satisfatório no caso concreto. Não seria diferente com o direito de privacidade do filho menor, vez que evidenciada a sua oponibilidade em relação ao dever de vigilância dos pais.

A influenciadora digital Gabi Brandt, também conhecida por compartilhar os cuidados maternos que despende a seus filhos Davi e Henri, publicou em seu Instagram a chamada caixinha de perguntas. Um seguidor levantou algo que ela havia dito anteriormente, sobre desenhos infantis que não ensinam nada de útil para as crianças e a questionou sobre o que ela quis dizer com tal afirmação. “Vários desenhos que ensinam coisas que vão contra o nosso ideal de educação e que não acho bacana uma criança assistir. Ex.: desobediência, manipulação, mentira...”, escreveu a blogueira em seus stories (@gossipdodia, 2021, INSTAGRAM).

O portal de notícias Gossip do Dia, perfil também do Instagram, postou um print de tela da opinião dada por Gabi Brandt e levantou uma discussão fervorosa nos comentários quanto à forma que os pais devem exercer sua autoridade parental em relação ao uso de redes sociais por seus filhos. (@gossipdodia, 2021, INSTAGRAM). De um lado, uma internauta opinou: “não tá (sic) errada não, a função dos pais é exatamente filtrar os (sic) que seus filhos tem (sic) acesso na TV e internet”. Outro usuário concordou e disse que “cabe aos adultos o controle”. Há também comentários adversos que alegam que “as mães protegem

os filhos a vida toda pra (sic) quando crescerem virarem o oposto de tudo oque (sic) ensinou, pq (sic) no final os jovens escolhem oque (sic) são e oque (sic) querem ser". Contudo, várias pessoas discordaram desse último trecho e reafirmaram a necessidade de que os pais eduquem seus filhos quanto ao uso de internet.

Não há dúvida que cabe aos pais acompanhar e monitorar as atividades de seus filhos nas redes sociais, mas também é indiscutível que deve ser respeitado o direito de privacidade do menor. Não é possível haver relação saudável entre pais e filhos se baseada na ofensa de um direito fundamental constitucional, encontrado disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988. Nessa direção, Serafim e Souza (2017, p. 11) destacam que:

A criança e o adolescente, enquanto sujeitos de direitos, não podem ser privados do seu direito de exercício da cidadania, sob pena de inobservância de seus direitos fundamentais e, ainda, de desatendimento aos princípios decorrentes do Paradigma da Proteção Integral. Dessa forma, o caminho inicial a ser trilhado é o da educação para a cidadania, ou seja, é necessário, a fim de se permitir o exercício da cidadania democrática e participativa, que as crianças e adolescentes sejam educadas para tanto e, mais, conscientizadas da sua importância. A educação, seja pela escola, seja pela família, seja pela sociedade, não pode ser restringida à transmissão de conhecimentos e técnicas, mas, prioritariamente, deve comprometer-se com o desenvolvimento da pessoa humana, buscando a formação de cidadãos solidários, conhecedores de si mesmos e dos outros e preocupados com os desígnios da sociedade. A educação deve receber um novo valor de dimensões ética e cultural que possibilite o conhecimento próprio e o conhecimento do outro, visando à entreaajuda pacífica e à harmonia entre todos os povos. Por meio da educação, enquanto seres humanos em condições especiais de desenvolvimento, as crianças e adolescentes devem ser provocados à participação social, não só para que as políticas públicas estabelecidas efetivamente atentem aos seus interesses, mas principalmente para que, definitivamente, seja dada voz à infância.

Para criar-se um equilíbrio entre a contraposição entre o poder familiar e o direito de privacidade do filho menor, é necessário que ambos sejam relativizados, na medida do possível. O primeiro critério a ser analisado é a idade do filho em questão, sendo certo que adolescentes de 13 anos não possuem a mesma maturidade que outro de 17 anos, por exemplo. De acordo com os princípios da educação positiva, baseado na Psicologia Positiva, o mais sensato é dialogar com o menor e estabelecer limites em conjunto com ele, buscando a sua aceitação das medidas a serem impostas nesta relação.

A Psicologia Positiva pode ser entendida nas palavras de Salvador (2015, p. 86) da seguinte maneira:

As origens do estudo psicológico da inteligência e da sua relação com a educação situam-se no final do século XIX, no quadro de uma preocupação mais global em relação às diferenças individuais nos diversos âmbitos científicos e sociais. Autores como o britânico Galton, o norte-americano Cattell e o francês Binet aparecem como os precursores na delimitação desse campo de estudo psicológico. Em 1905, os franceses Binet e Simon publicam a sua Escala Métrica de la Inteligência, um instrumento de medida das capacidades intelectuais direcionadas para detectar as crianças que apresentam uma baixa capacidade intelectual no momento de ingressar na escolaridade obrigatória. A publicação da escala de Binet-Simon constitui os primórdios na história dos testes mentais e é o ponto de partida de uma corrente de elaboração e de aplicação de provas de medida de inteligência que – em relação aos fenômenos como a implantação da escolaridade obrigatória, as primeiras demonstrações da eficácia preditiva dos testes ou dos usos militares de tais testes incentivados pela Primeira Guerra Mundial – experimentará um aumento progressivo a partir desse momento.

“Muitos pais e professores usam métodos que não produzem efeito em longo prazo com as crianças porque eles não compreendem alguns conceitos essenciais do comportamento humano” (NELSEN, 2015, p. 21).

Nesse sentido, complementa Nelsen (2015, p. 3):

As crianças não desenvolvem responsabilidade quando pais e professores são muito rígidos e controladores, mas também não se tornam responsáveis quando pais e professores são permissivos. Crianças adquirem responsabilidade quando têm a oportunidade de aprender habilidades sociais e de vida valiosas para desenvolver um bom caráter em um ambiente de gentileza, firmeza, dignidade e respeito. (...) as crianças desenvolvem essas percepções e habilidades naturalmente quando lhes é permitido trabalhar lado a lado com seus pais, recebendo treinamento enquanto fazem as atividades e contribuem de maneira significativa para o estilo de vida da família. A ironia é que, antigamente, as crianças tinham oportunidades para desenvolver fortes habilidades de vida, mas poucas oportunidades de usá-las. Hoje o mundo está cheio de oportunidades para as quais muitas crianças não estão preparadas. Atualmente, elas não têm muitas oportunidades naturais de se sentirem necessárias e importantes, mas os pais e professores podem criá-las. Um benefício adicional maravilhoso é que a maioria dos problemas de comportamento pode ser eliminada quando pais e professores aprendem maneiras efetivas de ajudar seus filhos e alunos a desenvolver percepções e habilidades saudáveis.

Em relação a crianças da primeira infância, é necessário que os limites sejam impostos pelos pais. “É claro que estabelecer limites para crianças abaixo de 4 anos é diferente. Os pais precisam estabelecer os limites para crianças mais novas, mas ainda assim eles podem ser reforçados com gentileza e firmeza” (NELSEN, 2015, p. 15).

A partir do momento em que as crianças já possuem certo discernimento para compreender os motivos dos limites serem necessários, o cenário pode mudar. Nessa direção, dispõe Nelsen (2015, p. 15):

Vamos ver uma situação de limites. Muitos pais decidem quais deveriam ser os limites e depois assumem a responsabilidade por aplicá-los. Mas vamos considerar o propósito dos limites. O propósito é manter as crianças seguras e socializadas. Quando os adultos estabelecem os limites e

depois os aplicam por meio de castigos, sermões e controle, frequentemente revolta e lutas por poder são geradas. Isso não mantém as crianças seguras ou socializadas. Em vez disso, envolva as crianças quando for estabelecer e fazer cumprir os limites. Por exemplo, vocês podem discutir juntos quais devem ser os limites para ver televisão, hora de dormir, brincar fora de casa ou lição de casa. Inclua as crianças em uma discussão (o que significa que ela deve falar tanto quanto você, ou até mais) sobre a importância dos limites, como eles devem ser e como todos devem ser responsáveis por segui-los.

Em sua maioria, crianças preferem o YouTube e o TikTok, pois são entretidas pelos vídeos. Pode ser bastante cômodo para os pais deixar seus filhos assistindo a vídeos, enquanto realizam outras tarefas, como cuidar da casa ou atender um telefonema. Mas é preciso atenção. Em primeiro lugar, cabe aos pais fiscalizar os conteúdos que estão sendo consumidos, tendo em vista que crianças ainda não possuem discernimento para distinguir o que é certo e o que é errado. Depois, estabelecer um limite de tempo é importante para romper a dependência da criança do uso das redes. Propor outras atividades é uma alternativa interessante, podendo ser desenhos em folhas de papel ou os clássicos jogos de tabuleiro.

Portanto, quando a criança se torna adolescente, abre-se maior espaço para o diálogo. Quer dizer, os pais podem orientar seus filhos quanto à melhor maneira do uso das redes e dar-lhes certa autonomia. Isso porque o adolescente já desenvolveu maturidade o suficiente para entender que o uso excessivo de tecnologias pode ser prejudicial em diversos âmbitos de sua vida. Nessa fase da vida, já é sensato que os pais deixem de restringir tanto o direito à privacidade de seus filhos. “Quando uma criança nasce, ela é totalmente dependente dos pais ou de seus cuidadores, vez que patente sua grande fragilidade psicofísica. À medida que vai crescendo (...), vive um gradativo processo de aquisição de autonomia, que vai se manifestando paulatinamente” (TEIXEIRA, 2008, p. 6).

Por óbvio, essa mudança é gradual, tendo em vista que um adolescente de 13 anos está mais próximo da fase infantil e, por outro lado, um adolescente de 17 anos já está se preparando para a vida adulta.

3 As novas tecnologias como meio educativo para a formação dos filhos menores

Diante de tantos problemas e perigos envolvendo as novas tecnologias, é compreensível que os pais queiram restringir completamente o acesso de seus filhos menores a esses instrumentos. Entretanto, os filhos menores são detentores do direito fundamental de liberdade e, em certa medida, têm autonomia para decidir algumas questões em suas vidas, especialmente se tratando de adolescentes, conforme dito anteriormente.

Para alcançar o equilíbrio entre o poder familiar e a garantia dos direitos fundamentais do menor em relação às redes sociais, os pais podem se fazer valer das tecnologias como meio educativo para a formação e desenvolvimento de seus filhos. Isso ocorre atravessadamente pela restrição de aplicativos e sites que o menor pode acessar. Cabe aos responsáveis, em diálogo com os menores, essa delimitação. É imprescindível que os pais procurem saber quais sites e aplicativos seus filhos desejam acessar e o motivo para tal, pois somente assim conseguirão criar um vínculo de confiança.

Tendo em mente quais são esses sites e aplicativos, os pais devem avaliar se eles são benéficos ou maléficos para menores de idade, considerando a sua idade e maturidade. Além disso, os pais podem buscar meios educativos para entreter seus filhos, como desenhos infantis que abordem assuntos como amizade, lealdade, respeito e obediência. Quando já adolescentes, é possível, de acordo com os interesses dos filhos, indicar perfis educativos a serem seguidos nas redes sociais. Dessa forma, se um adolescente se interessa por línguas estrangeiras, os pais podem indicar perfis do Instagram e canais do YouTube que tragam ensinamentos e dicas rápidas sobre inglês, espanhol e francês, por exemplo.

Com essa estratégia, é possível reduzir os conteúdos irrelevantes consumidos pelos filhos, fazendo com que sejam bombardeados com informações úteis para o seu desenvolvimento quando acessarem as redes sociais tão desejadas por eles.

Um estudo realizado por Patrício e Gonçalves (2010, p. 598) acerca da possibilidade de utilização do Facebook como meio educativo entre professores e alunos concluiu da seguinte maneira:

Este estudo permitiu evidenciar que as redes sociais, enquanto ferramentas Web 2.0, possibili-

tam diversas oportunidades para a criação de um ambiente de aprendizagem cooperativo e colaborativo. O ambiente informal do Facebook foi aos poucos organizando-se como um espaço de integração, comunicação, partilha e colaboração entre alunos e professora, tornando-se num ambiente de aprendizagem efectivo, eficaz e envolvente. Tal como realçam MacLoughlin et al. (2007), as redes sociais são ambientes sociais e digitais, com conectividade e ubiquidade, baseadas na procura de aprendizagem, pelo que devemos ampliar a nossa visão de pedagogia para que os alunos sejam participantes activos e co-produtores de conteúdos, de modo a que a aprendizagem seja um processo participativo, social, de apoio aos objectivos e necessidades individuais. Em suma, o Facebook pode ser utilizado como um recurso/instrumento pedagógico importante para promover uma maior participação, interacção e colaboração no processo educativo, para além de impulsionar a construção partilhada, crítica e reflexiva de informação e conhecimento distribuídos em prol da inteligência colectiva.

Assim, é possível que as redes sociais sejam utilizadas como meio educativo e não apenas como entretenimento. Inclusive, é de extrema importância que os pais estimulem seus filhos a buscar conteúdos relevantes nas redes sociais, para além de seus interesses pessoais como hobbies e distrações.

A internet é o principal instrumento de descoberta de novos interesses pelo público jovem, haja vista que este é o local por onde eles acessam novidades de todo o mundo. Conforme dito por Abreu (2013, p. 11):

A conexão instantânea obtida por meio de computador, tablet, telefone celular durante 24 horas por dia, sete dias por semana, pode oferecer aos jovens uma perspectiva mais abrangente de interação com o mundo a sua volta. Novas oportunidades aparecem, trazendo benefícios e vantagens e dissolvendo barreiras geográficas, culturais e tantas outras, vaporizando diferenças sociais e penetrando barreiras políticas, superando expectativas e certezas tecnológicas em um mundo globalizado e cada vez mais conectado. Para se

ter uma rápida ideia, a população mundial hoje está estimada em 7 bilhões de pessoas, enquanto 6,39 bilhões já possuem um telefone celular com acesso à internet. Ou seja, a tecnologia já chegou onde nem a água potável se faz presente. Computadores estão em todos os lugares, nas escolas e nas universidades, nas *lan-houses* e nas salas de praticamente todas as famílias.

Portanto, utilizada com monitoramento dos pais, pode ser uma ferramenta incrível para o desenvolvimento infantojuvenil.

4 Caminhos jurídicos para equilibrar a autoridade parental e o uso de tecnologia pelos filhos menores

As ideias apresentadas até o momento são de um contexto ideal, em que os pais se importem, de fato, com a sua educação e criação. No entanto, é sabido que existem diversas estruturas familiares e que muitas crianças e adolescentes não recebem tal apoio. Para tanto, seria necessária a ação do Direito.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, determina que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à (...) educação, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência (...).”

De certa forma, a instituição de políticas públicas voltadas para a educação infantil no ambiente familiar é, de longe, a melhor solução para o problema aqui apresentado. Isso porque elas podem ajudar a fortalecer (ou até mesmo criar) o vínculo afetivo familiar e, conseqüentemente, auxiliar os pais a compreenderem a relevância de orientar seus filhos menores quanto ao uso e acesso das redes sociais em sua fase infantojuvenil. “Ao Estado, portanto, compete formular políticas e implementar programas que garantam à criança desenvolvimento integral e vida plena, de forma que complemente a ação da família” (MEC, 2013, p. 4).

“Políticas Públicas são um conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade” (CARVALHO, 2008, p. 5). São consideradas instrumentos de garantia e fortalecimento do regime democrático. Assim, identificada uma necessidade da população, pode começar a ser construída uma política pública para tal problema. Cabe ao Poder Executivo a responsabilidade de planejar a ação e aplicar as medidas impostas.

O programa Criança Feliz foi instituído por meio do Decreto nº 8.869, de 05 de outubro de 2016, e alterado pelo Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018. É um exemplo de política pública de sucesso que ampara milhares de famílias brasileiras. De acordo com o Ministério da Cidadania, “o Programa Criança Feliz está chegando a milhares de famílias que estão descobrindo um novo jeito de cuidar dos seus filhos” (GOVERNO FEDERAL, 2019, p. 1).

Dessa maneira, com orientação psicopedagógica, os pais aprendem novas formas de educar os seus filhos na primeira infância, que é o objetivo do programa Criança Feliz.

Tendo em consideração que o problema a ser resolvido é a falta de conscientização de pais ou tutores responsáveis por menores de idade, a instituição de uma política pública destinada a ensinar essas pessoas como abordar e orientar as crianças e adolescentes é o pontapé inicial. Ninguém aprende a educar seus filhos de forma instantânea, é um processo de construção de conhecimento e amadurecimento junto aos menores.

Para garantir a eficácia da política pública e cumprir com os objetivos dela decorrentes, é preciso que ela passe pelo processo de avaliação. “A avaliação de políticas públicas (...) tem como premissa básica verificar a eficiência dos recursos públicos e, quando necessário, identificar possibilidades de aperfeiçoamento da ação estatal, com vistas à melhoria dos processos, dos resultados e da gestão” (GOVERNO FEDERAL, 2018, p. 1).

A Portaria Interministerial nº 102, de 07 de abril de 2016, instituiu o Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais (CMAP), com o objetivo de “aperfeiçoar políticas públicas, programas e ações do Poder Executivo Federal para que alcancem melhores resultados; e aprimorar a alocação de recursos e melhorar a qualidade do gasto público” (UNIÃO, 2016, p. 1).

Políticas públicas que estimulem os pais a dialogarem com seus filhos acerca dos perigos e prejuízos virtuais estão inseridas dentro do melhor caminho a ser seguido. Porém, para além do lado negativo, é importante que sejam apresentadas maneiras de fazer com que as crianças e adolescentes transformem o acesso às redes sociais em um instrumento educacional, voltado para o seu desenvolvimento enquanto menor de idade.

Conclusão

As novas tecnologias não precisam ser uma grande preocupação para os pais, contanto que saibam orientar e guiar seus

filhos menores, desde o início de suas vidas, para que estes façam uso daquelas de forma saudável e equilibrada. Os pais podem – e devem – transformar os perigos das novas tecnologias em meios educativos para os pequenos.

Os filhos menores adquirem maior discernimento com o passar dos anos. Diante do exposto, entende-se que crianças necessitam de maiores restrições do que adolescentes, tendo em vista os diferentes níveis de maturidade, não necessariamente proporcionais à idade.

Restou evidenciada a necessidade de propositura de políticas públicas, pelo Poder Executivo, as quais incentivem as pessoas, no uso de sua autoridade parental, a dialogar com as crianças e adolescentes sob sua tutela. Há hoje, na internet, menores de idade sem nenhuma supervisão e monitoramento de pessoas adultas, buscando e consumindo conteúdos completamente inadequados para a sua idade, inclusive fornecendo informações falsas sobre a própria idade para ter acesso a sites e aplicativos não permitidos.

Referências

ABREU, Cristiano Nabuco de; EISENSTEIN, Evelyn; ESTEFENON, Susana Graciela B. **Vivendo esse mundo digital**. Rio Grande do Sul: Artmed Editora, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788582710005>>. Acesso em: 06 de nov. de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016;

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002;

CARVALHO, Matheus Cotta de. **Políticas Públicas: Conceitos e Práticas**. Minas Gerais: Sebrae, 2008, vol. 7. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/nspciais/>

promulher/manuais/manual%20de%20políticas%20p%C3%9Ablicas.pdf>. Acesso em: 06 de nov. de 2021.

FEDERAL, Governo. **Avaliação de Políticas Públicas, 2018**. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/avaliacao-de-politicas>>. Acesso em: 07 de nov. de 2021.

FEDERAL, Governo. **O programa**. 2019. Disponível em <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/crianca-feliz/copy_of_o-programa>. Acesso em: 28 de set. de 2021.

G1. Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de ‘violação’. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-recla>

ma-de-violacao.html>. Acesso em: 19 de set. de 2021;

GOSSIP DO DIA. **A @gabibrandt deu a opinião sobre desenhos animados na TV e disse que Davi, seu filhinho mais velho, só assiste sob supervisão dela!** São Paulo. 03 de out. de 2021. Instagram: @gossipdodia. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CUkUmbkFOdn8KsvmKFtuO0-m5wDwOoyk8ZZv980/?utm_medium=copy_link>. Acesso em: 05 de out. de 2021.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. São Paulo: Editora Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992262>>. Acesso em: 06 de nov. de 2021.

MEC. **Política Nacional de Educação Infantil: pelos direitos das crianças de zero a seis anos à Educação**. Brasília: 2003, documento preliminar. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/polinaci.pdf>>. Acesso em: 06 de nov. de 2021.

NELSEN, Jane. **Disciplina Positiva**. São Paulo: Editora Manole, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520448694>>. Acesso em: 06 de nov. de 2021.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; FILPO, Klever Paulo Leal. Proteção do direito à vida privada na sociedade da hiperexposição: paradoxos e limitações empíricas. **Civilis-**

tica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Rocha-e-Filpo-civilistica.com-a.7.n.1.2018-2.pdf>>. Acesso em: 27 de set. de 2021.

SOUZA, Ismael Francisco de; SERAFIM, Renata Nápoli Vieira. A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos e a necessária educação para a cidadania. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.33, p.94-107, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR33-06.pdf>>. Acesso em: 24 de set. de 2021.

SUBEDAR, Anisa. YATES, Will. The disturbing YouTube videos that are tricking children. **BBC News**, 2017. Disponível em <<https://www.bbc.com/news/blogs-trending-39381889>>. Acesso em: 20 de set. de 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 206.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely. **Revista de Informação Legislativa**, v. 180, p. 298, 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/>

176577/000860626.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 27 de set. de 2021.

UNIÃO. Portaria Interministerial nº 102, de 07 de abril de 2016.

Brasília: Diário Oficial da União, 2016, ed. 67, seção 01, p. 79. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22668940/do1-2016-04-08-portaria-interministerial-n-102-de-7-de-abril-de-2016-22668893>. Acesso em: 07 de nov. de 2021.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Honorários advocatícios. Recurso repetitivo. Apreciação equitativa. Inviabilidade.¹

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º E 8º, DO CPC. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. VALORES DA CONDENAÇÃO, DA CAUSA OU PROVEITO ECONÔMICO DA DEMANDA ELEVADOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS ARTS. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015, C/C OS ARTS. 256-N E SEGUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. O objeto da presente demanda é definir o alcance da norma inserta no § 8º do art. 85 do CPC, a fim de compreender as suas hipóteses de incidência, bem como se é permitida a fixação dos honorários por apreciação equitativa quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.

2. O CPC/2015 pretendeu trazer mais objetividade às hipóteses de fixação dos honorários

advocatícios e somente autoriza a aplicação do § 8º do art. 85 - isto é, de acordo com a apreciação equitativa do juiz -em situações excepcionais em que, havendo ou não condenação, estejam presentes os seguintes requisitos: 1) proveito econômico irrisório ou inestimável, ou 2) valor da causa muito baixo. Precedentes.

3. A propósito, quando o § 8º do art. 85 menciona proveito econômico “inestimável”, claramente se refere àquelas causas em que não é possível atribuir um valor patrimonial à lide (como pode ocorrer nas demandas ambientais ou nas ações de família, por exemplo). Não se deve confundir “valor inestimável” com “valor elevado”.

4. Trata-se, pois, de efetiva observância do Código de Processo Civil, norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em

¹ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148399418®istro_numero=202003076370&peticao_numero=&publicacao_data=20220531&formato=PDF>.

comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.

5. Percebe-se que o legislador tencionou, no novo diploma processual, superar jurisprudência firmada pelo STJ no que tange à fixação de honorários por equidade quando a Fazenda Pública fosse vencida, o que se fazia com base no art. 20, § 4º, do CPC revogado. O fato de a nova legislação ter surgido como uma reação capitaneada pelas associações de advogados à postura dos tribunais de fixar honorários em valores irrisórios, quando a demanda tinha a Fazenda Pública como parte, não torna a norma inconstitucional nem autoriza o seu descarte.

6. A atuação de categorias profissionais em defesa de seus membros no Congresso Nacional faz parte do jogo democrático e deve ser aceita como funcionamento normal das instituições. Foi marcante, na elaboração do próprio CPC/2015, a participação de associações para a promoção dos interesses por elas defendidos. Exemplo disso foi a promulgação da Lei n.º 13.256/2016, com notória gestão do STF e do STJ pela sua aprovação. Apenas a título ilustrativo, modificou-se o regime dos recursos extraordinário e especial, com o retorno do juízo de admissibilidade na segunda instância (o que se fez por meio da alteração da redação do art. 1.030 do CPC).

7. Além disso, há que se ter em mente que o entendimento do STJ fora firmado sob a égide do CPC revogado. Entende-se como perfeitamente legítimo ao Poder Legislativo editar nova regulamentação legal em sentido diverso do que vinham decidindo os tribunais. Cabe aos tribunais interpretar e observar a lei, não podendo, entretanto, descartar o texto legal por preferir a redação dos dispositivos decaídos. A atuação do legislador que acarreta a alteração de entendimento firmado na jurisprudência não é fenômeno característico do Brasil, sendo conhecido nos sistemas de *Common Law* como *overriding*.

8. Sobre a matéria discutida, o Enunciado n. 6 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal -CJF afirma que: "*A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º do art. 85 do CPC.*"

9. Não se pode alegar que o art. 8º do CPC permite que o juiz afaste o art. 85, §§ 2º e 3º, com base na razoabilidade e proporcionalidade, quando os honorários resultantes da aplicação dos referidos dispositivos forem elevados.

10. O CPC de 2015, preservando o interesse público, estabeleceu disciplina específica para a Fazenda Pública, traduzida na diretriz de que quanto maior a base de cálculo de incidência

dos honorários, menor o percentual aplicável. O julgador não tem a alternativa de escolher entre aplicar o § 8º ou o § 3º do art. 85, mesmo porque só pode decidir por equidade nos casos previstos em lei, conforme determina o art. 140, parágrafo único, do CPC.

11. O argumento de que a simplicidade da demanda ou o pouco trabalho exigido do causídico vencedor levariam ao seu enriquecimento sem causa – como defendido pelo *amicus curiae* COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL – CONPEG – deve ser utilizado não para respaldar apreciação por equidade, mas sim para balancear a fixação do percentual dentro dos limites do art. 85, § 2º, ou dentro de cada uma das faixas dos incisos contidos no § 3º do referido dispositivo.

12. Na maioria das vezes, a preocupação com a fixação de honorários elevados ocorre quando a Fazenda Pública é derrotada, diante da louvável consideração com o dinheiro público, conforme se verifica nas divergências entre os membros da Primeira Seção. É por isso que a matéria já se encontra pacificada há bastante tempo na Segunda Seção (nos moldes do REsp n. 1.746.072/PR, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, DJe de 29/3/2019), no sentido de que os honorários advocatícios sucumbenciais de-

vem ser fixados no patamar de 10% a 20%, conforme previsto no art. 85, § 2º, inexistindo espaço para apreciação equitativa nos casos de valor da causa ou proveito econômico elevados.

13. O próprio legislador anteviu a situação e cuidou de resguardar o erário, criando uma regra diferenciada para os casos em que a Fazenda Pública for parte. Foi nesse sentido que o art. 85, § 3º, previu a fixação escalonada de honorários, com percentuais variando entre 1% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, sendo os percentuais reduzidos à medida que se elevar o proveito econômico. Impede-se, assim, que haja enriquecimento sem causa do advogado da parte adversa e a fixação de honorários excessivamente elevados contra o ente público. Não se afigura adequado ignorar a redação do referido dispositivo legal a fim de criar o próprio juízo de razoabilidade, especialmente em hipótese não prevista em lei.

14. A suposta baixa complexidade do caso sob julgamento não pode ser considerada como elemento para afastar os percentuais previstos na lei. No ponto, assiste razão ao *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, quando afirma que “*esse dado já foi levado em consideração pelo legislador, que previu ‘a natureza e a importância da causa’ como*

um dos critérios para a determinação do valor dos honorários (art. 85, § 2º, III, do CPC), limitando, porém, a discricionariedade judicial a limites percentuais. Assim, se tal elemento já é considerado pelo suporte fático abstrato da norma, não é possível utilizá-lo como se fosse uma condição extraordinária, a fim de afastar a incidência da regra". Idêntico raciocínio se aplica à hipótese de trabalho reduzido do advogado vencedor, uma vez que tal fator é considerado no suporte fático abstrato do art. 85, § 2º, IV, do CPC ("o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço").

15. Cabe ao autor -quer se trate do Estado, das empresas, ou dos cidadãos -ponderar bem a probabilidade de ganhos e prejuízos antes de ajuizar uma demanda, sabendo que terá que arcar com os honorários de acordo com o proveito econômico ou valor da causa, caso vencido. O valor dos honorários sucumbenciais, portanto, é um dos fatores que deve ser levado em consideração no momento da propositura da ação.

16. É muito comum ver no STJ a alegação de honorários excessivos em execuções fiscais de altíssimo valor posteriormente extintas. Ocorre que tais execuções, muitas vezes, são propostas sem maior escrutínio, dando-se a extinção por motivos previsíveis, como a flagrante ilegiti-

midade passiva, o cancelamento da certidão de dívida ativa, ou por estar o crédito prescrito. Ou seja, o ente público aduz em seu favor a simplicidade da causa e a pouca atuação do causídico da parte contrária, mas olvida o fato de que foi a sua falta de diligência no momento do ajuizamento de um processo natimorto que gerou a condenação em honorários. Com a devida vênia, o Poder Judiciário não pode premiar tal postura.

17. A fixação de honorários por equidade nessas situações - muitas vezes aquilatando-os de forma irrisória -apenas contribui para que demandas frívolas e sem possibilidade de êxito continuem a ser propostas diante do baixo custo em caso de derrota. 18. Tal situação não passou despercebida pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, os quais afirmam, com segurança, que os honorários sucumbenciais desempenham também um papel sancionador e entram no cálculo realizado pelas partes para chegar à decisão -sob o ponto de vista econômico -em torno da racionalidade de iniciar um litígio.

19. Os advogados devem lançar, em primeira mão, um olhar crítico sobre a viabilidade e probabilidade de êxito da demanda antes de iniciá-la. Em seguida, devem informar seus clientes com o máximo de transparência, para que juntos possam tomar a decisão mais racional

considerando os custos de uma possível sucumbência. Promove-se, desta forma, uma litigância mais responsável, em benefício dos princípios da razoável duração do processo e da eficiência da prestação jurisdicional.

20. O art. 20 da “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (Decreto-Lei n. 4.657/1942), incluído pela Lei n. 13.655/2018, prescreve que, *“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”*. Como visto, a consequência prática do descarte do texto legal do art. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º, do CPC, sob a justificativa de dar guarida a valores abstratos como a razoabilidade e a proporcionalidade, será um poderoso estímulo comportamental e econômico à propositura de demandas frívolas e de caráter predatório.

21. Acrescente-se que a postura de afastar, a pretexto de interpretar, sem a devida declaração de inconstitucionalidade, a aplicação do § 8º do art. 85 do CPC/2015, pode ensejar questionamentos acerca de eventual inobservância do art. 97 da CF/1988 e, ainda, de afronta ao verbete vinculante n. 10 da Súmula do STF.

22. Embora não tenha sido suscitado pelas partes ou amigos da Corte, não há que se falar em

modulação dos efeitos do julgado, uma vez que não se encontra presente o requisito do art. 927, § 3º, do CPC. Isso porque, no caso sob exame, não houve alteração de jurisprudência dominante do STJ, a qual ainda se encontra em vias de consolidação.

23. Assim, não se configura a necessidade de modulação dos efeitos do julgado, tendo em vista que tal instituto visa assegurar a efetivação do princípio da segurança jurídica, impedindo que o jurisdicionado de boa-fé seja prejudicado por seguir entendimento dominante que terminou sendo superado em momento posterior, o que, como se vê claramente, não ocorreu no caso concreto.

24. Teses jurídicas firmadas: i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC -a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subseqüentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou

não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo²⁵. Recurso especial conhecido e improvido, devolvendo-se o processo ao Tribunal de origem a fim de que arbitre os honorários observando os limites contidos no art. 85, §§ 3º, 4º, 5º e 6º, do CPC, nos termos da fundamentação.

26. Recurso julgado sob a sistemática dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e arts. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi divergindo do Sr. Ministro Relator, no que foi acompanhada pelas Sras. Ministras Maria Isabel Gallotti, Laurita Vaz e Maria Thereza de Assis Moura e pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, e os votos dos Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e João Otávio de Noronha acompanhando o Sr. Ministro Relator, por maioria, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Mauro Campbell Marques, Luis

Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidos as Sras. Ministras Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura e Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Impedido o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Paulo de Tarso Sanseverino.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Convocado o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Brasília, 16 de março de 2022.

HUMBERTO MARTINS, Presidente.

OG FERNANDES, Relator.

REsp 1.906.618 – SP (2020/0307637-0) DJe 31.05.2022

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial manejado pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos de processo em que contende com a METALÚRGICA GOLIN S.A., contra aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

APELAÇÃO Ação de procedimento comum -Débitos de ICMS Parcelamento ordinário. Acréscimos financeiros. Valor da causa Preliminar. Decisão interlocutória que altera ex

officio o valor atribuído à causa Impossibilidade -O valor atribuído deve corresponder o conteúdo patrimonial da ação ou o proveito econômico pretendido Alteração autorizada nos casos em que a indicação estiver equivocada (§ 3º do art. 292 do Código de Processo Civil) -Quantificação que se mostra coerente com a vantagem almejada Manutenção do valor original. Preliminar acolhida. Honorários advocatícios. Impossibilidade, na espécie, de utilização do critério equitativo (art. 85, § 8.º) em detrimento do critério escalonado, a incidir sobre o proveito econômico obtido (§ 3.º). Valor que não se mostra inestimável, tam-pouco irrisório. Precedente do E. STJ. Sentença reformada neste aspecto. Acréscimos financeiros -Art. 100, §§ 3º e 7º, da Lei nº 6.374/89, com redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09. Questão já decidida pelo C. Órgão Especial desta Corte em Arguição de Inconstitucionalidade, declarando a incompatibilidade dos dispositivos com o ordenamento constitucional federal, cujo entendimento deve ser observado pelos órgãos fracionários, nos termos do disposto pelo artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil Sentença mantida. Sentença parcialmente reformada. Recurso do autor provido, e desprovido o recurso da Fazenda.

Seguiram-se embargos declaratórios, os quais foram rejeitados nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Contradição, omissão e erro material -Inocorrência -Ausên-

cia dos pressupostos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil -Caráter infringente da postulação -Os embargos de declaração não têm por finalidade o reexame da decisão judicial - Recurso rejeitado.

Nas razões do especial, interposto com amparo na alínea "a" do permissivo constitucional, a insurgente afirma violadas as disposições dos arts. 85, §§ 2º e 8º, e 496, I, § 1º, ambos do CPC.

No aspecto, aduz, em suma:

Nem se diga que, no parágrafo 8º do artigo 85 do CPC, a apreciação equitativa aplica-se somente quando o valor da causa for muito baixo, pois os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com o princípio da razoabilidade, que norteia todo o ordenamento jurídico processual civil, tanto é que expressamente previsto no art. 8º do CPC, senão vejamos: [...]. Não é justo e razoável que ganho econômico em apenas um processo a título de honorários supere a renda da maioria da população, em especial dos profissionais com curso superior, cujo trabalho pode ser legitimamente comparado ao trabalho desenvolvido por um advogado.[...] A condenação da Fazenda Pública, em honorários no percentual sobre o proveito econômico, na hipótese dos autos, mostra-se excessiva, e não em conformidade com os parâmetros fixados na legislação acima citada e com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, requer seja o seu recurso conhecido e provido a fim de

que haja a reforma do acórdão recorrido no que tange ao arbitramento de honorários, que devem ser feitos com base no art. 85, §§ 2º ao 5º, do CPC.

A parte recorrida ofereceu contrarrazões, pugnando pelo não conhecimento do recurso ou, caso conhecido, pelo seu improvimento.

Os Recursos Especiais n. 1.906.623/SP e 1.906.618/SP foram afetados ao Tema n. 1.076, juntamente com os Recursos Especiais n. 1.850.512/SPe 1.877.883/SP, por decisão monocrática da minha Relatoria, conforme publicações no DJe de 24/3/2021 e de 25/3/2021, respectivamente. A afetação dos dois recursos especiais teve o intuito de enriquecer os debates com mais argumentos e situações fáticas sobre a temática discutida, acolhendo-se a sugestão do Presidente da Comissão Gestora de Precedentes.

Registre-se que o Tema n. 1.076 foi afetado pela Corte Especial para ser julgado sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, a fim de estabelecer tese vinculante sobre a *“definição do alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados”* (afetação conjunta dos Recursos Especiais n. 1.850.512/SP e 1.877.883/SP).

Houve manifestações de diversos *amici curiae*: Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG e União.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Na afetação deste feito à sistemática dos recursos especiais repetitivos, a questão representativa da controvérsia ficou delimitada nos seguintes termos:

Definição do alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.

1. FUNDAMENTOS RELEVANTES DA QUESTÃO JURÍDICA DISCUTIDA (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038 do CPC/2015, e art. 104-A, I, do RISTJ)

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, parte recorrente, afirma, como fundamentos relevantes da questão debatida, neste feito os seguintes pontos:

a) *“Nem se diga que, no parágrafo 8º do artigo 85 do CPC, a apreciação equitativa aplica-se somente quando o valor da causa for muito baixo, pois os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com o princípio da razoabilidade, que norteia todo o ordenamento*

jurídico processual civil, tanto é que expressamente previsto no art. 8º do CPC [...]”;

b) “Não é justo e razoável que ganho econômico em apenas um processo a título de honorários supere a renda da maioria da população, em especial dos profissionais com curso superior, cujo trabalho pode ser legitimamente comparado ao trabalho desenvolvido por um advogado.”;

c) “A condenação da Fazenda Pública, em honorários no percentual sobre o proveito econômico, na hipótese dos autos, mostra-se excessiva, e não em conformidade com os parâmetros fixados na legislação acima citada e com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.”.

A METALÚRGICA GOLIN S.A., parte recorrida, trouxe os seguintes argumentos:

a) “Ora, a RECORRENTE ignora completamente o mens legis atribuído pelo legislador na edição do CPC/2015, porquanto requer, na espécie, o método equitativo na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais nas causas em que a Fazenda Pública é parte. Vejam, Excelências, o que a RECORRENTE pretende é utilizar o método previsto no CPC/1973 e revogado pelo CPC/2015, sendo equivocada/errônea/ilegal a aplicação de forma equitativa na fixação dos honorários

advocatícios sucumbenciais nas causas em que a Fazenda Pública for parte.”;

b) “Ainda, ao reverso do que disse a RECORRENTE, ao mencionar o artigo 85, § 8º, do CPC/2015, para justificar a fixação de honorários com base na equidade, tal dispositivo tão somente é aplicável ‘nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo’.”;

c) “[...] a Fazenda Pública vencida já conta com uma forma legal privilegiada (para ela, Fazenda Pública) de abrandar o valor da verba sucumbencial que terá de pagar. A uma, porque o § 3º do artigo 85 do CPC já traz percentuais menores para as diversas faixas da base de cálculo de apuração dos honorários sucumbenciais.”.

Passemos à análise dos fundamentos relevantes trazidos pelos **amici curiae**.

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB trouxe os seguintes argumentos:

a) “[...] o legislador tornou objetivos os critérios de fixação dos honorários sucumbenciais, abrangendo sua incidência também às causas em que a Fazenda Pública faz parte vencida, determinando que a apreciação equitativa pelo magistrado somente seja realizada nas hipóteses do § 8º do artigo 85, quais sejam, nas causas ‘em que for

inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo’; inexistindo, assim, ressalvas legais expressas às causas de elevado valor, que geralmente abrange àquelas em que faz parte a Fazenda Pública. Esse é o entendimento já aplicado pelo STJ em casos similares.”;

b) *“Nesse estudo, é notório perceber a diferenciação dada pelo legislador ante a regra geral do § 2º do artigo 85 do novo digesto processual civil às hipóteses previstas pelo § 3º do mesmo dispositivo quando fizer parte a Fazenda Pública. [...] Assim, a fixação escalonada, por faixas, torna a remuneração dos honorários mais vantajosa e as faixas menores de honorários permitem que não haja enriquecimento sem causa e também fixação irrisória, pois antigamente os valores eram fixados por arbitramento.”;*

c) *“[...] dentre as remanescentes hipóteses do § 8º do mesmo dispositivo, as quais valem tão somente, em se dizer, às demandas de inestimável valor e não às extremamente contrárias (altíssimo valor) [...] convém destacar que o voto vencedor do REsp n. 1.746.072/PR, proferido pelo e. Ministro Raul Araújo e adiante citado, com escólio na doutrina de Nelson Nery Junior, dá interpretação ao termo ‘inestimável valor econômico’ como ‘nítida intenção do legislador’ de correlacionar tal expressão*

‘para as causas em que não se vislumbra benefício patrimonial imediato, como, por exemplo, nas causas de estado e de direito de família’. [...] Assim, não se vale a confusão dentre os termos de ‘valor inestimável’ e ‘valor elevado’[...]”.

A UNIÃO trouxe os seguintes argumentos:

a) *“Os percentuais estabelecidos aprioristicamente não são absolutos. Há de prevalecer, em qualquer caso, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, consubstanciados na regra da equidade, prevista no § 8º do art. 85 do CPC/2015 (§ 4º do artigo 20 do CPC/1973)”;*

b) *“Não prospera a alegação de que o § 8º do art. 85 aplica-se apenas quando a causa envolver valores irrisórios ou for inestimável. Em tais hipóteses, a incidência do preceito é inevitável, dada a imprestabilidade dos percentuais fixados nos §§ 2º e 3º do art. 85. Todavia, a regra do arbitramento por apreciação equitativa não se limita àquelas situações, revelando-se necessária também para corrigir distorções. Com efeito, não há como admitir que demandas singelas, de baixa complexidade, ou que, por qualquer razão, não demandem esforço significativo do advogado (ex: extinção prematura, pelo pagamento da dívida ou pelo reconhecimento da prescrição), acarretem vultosos honorários sucumbenciais única e tão so-*

mente por envolver cifras elevadas.”;

c) “[...] a apreciação equitativa, prevista no § 8º do art. 85 do CPC, é decorrência direta dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nessa medida, não se restringe a coibir a fixação irrisória da verba honorária; tem lugar, igualmente, quando a observância estrita dos percentuais legais tender à excessiva majoração dos honorários. Entendimento diverso limitaria a própria aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se admite.”.

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL – IBDP trouxe os seguintes argumentos:

a) “Assim, sob a égide do atual CPC, a fixação de honorários por apreciação equitativa passou a ser excepcional, apenas para casos de valor inestimável ou irrisório. E, nos termos do parágrafo único do art. 140 do próprio CPC, ‘o juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei’. O parágrafo único do art. 140 do CPC contém uma norma de habilitação, assim denominada por habilitar o órgão para o exercício de uma função específica e tipificada. É norma que contém uma atribuição de poder. Toda atribuição de poder ou de competência representa, a um só tempo, uma autorização e uma limitação. Quem age sem autorização normativa

transgredir a norma, produzindo ato contrário ao direito. Enfim, a norma autoriza a decisão por equidade e, ao mesmo tempo, impõe uma limitação, no sentido de que, quando não autorizado expressamente, o uso da equidade está expressamente vedado. No caso dos honorários de sucumbência, sua fixação por equidade só está autorizada quando o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou quando o valor da causa for muito baixo. Não se autoriza seu uso para os casos de valores muito altos ou expressivos. Na verdade, em tais casos, justamente por não estar autorizado, está vedado o uso da equidade.”;

b) “[...] a 3ª Turma do STJ, ao apreciar o Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.534.459/SP, entendeu que, fixada a multa por litigância de má-fé dentro dos parâmetros legais do art. 81 do CPC, não se pode reconhecer qualquer desproporcionalidade. [...] Ora, se há limites legais para a fixação de multa por litigância de má-fé, não há desproporção na multa fixada naqueles limites, ainda que o valor seja bem elevado. A fixação de honorários de sucumbência também está balizada por limites legais. Se vier a ser fixada dentro desses limites, não há desproporção, ainda que o valor seja bem elevado. A jurisprudência deve ser, como se viu, coerente.”;

c) "Todos os precedentes que desconsideram os percentuais legais para a fixação de honorários advêm das Turmas que integram a 1ª Seção, em cuja competência incluem-se, em geral, os processos que envolvem o Poder Público. Por outro lado, não foi possível identificar nenhum julgado no mesmo sentido entre as Turmas que compõem a 2ª Seção. Além disso, todas as decisões que relativizaram os percentuais legais fizeram-no, invariavelmente, em favor da Fazenda Pública, nunca do particular. [...] Porém, como visto, o Código de 2015 eliminou o tratamento diferenciado entre particular e Estado em matéria de honorários de sucumbência, criando, em vez disso, percentuais para as causas em que a Fazenda Pública for parte, e não apenas quando for vencida, sendo os percentuais tão menores quanto maior for o proveito econômico. Logo, a postura protecionista não é só injustificável, como é contra legem.";

d) "Os textos normativos são elaborados, discutidos e aprovados pelo Parlamento, e não pelo Judiciário. O Legislativo, que expressa a vontade popular, edita enunciados normativos que são interpretados pelo Judiciário. O texto, embora passível de interpretação, contém o ponto de partida, não devendo o Judiciário afastar-se dos elementos semânticos e sintáticos mínimos dos enunciados aprovados pelo

Legislativo. [...] Esses e vários outros exemplos denotam que o legislador pode editar diplomas normativos que contenham enunciados contrários ao entendimento até então prevalecente na jurisprudência. Não há abuso nem ofensa à boa-fé do legislador em aprovar leis que contenham novidade ou alterem o quadro normativo, impactando no entendimento jurisprudencial dos tribunais. Isso está longe de ser abusivo. Essa é, na verdade, a função típica do legislador. [...] Aliás, é tão comum, até mesmo nos sistemas de common law, o legislador atuar para alterar entendimento jurisprudencial que a isso se chama *overriding*: a mudança de orientação jurisprudencial a partir da mudança legislativa.";

e) "Por último, mas não menos importante, nota-se que a restrição da aplicação do art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC equipara-se à declaração da sua inconstitucionalidade, violando, assim, a cláusula de reserva de plenário, conforme o enunciado nº 10 da súmula vinculante: 'Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte'";

f) "A litigância judicial é, enfim, uma atividade de risco, pois

a parte derrotada pode suportar os ônus da sucumbência (CPC, arts. 82, § 2º, e 85). Mesmo derrotada e condenada a tais ônus, se recorre, e seu recurso é rejeitado, a parte terá majorado o valor dos honorários de sucumbência a que foi condenada (CPC, art. 85, § 11). [...] A correta aplicação das normas sobre honorários inibe uma litigância desenfreada e estimula a litigância responsável, exigindo maior cuidado dos profissionais que atuam no contencioso judicial. Aplicar o § 8º do art. 85 do CPC em casos de valores excessivos contribui para uma litigância irresponsável, sem cuidado, permitindo que se formule qualquer pretensão, ainda que desprovida de fundamento ou sem respaldo probatório, já que as consequências serão brandas. A aplicação indevida do § 8º do art. 85 do CPC contém um efeito pedagógico negativo: estimula a litigância desenfreada, irresponsável e inconsequente."

A ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO – ANNEP trouxe os seguintes argumentos:

a) "23. Segundo artigo 85, § 6º, do CPC, os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito. 24. Há, no entanto, possibilidade legal de invo-

cação do juízo de equidade, em detrimento do juízo legal, conforme artigo 85, § 8º, do CPC: 'Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.' 25. Extraí-se, assim, acerca da dinâmica inaugurada pelo vigente Código de Processo Civil, que o juízo de equidade é residual e limitado aos critérios do predito art. 85, § 8º, do CPC.";

b) "51. Na doutrina não se encontra posição que sustente a fixação de honorários sucumbenciais contra a Fazenda Pública equitativamente. Sobretudo, depois de o Código de Processo Civil de 2015 passar a possuir regra especial com critérios próprios para determinar os honorários sucumbenciais nas causas em que a Fazenda Pública for parte. [...] 53. A mudança é reconhecida como positiva, prestigiando a segurança jurídica, igualdade e impessoalidade. O Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO elogiou a nova norma: 'o § 3º do art. 85 eliminou a indesejável prática consolidada na vigência do Código de 1973, quando invariavelmente a Fazenda vencida era condenada em valores irrisórios e aviltantes para os advogados de seus adversários (CPC-73, art. 20, § 4º), enquanto que ela própria,

quando vencedora, era beneficiada com honorários arbitrados segundo os parâmetros normais (art. 20, § 3º).”;

c) “56. O Código de 2015, ao regradar de maneira detalhada a fixação de honorários contra a Fazenda Pública, inclusive em casos de elevado valor, tornou institucionalmente claras e previsíveis as despesas sob essa rubrica. Da mesma forma, ao trazer regramento expresso no qual se autoriza, excepcionalmente, o uso da equidade, tornou imperativa a conclusão, decorrente da boa técnica hermenêutica, de que, nos casos nos quais inexistente atribuição de poder para uso da equidade, ela é proibida.”;

d) “[...] ao abordar o § 8º do Art. 85 do CPC, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO explica que o ‘dispositivo tem a nítida intenção de evitar honorários insuportavelmente avaros, o que com certeza aconteceria se o critério básico fosse aplicado nas causas de valor muito baixo, ali referidas’”;

e) “66. Da mesma forma, a utilização da equidade para fixar honorários advocatícios sucumbenciais sob o fundamento dos princípios ou postulados da proporcionalidade ou da razoabilidade não parece reproduzir com fidedignidade

o raciocínio da doutrina especializada no tema. 67. Primeiro, porque a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade

serve primordialmente para situações não regradadas, nas quais e diferentes princípios jurídicos apontam para soluções distintas, exigindo sua compensação recíproca para alcançar solução que melhor efetive as normas em jogo. Diante da colisão de princípios, a proporcionalidade e a razoabilidade apresentam-se como medidas para talhar a melhor solução do caso.”;

f) “79. Para embasar a afirmação de quebra da integridade, o voto consigna que ‘a regra do art. 85, § 8º, do CPC/2015 deve ser interpretada de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, que havia consolidado o entendimento de que o juízo equitativo é aplicável tanto na hipótese em que a verba honorária se revela ínfima como excessiva, à luz dos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC/1973 (atual art. 85, § 2º, do CPC/2015)’. No entanto, como visto, não foi registrada essa posição no STJ sob a égide do CPC-1973. Por um lado, as Turmas da 2ª Seção sempre entenderam que os limites percentuais são inflexíveis; por outro, as Turmas da 1ª Seção nunca fixaram um entendimento acerca da rigidez dos percentuais legais, pois, na vigência do Código de 1973, tais parâmetros sequer se aplicavam ao Poder Público, sempre beneficiado pelo juízo de equidade. Logo, não há ‘reiterada jurisprudência’ a ser considerada na in-

interpretação do dispositivo legal – o que é ratificado pelo fato de que o voto não cita nenhum precedente nesse sentido.”.

O COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL – CONPEG trouxe os seguintes argumentos:

a) “A leitura do § 8º do art. 85 do CPC revela um típico exemplo da limitação do legislador, incapaz de prever todas as situações fáticas que reclamam o enquadramento em determinada norma, sendo certo que a ausência de previsão expressa acerca da aplicação da equidade para o fim de evitar a fixação de honorários exorbitantes e desproporcionais não corresponde a um silêncio intencional com o propósito deliberado de excluir tal situação do seu alcance. A aplicação literal do comando insculpido no § 8º do art. 85 do CPC, sem que se faça uma ponderação das circunstâncias subjacentes, poderá resultar na fixação da verba honorária em patamar extremamente elevado em causas de baixa complexidade, a extrapolar os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, desconectado de patamares equilibrados, configurando verdadeiro enriquecimento sem causa dos patronos beneficiados.”;

b) “Apresentados, portanto, os motivos pelos quais há de prevalecer o entendimento já ado-

tado por esta E. Corte, no sentido de que o juízo equitativo do § 8º do art. 85 do CPC/2015 deve ser empregado tanto na hipótese de o valor da causa ser irrisório como no caso em se apresente exorbitante, é que os entes signatários esperam que seja conferida ao § 8º do art. 85 do CPC interpretação extensiva, de modo que seja suprimida a lacuna legislativa não eloquente nele presente, permitindo, com isso, o arbitramento dos honorários advocatícios com base em critérios de equidade nas causas de baixa complexidade cujo valor ou proveito econômico se revele excessivo.”.

2. FUNDAMENTOS DETERMINANTES DO JULGADO (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/2015, e art. 104-A, II, do RISTJ)

Na afetação deste feito à sistemática dos recursos especiais repetitivos, a questão representativa da controvérsia ficou delimitada nos seguintes termos:

Definição do alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.

A matéria foi afetada à Corte Especial por ser de interesse dos órgãos que compõem as Seções de Direito Público e Privado.

No REsp n. 1.906.618/SP, a METALÚRGICA GOLIN S.A. ajuizou demanda em oposição à FAZENDA DO ESTADO DE SÃO

PAULO pretendendo que o acréscimo financeiro incidente sobre os débitos fiscais a serem recolhidos parceladamente se limitassem à Taxa Selic e deduziu como valor da causa a quantia de R\$ 3.548.716,20 (três milhões, quinhentos e quarenta e oito mil, setecentos e dezesseis reais e vinte centavos), que corresponde à diferença entre o valor original cobrado e o hipoteticamente corrigido, adotando-se taxas de meses anteriores.

A sentença julgou procedente o pedido formulado e condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Recorreram ambas as partes.

O TJSP negou provimento ao recurso do ente público e deu provimento ao recurso da empresa, e, de acordo com disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil (quantificação dos honorários na fase recursal), majorou os honorários advocatícios para 10,5%, 8,1% e 5,05%, em cada faixa do § 3º respectivamente.

Pois bem.

O CPC/2015 pretendeu trazer mais objetividade às hipóteses de fixação dos honorários advocatícios e somente autoriza a aplicação do § 8º do art. 85 -de acordo com a apreciação equitativa do juiz -em situações excepcionais em que, havendo ou não condenação, estejam presentes os seguintes requisitos:

1) Proveito econômico irrisório ou inestimável, ou

2) Valor da causa muito baixo.

Portanto, a fixação dos honorários por apreciação equitativa do magistrado apenas deve ocorrer se, no caso concreto: i) o valor da condenação for irrisório; ii) não havendo condenação, o proveito econômico pretendido com a demanda for irrisório; iii) não for estimável o proveito econômico, ou seja, não for possível aferir qual o montante pecuniário obtível com a vitória na demanda. Nesse caso, deve-se utilizar como baliza o valor da causa, que, se for considerado muito baixo, permitirá a fixação dos honorários por apreciação equitativa do juiz.

Cito, a propósito, julgado da Segunda Turma desta Corte de Justiça em que se chegou à conclusão ora proposta:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE EXTINÇÃO. ARBITRAMENTO DA VERBA HONORÁRIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. FIXAÇÃO. §§ 2º e 8º DO ART. 85 DO CPC/2015. APRECIÇÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE. I - O presente feito decorre de ação de execução fiscal objetivando o recebimento de crédito no valor de R\$ 195.037,49 (cento e noventa e cinco mil, trinta e sete reais e quarenta e nove centavos). Na sentença, julgou-se extinta a execução fiscal, tendo sido a exequente condenada a pagar honorários advocatícios em favor da executada.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a sentença foi parcialmente reformada, apenas para fixar os honorários, por apreciação equitativa. II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, nas causas em que a Fazenda Pública for litigante, os honorários advocatícios devem ser fixados observando-se os parâmetros estabelecidos no art. 85, § 2º, *caput* e incisos I a IV, do CPC/2015 e com os percentuais delimitados no § 3º do referido artigo.

III - Por outro lado, na vigência do CPC/2015, a fixação de honorários advocatícios, por apreciação equitativa, conforme o contido no § 8º, art. 85 do CPC/2015, somente tem guarida nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, não sendo essa a hipótese dos autos, visto que foi atribuído valor da causa no montante de R\$ 195.037,49 (cento e noventa e cinco mil, trinta e sete reais e quarenta e nove centavos), em junho de 2004. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.736.151/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/10/2018, DJe 6/11/2018; REsp n. 1.750.763/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 6/12/2018, DJe 12/12/2018 e AgInt no AREsp n. 1.187.650/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 30/4/2018.

IV - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp n. 1.424.719/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 21/5/2019, grifos acrescidos.)

Ainda, elucidativo precedente proferido no âmbito da Segunda Seção desta Corte de Justiça, no mesmo sentido aqui propugnado, veja-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATORIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil -CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I)

em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de

dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido. (REsp n. 1.746.072/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe de 29/3/2019, grifos acrescidos.)

O entendimento dominante no âmbito da Segunda Seção do STJ, como se vê, vai no sentido de conferir caráter meramente subsidiário à apreciação equitativa, não a aplicando quando o valor da causa ou o proveito econômico forem elevados.

Saliente-se que já venho decidindo monocraticamente dessa maneira, conforme se observa dos seguintes precedentes, entre outros: AREsp n. 1.525.502, DJe de 8/8/2019; REsp n. 1.808.119, DJe de 6/8/2019; REsp n. 1.715.942, DJe de 6/8/2019; REsp n. 1.819.078, DJe de

28/6/2019; REsp n. 1.809.037, DJe de 24/6/2019; e REsp n. 1.740.798, DJe de 7/6/2019.

A propósito, quando o § 8º do art. 85 menciona proveito econômico “inestimável”, claramente se refere àquelas causas em que não é possível atribuir um valor patrimonial à lide (como pode ocorrer nas demandas ambientais ou nas ações de família, por exemplo). Não se deve confundir “valor inestimável” com “valor elevado”. Nessa mesma trilha, colhe-se trecho da manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB como *amicus curiae*:

[...] dentre as remanescentes hipóteses do § 8º do mesmo dispositivo, as quais valem tão somente, em se dizer, às demandas de inestimável valor e não às extremamente contrárias (altíssimo valor) [...]. **Convém destacar que o voto vencedor do REsp n. 1.746.072/PR, proferido pelo e. Ministro Raul Araújo e adiante citado, com escólio na doutrina de Nelson Nery Junior, dá interpretação ao termo “inestimável valor econômico” como “nítida intenção do legislador” de correlacionar tal expressão “para as causas em que não se vislumbra benefício patrimonial imediato, como, por exemplo, nas causas de estado e de direito de família.” [...]. Assim, não se vale a confusão dentre os termos de ‘valor inestimável’ e ‘valor elevado’ [...] (grifos acrescentados)“.**

Luis Inácio Lucena Adams, Mauro Pedroso Gonçalves e Luciano Benetti Timm, em parecer anexado no REsp n. 1.877.883/SP a pedido do CFOAB, corroboram o entendimento acima, com a seguinte argumentação:

174. Como define Plácido e Silva, o termo inestimável “é empregado, na linguagem jurídica, para mostrar a qualidade de certas coisas que não podem ser submetidas a uma avaliação ou não podem ser tidas por um preço, porque não se mostram em condições de ser apreciadas economicamente. [...] **Na técnica processual, consideram-se inestimáveis as ações referentes ao estado e à capacidade da pessoa. E isto porque não se encontram nelas elementos materiais ou de ordem econômica, pelos quais se possa compor um valor monetário, em virtude do qual se tenha a medida de seu preço ou de seu custo.**

175. Destarte, o critério de equidade deve ser aplicado quando o proveito econômico e o valor da causa forem pequenos, irrisórios ou muito baixos. Adicionalmente, “o mesmo critério deve ser utilizado nas causas de valor inestimável, isto é, naquelas em que não se vislumbra benefício patrimonial imediato (v. g., nas causas de estado, de direito de família)”, como esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery (grifos acrescentados).

Trata-se, pois, de efetiva observância do Código de Proce-

so Civil, norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e da razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.

Corroborando o afirmado, a lição doutrinária de **Alexandre Freire e Leonardo Albuquerque Marques** [Os honorários de sucumbência no projeto do novo CPC (Relatório-geral de atividades apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira - PT). *Revista de Processo*. Vol. 232/2014, p. 413-421, jun/2014.], que já antecipavam a solução da problemática ainda durante o trâmite do projeto do CPC/2015:

Aqui, a versão atual do Projeto mantém a inovação nos critérios de cálculo dos honorários de sucumbência em desfavor da Fazenda Pública quando houver condenação desta (isto é: imposição de obrigação de fazer, não fazer, dar ou pagar). **Pelo regramento atualmente vigente (regida pelo art. 20, § 4º, do CPC), não há limites máximos ou mínimos para a fixação de honorários em desfavor da Fazenda Pública. Tal fixação se sujeita a apreciação equitativa do juiz, o qual deve considerar os elementos constantes do art. 20, § 3.º, quais sejam: o grau de**

zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. **Nos termos § 8º do art. 85** ("Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2.º"), **percebe-se que tal método não mais se aplica à Fazenda Pública como regra. Todavia, nada impede, por outro lado que, excepcionalmente, e desde que preenchidas efetivamente as condicionantes do § 8º acima transcrito (proveito econômico de valor inestimável ou irrisório ou baixíssimo valor da causa), os honorários a serem eventualmente arbitrados em desfavor da Fazenda Pública sigam tal método** (grifos acrescidos).

No mesmo sentido, já na vigência do CPC/2015, a doutrina de **Cristiane Mendonça** (Honorários advocatícios de sucumbência nas ações tributárias e o § 8º do art. 85 do CPC. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*. Vol. 17/2019, p. 17-40, Mar-Abr/2019):

A partir de uma análise conjunta dos enunciados prescritivos veiculados no § 8º do art. 85 e no parágrafo único do art. 140 do CPC/2015 (LGL/2015/1656), vemos que **o órgão judiciário só está autorizado a arbitrar honorários advocatícios com**

base na equidade em três e somente três situações: i) proveito econômico inestimável; ii) proveito econômico irrisório; iii) valor da causa muito baixo.

[...]. Portanto, **concluimos que a fixação de honorários advocatícios, com base em juízo de equidade, fora das hipóteses legais, nas causas em que a Fazenda Pública figura como parte, implica injustificada negativa de vigência às cuidadosas prescrições fixadas no § 3º do art. 85 do CPC (LGL\2015\1656) e restabelece toda a celeuma experimentada na pragmática jurídica sob à égide do Código Processual de 1973 [art. 20, § 4º] (grifos acrescidos).**

Percebe-se claramente que o legislador tencionou, no novo diploma processual, superar jurisprudência firmada pelo STJ no que tange à fixação de honorários por equidade quando a Fazenda Pública fosse vencida, o que se fazia com base no art. 20, § 4º, do CPC revogado.

O fato de a nova legislação ter surgido como uma reação capitaneada pelas associações de advogados à postura dos tribunais de fixar honorários em valores irrisórios, quando a demanda tinha a Fazenda Pública como parte, não torna a norma inconstitucional nem autoriza o seu descarte. Nesse sentido, a doutrina de **Frederico Koehler** (*In: ALVIM, Angélica Arruda et al* (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed.

São Paulo: Saraiva, 2017, p. 154.):

O art. 85, § 3º, criou faixas de percentuais para a fixação dos honorários nas causas em que a Fazenda Pública for parte. É uma clara reação ao criticável costume de fixar-se honorários em valores irrisórios quando a Fazenda Pública figura como parte na demanda. Era comum, na vigência do CPC/73, a fixação dos honorários em R\$ 1.000,00 ou R\$ 2.000,00, quando o valor da condenação da Fazenda Pública era superior a R\$ 100.000,00, o que gerava indignação nos advogados. **O dispositivo em estudo vem, em boa hora, corrigir tal postura.** Além disso, havia um claro tratamento bem mais benéfico, quando a Fazenda Pública era condenada, em relação aos casos entre particulares. Não há razão para um tratamento diferenciado da Administração Pública nesses casos, sob pena de caracterizar-se quebra da isonomia (grifos acrescidos).

A atuação de categorias profissionais em defesa de seus membros no Congresso Nacional faz parte do jogo democrático e deve ser aceita como funcionamento normal das instituições. Foi marcante, na elaboração do próprio CPC/2015, a participação de associações para a promoção dos interesses por elas defendidos. Exemplo disso foi a promulgação da Lei n.º 13.256/2016, com notória gestão do STF e do STJ pela sua aprovação. Apenas a título ilustrativo, mo-

dificou-se o regime dos recursos extraordinário e especial, com o retorno do juízo de admissibilidade na segunda instância (o que se fez por meio da alteração da redação do art. 1.030 do CPC).

Além disso, há que se ter em mente que o entendimento do STJ fora firmado sob a égide do CPC revogado. Entende-se como perfeitamente legítimo ao Poder Legislativo editar nova regulamentação legal em sentido diverso do que vinham decidindo os tribunais. Cabe aos tribunais interpretar e observar a lei, não podendo, entretanto, descartar o texto legal por preferir a redação dos dispositivos decaídos. A atuação do legislador que acarreta a alteração de entendimento firmado na jurisprudência não é fenômeno característico do Brasil, sendo conhecido nos sistemas de *Common Law* como *overriding*. Colhe-se trecho elucidador da manifestação do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL – IBDP como *amicus curiae* sobre o ponto:

Os textos normativos são elaborados, discutidos e aprovados pelo Parlamento, e não pelo Judiciário. O Legislativo, que expressa a vontade popular, edita enunciados normativos que são interpretados pelo Judiciário. O texto, embora passível de interpretação, contém o ponto de partida, não devendo o Judiciário afastar-se dos elementos semânticos e sintáticos

mínimos dos enunciados aprovados pelo Legislativo. [...]. Esses e vários outros exemplos denotam que **o legislador pode editar diplomas normativos que contenham enunciados contrários ao entendimento até então prevalecente na jurisprudência. Não há abuso nem ofensa à boa-fé do legislador em aprovar leis que contenham novidade ou alterem o quadro normativo, impactando no entendimento jurisprudencial dos tribunais. Isso está longe de ser abusivo. Essa é, na verdade, a função típica do legislador.** [...]. Aliás, é tão comum, até mesmo nos sistemas de *common law*, o legislador atuar para alterar entendimento jurisprudencial que a isso se chama *overriding*: a mudança de orientação jurisprudencial a partir da mudança legislativa (grifos acrescentados).

O parecer do MPF no REsp n. 1.850.512/SP corrobora o raciocínio desenvolvido:

Do exposto, **forçoso concluir pelo não cabimento de interpretação extensiva da regra contida no 8º do art. 85 do CPC, sob pena de usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário (violação do princípio da separação dos poderes), e de afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica** (grifos acrescentados).

Nessa senda, o Enunciado n. 6 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal -CJF afirma que: “A

fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º, do art. 85 do CPC.”.

Não se pode alegar que o art. 8º do CPC (“Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”) permite que o juiz afaste o art. 85, §§ 2º e 3º, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, quando os honorários resultantes da aplicação dos referidos dispositivos forem elevados.

O CPC de 2015, preservando o interesse público, estabeleceu disciplina específica para a Fazenda Pública, traduzida na diretriz de que quanto maior a base de cálculo de incidência dos honorários, menor o percentual aplicável. O julgador não tem a alternativa de escolher entre aplicar o § 8º ou o § 3º do art. 85, mesmo porque só pode se decidir por equidade nos casos previstos em lei, conforme determina o art. 140, parágrafo único, do CPC. No ponto, transcreve-se trecho da manifestação do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL – IBDP:

Assim, sob a égide do atual CPC, a fixação de honorários por apreciação equitativa passou a ser excepcional, apenas para

casos de valor inestimável ou irrisório. E, nos termos do parágrafo único do art. 140 do próprio CPC, “o juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. **O parágrafo único do art. 140 do CPC contém uma norma de habilitação, assim denominada por habilitar o órgão para o exercício de uma função específica e tipificada. É norma que contém uma atribuição de poder. Toda atribuição de poder ou de competência representa, a um só tempo, uma autorização e uma limitação. Quem age sem autorização normativa transgribe a norma, produzindo ato contrário ao direito. Enfim, a norma autoriza a decisão por equidade e, ao mesmo tempo, impõe uma limitação, no sentido de que, quando não autorizado expressamente, o uso da equidade está expressamente vedado. No caso dos honorários de sucumbência, sua fixação porequidade só está autorizada quando o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou quando o valor da causa for muito baixo. Não se autoriza seu uso para os casos de valores muito altos ou expressivos. Na verdade, em tais casos, justamente por não estar autorizado, está vedado o uso da equidade** (grifos acrescentados).

Ainda sobre os limites da decisão por equidade, faz-se mister transcrever trecho do parecer da ASSOCIAÇÃO NORTE E

NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO – ANNEP como *amicus curiae*:

56. **O Código de 2015**, ao reger de maneira detalhada a fixação de honorários contra a Fazenda Pública, inclusive em casos de elevado valor, tornou institucionalmente claras e previsíveis as despesas sob essa rubrica. Da mesma forma, **ao trazer regramento expresso no qual se autoriza, excepcionalmente, o uso da equidade, tornou imperativa a conclusão, decorrente da boa técnica hermenêutica, de que, nos casos nos quais inexistia atribuição de poder para uso da equidade, ela é proibida** (grifos acrescidos).

O MPF trouxe o seguinte argumento, quanto à questão dos limites da interpretação, em seu parecer no REsp n. 1.850.512/SP:

Ao intérprete não é dado elastecer a letra da lei para dela extrair comando contrário a sua própria essência. “In claris cessat interpretativo”, reza o antigo brocardo, sem embargo, evidentemente, do dever de o magistrado aplicar a norma de forma casuística, moldando-a – todavia não a corrompendo, revogando-a ou alterando-a segundo sua vontade ou valores pessoais – ao caso concreto (REsp 1.746.072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019) (grifos acrescidos).

O argumento de que a simplicidade da demanda ou o pouco trabalho exigido do ad-

vogado vencedor levariam ao seu enriquecimento sem causa – como defendido pelo *amicus curiae* COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL – CONPEG – deve ser utilizado não para respaldar apreciação por equidade, mas sim para balancear a fixação do percentual dentro dos limites do art. 85, § 2º, ou dentro de cada uma das faixas dos incisos contidos no § 3º do referido dispositivo.

Na maioria das vezes, a preocupação com a fixação de honorários elevados ocorre quando a Fazenda Pública é derrotada, diante da louvável consideração com o dinheiro público, conforme se verifica nas divergências entre os membros da Primeira Seção. É por isso que a matéria já se encontra pacificada há bastante tempo na Segunda Seção (nos moldes do REsp n. 1.746.072/PR, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, DJe de 29/3/2019, anteriormente citado), no sentido de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%, conforme previsto no art. 85, § 2º, inexistindo espaço para apreciação equitativa nos casos de valor da causa ou proveito econômico elevados.

O próprio legislador anteviu a situação e cuidou de resguardar o erário, criando uma regra diferenciada para os casos em que a Fazenda Pública for par-

te. Foi nesse sentido que o art. 85, § 3º, previu a fixação escalonada de honorários, com percentuais variando entre 1% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, sendo os percentuais reduzidos à medida que se elevar o proveito econômico. Impede-se, assim, que haja enriquecimento sem causa do causídico da parte adversa e a fixação de honorários excessivamente elevados contra o ente público. Não se afigura adequado ignorar a redação do referido dispositivo legal a fim de criar o próprio juízo de razoabilidade, especialmente em hipótese não prevista em lei.

Sobre esse ponto, colaciona-se excerto da manifestação da ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO – ANNEP:

51. Na doutrina não se encontra posição que sustente a fixação de honorários sucumbenciais contra a Fazenda Pública equitativamente. Sobretudo, depois de o Código de Processo Civil de 2015 passar a possuir regra especial com critérios próprios para determinar os honorários sucumbenciais nas causas em que a Fazenda Pública for parte.

[...].

53. A mudança é reconhecida como positiva, prestigiando a segurança jurídica, igualdade e impessoalidade. **O Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO elogiou a nova norma: “o § 3º do art. 85 elimi-**

nou a indesejável prática consolidada na vigência do Código de 1973, quando invariavelmente a Fazenda vencedora era condenada em valores irrisórios e aviltantes para os advogados de seus adversários (CPC-73, art. 20, § 4º), enquanto que ela própria, quando vencedora, era beneficiada com honorários arbitrados segundo os parâmetros normais (art. 20, § 3º)”.

[...].

66. Da mesma forma, a utilização da equidade para fixar honorários advocatícios sucumbenciais sob o fundamento dos princípios ou postulados da proporcionalidade ou da razoabilidade não parece reproduzir com fidedignidade o raciocínio da doutrina especializada no tema.

67. Primeiro, porque a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade serve primordialmente para situações não regradas, nas quais e diferentes princípios jurídicos apontam para soluções distintas, exigindo sua compensação recíproca para alcançar solução que melhor efetive as normas em jogo. Diante da colisão de princípios, a proporcionalidade e a razoabilidade apresentam-se como medidas para talhar a melhor solução do caso (grifos acrescidos).

A suposta baixa complexidade do caso sob julgamento, portanto, não pode ser considerada como elemento para afastar os percentuais previstos na lei. No ponto, assiste razão ao

amicus curiae IBDP, quando afirma que “esse dado já foi levado em consideração pelo legislador, que previu ‘a natureza e a importância da causa’ como um dos critérios para a determinação do valor dos honorários (art. 85, § 2º, III, do CPC), limitando, porém, a discricionariedade judicial a limites percentuais. Assim, se tal elemento já é considerado pelo suporte fático abstrato da norma, não é possível utilizá-lo como se fosse uma condição extraordinária, a fim de afastar a incidência da regra”. Idêntico raciocínio se aplica à hipótese de trabalho reduzido do advogado vencedor, uma vez que tal fator é considerado no suporte fático abstrato do art. 85, § 2º, IV, do CPC (“o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”).

Cabe ao autor -quer se trate do Estado, das empresas, ou dos cidadãos -ponderar bem a probabilidade de ganhos e prejuízos antes de ajuizar uma demanda, sabendo que terá que arcar com os honorários de acordo com o proveito econômico ou valor da causa, caso vencido. O valor dos honorários sucumbenciais, portanto, é um dos fatores que deve ser levado em consideração no momento da propositura da ação.

É muito comum ver no STJ a alegação de honorários excessivos em execuções fiscais de altíssimo valor posteriormente

extintas. Ocorre que tais execuções muitas vezes são propostas sem maior escrutínio, dando-se a extinção por motivos previsíveis, como a flagrante ilegitimidade passiva, o cancelamento da certidão de dívida ativa, ou por estar o crédito prescrito. Ou seja, o ente público aduz em seu favor a simplicidade da causa e a pouca atuação do causídico da parte contrária, mas olvida o fato de que foi a sua falta de diligência no momento do ajuizamento de um processo natimorto que gerou a condenação em honorários. Com a devida vênia, o Poder Judiciário não pode premiar tal postura.

A fixação de honorários por equidade nessas situações -muitas vezes aquilatando-os de forma irrisória -apenas contribui para que demandas frívolas e sem possibilidade de êxito continuem a ser propostas diante do baixo custo em caso de derrota.

Leia-se o trecho da manifestação do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL – IBDP:

A correta aplicação das normas sobre honorários inibe uma litigância desenfreada e estimula a litigância responsável, exigindo maior cuidado dos profissionais que atuam no contencioso judicial. Aplicar o § 8º do art. 85 do CPC em casos de valores excessivos contribui para uma litigância irresponsável, sem cuidado, permitindo que se formule qualquer pretensão, ainda que desprovida de fundamento ou sem respaldo

probatório, já que as consequências serão brandas. **A aplicação indevida do § 8º do art. 85 do CPC contém um efeito pedagógico negativo: estimula a litigância desenfreada, irresponsável e inconsequente** (grifos acrescentados).

Em parecer anexado ao REsp n. 1.877.883/SP, solicitado pelo Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, Ellen Gracie Northfleet e Mauro Eduardo Vichnevetsky Aspis expõem:

43. Neste sentido, manifestou-se o Ministro do STJ Sebastião Reis Júnior no julgamento dos EDcl na AR 3570, “a questão de honorários não pode ser encarada como simples remuneração do causídico, mas também como questão de política judiciária, demonstrando para a parte sucumbente que **a litigância impensada e, às vezes, irresponsável tem um custo. Honorários insignificantes e irrisórios, na verdade, constituem um incentivo a essa litigância desenfreada que toma conta da Justiça brasileira**, tendo em vista que não traz nenhum ônus maior à parte, em especial àquelas que, como a autora/embargada, já possuem em seu quadro advogados, não tendo gasto nenhum com a contratação de causídicos para a propositura de ações fadadas ao insucesso” (grifos acrescentados).

Luis Inácio Lucena Adams, Mauro Pedroso Gonçalves e Luciano Benetti Timm, em parecer anexado ao REsp n.

1.877.883/SP a pedido do CFOAB, afirmam:

102. Mauro Pedroso Gonçalves (ora segundo Parecerista) e Daniela Peretti D’Ávila destacam que, “antes de decidir pelo ajuizamento de uma demanda ou mesmo pela interposição ou não de um recurso, os agentes racionais sopesam a expectativa de ganho perante os custos e riscos envolvidos. Contabilizam, portanto, despesas com taxas judiciárias, contratação de advogado, eventual sucumbência etc., comparando-os com as chances de êxito do resultado final esperado.” [...]. 106. **A verdade é que, enquanto a observância das regras do art. 85 do CPC/15 está em um prato da balança, a diminuição do número de processos está em outro. O ganho final é do Poder Judiciário, com o desestímulo à litigância excessiva para a concretização do princípio constitucional da celeridade** (grifos acrescentados).

Tal situação não passou despercebida pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, como se vê no parecer de Luciano Benetti Timm, anexado ao REsp n. 1.877.883/SP a pedido do CFOAB:

Como busquei evidenciar, institutos jurídicos como a assistência judiciária gratuita, as custas processuais, e **os próprios honorários sucumbenciais produzem efeitos diretos sobre o comportamento de litigantes e potenciais litigantes** (configuram mais amplamente a noção de custos para o uso do siste-

ma público de solução de disputas). **Pela ótica da Análise Econômica do Direito, é possível afirmar com elevado grau de segurança que tais institutos afetam diretamente a percepção dos indivíduos que queiram litigar, alterando os parâmetros da análise custo-benefício que antecede a tomada de decisão.**

Tal análise, como expus nas seções anteriores, está diretamente relacionada a ideia de risco – o valor da causa é sempre contrastado pelo autor com o risco de “perda”. **Isso significa que se a chance de derrota na disputa do caso for elevada, e o autor tiver que arcar com as despesas envolvidas pela sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil, ele provavelmente irá optar por não ingressar com a ação.**

Inversamente, se a perspectiva de derrota for mínima, ou se os custos associados ao risco que se pretende correr forem baixos, provavelmente esse indivíduo optará por ingressar com a ação e iniciar um novo litígio. **Veja-se, portanto, que a ponderação realizada pelos agentes é bastante direta: se os custos esperados forem menores do que o benefício provável, na maior parte das vezes, a decisão racional será litigar. Não há dúvidas quanto a tais premissas.** [...].

Como demonstrado ao longo do parecer, os modelos utilizados para descrever tanto a tragédia dos comuns, como a chamada “taxa pigouviana”, denotam

perfeitamente a função desempenhada pelos honorários sucumbenciais sobre o comportamento dos litigantes e internamente ao sistema processual civil. **O efeito sistêmico, portanto, é positivo, e protege a prestação jurisdicional de litígios oportunistas (uso predatório), caso o instituto dos honorários sucumbenciais inexistisse, justamente por aumentar o risco (e o custo em sentido mais amplo) da ação judicial** (grifos acrescidos).

É certo que os honorários sucumbenciais desempenham também um papel sancionador. A par de remunerar o advogado, funcionam “como elemento de punição em virtude de haver sido adotada determinada conduta geradora da necessidade de acionamento da atividade jurisdicional” (MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Honorários advocatícios: sucumbenciais e por arbitramento. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 65).

Os advogados devem lançar, em primeira mão, um olhar crítico sobre a viabilidade e probabilidade de êxito da demanda antes de iniciá-la. Em seguida, devem informar seus clientes com o máximo de transparência, para que juntos possam tomar a decisão mais racional considerando os custos de uma possível sucumbência. Promove-se, desta forma, uma litigância mais responsável, em benefício dos princípios da razoável dura-

ção do processo e da eficiência da prestação jurisdicional.

O art. 20 da “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (Decreto-Lei n. 4.657/1942), incluído pela Lei n. 13.655/2018, prescreve que, “*nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”. Como visto, a consequência prática do descarte do texto legal do art. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º, do CPC, sob a justificativa de dar guarida a valores abstratos como a razoabilidade e a proporcionalidade, será um poderoso estímulo comportamental e econômico à propositura de demandas frívolas e de caráter predatório.

Acrescente-se que a postura de afastar, a pretexto de interpretar, sem a devida declaração de inconstitucionalidade, a aplicação do § 8º do art. 85 do CPC/2015, pode ensejar questionamentos acerca de eventual inobservância do art. 97 da CF/1988 e, ainda, de afronta ao verbete vinculante n. 10 da Súmula do STF, assim redigido:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Não por outro motivo sugeriu-se a afetação do REsp n. 1.644.077/PR a este órgão especial, para, caso prevaleça o entendimento estampado no voto do Ministro Relator, em sentido oposto ao adotado no presente voto, seja observada a cláusula de reserva de plenário.

Com essas breves considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial a fim de que seja mantida a fixação dos honorários advocatícios consoante o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015, como feito no Tribunal de origem.

É como voto.

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGADO (art. 927, § 3º, do CPC/2015)

Embora não tenha sido suscitado pelas partes ou amigos da Corte, não há que se falar em modulação dos efeitos do julgado, uma vez que não se encontra presente o requisito do art. 927, § 3º, do CPC, o qual prevê que, “*na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica*”. Isso porque, no caso sob exame, não houve alteração de jurisprudência dominante do STJ, a qual, como se vê, ainda

se encontra em vias de consolidação.

Sobre esse aspecto, importante transcrever trecho do parecer da ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO – ANNEP, quando analisa as razões do voto do Relator no REsp n. 1.789.913/DF (cujo acórdão foi anulado para aguardar a solução a ser adotada no REsp n. 1.644.077/PR, mas que é útil para retratar o pensamento oposto ao defendido neste voto):

79. Para embasar a afirmação de quebra da integridade, o voto consigna que “a regra do art. 85, § 8º, do CPC/2015 deve ser interpretada de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, que havia consolidado o entendimento de que o juízo equitativo é aplicável tanto na hipótese em que a verba honorária se revela ínfima como excessiva, à luz dos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC/1973 (atual art. 85, § 2º, do CPC/2015)”. No entanto, como visto, não foi registrada essa posição no STJ sob a égide do CPC-1973. Por um lado, as Turmas da 2ª Seção sempre entenderam que os limites percentuais são inflexíveis; por outro, as Turmas da 1ª Seção nunca fixaram um entendimento acerca da rigidez dos percentuais legais, pois, na vigência do Código de 1973, tais parâmetros sequer se aplicavam ao Poder Público, sempre beneficiado pelo juízo de equidade.

Logo, não há “reiterada jurisprudência” a ser considerada na interpretação do dispositivo legal – o que é ratificado pelo fato de que o voto não cita nenhum precedente nesse sentido (grifos acrescidos).

O Enunciado n. 76, aprovado na I Jornada de Processo Civil do CJF, dispõe justamente no sentido adotado no presente voto:

É considerada omissa, para efeitos do cabimento dos embargos de declaração, a decisão que, **na superação de precedente**, não se manifesta sobre a modulação de efeitos (grifos acrescidos).

O Enunciado n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, por sua vez, explicita que:

Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, **a modificação do precedente** tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto (grifos acrescidos).

Ravi Peixoto traz a seguinte lição sobre o ponto [In: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (Coords.). Enunciados das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal -CJF: organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: *Juspodivm*, 2019, p. 398-399.]:

No caso da superação de precedentes, a quebra da estabilidade é gerada pelo pró-

prio Poder Judiciário, ao modificar, de forma surpreendente, um posicionamento consolidado, podendo surgir, nessa situação, a necessidade da utilização da modulação de efeitos. Tanto a segurança jurídica como a confiança legítima exigem uma tutela adequada, quando violadas e, uma de suas formas, estudada nesse trabalho, é a modulação de efeitos, sendo um dever do referido órgão jurisdicional ao menos conhecer da matéria (grifos acrescidos).

Assim, não se configura a necessidade de modulação dos efeitos do julgado, tendo em vista que tal instituto visa assegurar a efetivação do princípio da segurança jurídica, impedindo que o jurisdicionado de boa-fé seja prejudicado por seguir entendimento dominante que terminou sendo superado em momento posterior, o que, como se vê claramente, não ocorreu no caso concreto.

4. TESE JURÍDICA FIRMA-DA (art. 104-A, inc. III, do RISTJ):

Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firmam-se as seguintes teses:

i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC -a

depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

5. SOLUÇÃO DADA AO CASO CONCRETO (art. 104-A, inc. IV, do RISTJ):

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, os honorários são majorados para 11%, 8,2% e 5,1%, em cada respectiva faixa dos incisos do § 3º do referido dispositivo legal.

Recurso julgado sob a sistemática dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e dos arts. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO § 8º DO ART. 85 DO CPC/2015 FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS.

1. Conforme explica a doutrina, no que se refere à base de cálculo dos honorários, criou-se uma ordem preferencial: 1º) Valor da condenação; 2º) Proveito econômico obtido; 3º) Valor atualizado da causa. A utilização da “valor atualizado da causa” constitui regra subsidiária, ou seja, adotar-se-á quando não for possível mensurar o “proveito econômico obtido” (art. 85, § 2º; § 4º, III, ambos do CPC/2015). No que concerne à adoção do “valor da condenação” como critério principal, o CPC/2015 mantém regra que já era prevista no art. 20, § 3º, do CPC/73.

2. Essa mesma premissa orienta a interpretação do § 8º do art. 85. Considerando que tal preceito pressupõe a ausência de condenação, deve-se verificar, inicialmente, se é possível se aferir o proveito econômico. Em se tratando de proveito econômico irrisório ou inestimável, passa-se à verificação do valor da causa. Em outras palavras, o legislador adotou o proveito econômico como critério preferencial e, “não sendo possível mensurá-lo”, impõe-se a verificação do valor atualizado da causa. Verificado, eventualmente, que o valor da causa é muito baixo, fica caracterizada a hipótese autorizativa da fixação dos honorários por meio de apreciação equitativa do juiz.

3. Quantos às teses jurídicas firmadas, acompanho o Ministro

Relator, in verbis: “i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.”

4. Solução do caso concreto. A ora recorrida foi vitoriosa em ação ordinária cuja pretensão é o afastamento de excesso decorrente de acréscimos financeiros exigidos em parcelamento de débitos de ICMS, sendo esse excesso correspondente a R\$ 3.548.716,20. Não merece reparo o entendimento do Tribunal de origem no sentido de que, “com o advento do novel estatuto processual civil, não mais se perquire da aplicação da regra de apreciação equitativa quando a Fazenda Pública for vencida (art. 20, § 4.º, do re-

vogado Código), mas apenas nos casos em que, independentemente da condição da parte, for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8.º). Tal disposição se mostra inaplicável à espécie, eis que o proveito econômico vinculado à causa não se mostra irrisório". Conforme supra explicitado, no caso concreto é manifesto o proveito econômico obtido e não se verifica nenhuma das hipóteses do § 8º do art. 85 do CPC/2015. Por tais razões, impõe-se a aplicação das regras previstas nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015, como bem entendeu o Tribunal de origem.

5. Recurso especial não provido, acompanhando o Ministro Relator. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Adoto o minucioso relatório apresentado pelo Ministro Og Fernandes (Relator).

Entendo oportuno transcrever os preceitos legais ora contróvertidos:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

- I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;
- II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;
- III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;
- IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até

100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, in-

clusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

O § 2º do art. 85 estabelece regra geral, segundo a qual *“os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”*.

Conforme explica a doutrina, no que se refere à base de cálculo dos honorários, criou-se uma ordem preferencial:

1º Valor da condenação

2º Proveito econômico obtido.

3º Valor atualizado da causa.

A utilização do “valor atualizado da causa” constitui regra subsidiária, ou seja, adotar-se-á quando não for possível mensurar o “proveito econômico obtido”.

No que concerne à adoção do “valor da condenação” como critério principal, o CPC/2015 mantém regra que já era prevista no art. 20, § 3º, do CPC/73.

Não obstante, no regime anterior, a simples ausência de condenação já se caracterizava como hipótese exceptiva da regra geral, autorizando a fixação

mediante juízo de equidade, ou seja, com base no § 4º do art. 20 do CPC/73.

No entanto, no regime atual, a ausência de condenação impõe sejam observados os critérios seguintes — “proveito econômico obtido” e “valor atualizado da causa” —, sendo este último adotado como critério subsidiário e derradeiro.

A corroborar esse entendimento, destaco:

De fato, o art. 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, estabeleceu que “os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. A redação transcrita do art. 85, § 2º corrigiu a incongruência que inquinava o art. 20, § 3º, do CPC/1973. Isso porque neste o legislador apenas estabelecia o critério objetivo de fixação dos honorários advocatícios entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, tal qual se todas as ações fossem condenatórias. Não fosse o suficiente, o art. 20, § 4º, do CPC/1973 ainda previa genericamente que nas ações em que não houvesse condenação, ao lado daquelas de valor inestimável, de pequeno valor ou quando a Fazenda Pública fosse vencida, caberia ao magistrado fixar equitativamente os honorários sucumbenciais. Tal artigo fazia verdadeira miscelânea, buscando tratar em um

único dispositivo legal, várias hipóteses totalmente diversas. Não havia motivo para se tratar de forma diferente, no que tange à fixação dos honorários sucumbenciais, as ações condenatórias das demais espécies (declaratórias, constitutivas, mandamental), tal como o art. 20, § 4º, do CPC/1973 fazia, imprimindo a ilusão de que a primeira fosse mais importante do que as demais, além de fornecer tratamento extremamente privilegiado à Fazenda Pública. Ademais, o Código de Processo Civil de 1973, ao ter estabelecido critérios objetivos na fixação dos honorários advocatícios nas ações condenatórias e ter delegado ao magistrado, consoante arbitramento equitativo, nas demais modalidades, ainda que houvesse nítido e cristalino proveito econômico à parte, representava clara ofensa à isonomia. A par dessas críticas, o art. 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil corrigiu o equívoco, prevenindo que os honorários serão fixados entre dez e vinte por cento do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Importante se atentar que o art. 85, § 2º traz uma escala de preferência, não cabendo ao magistrado delimitar ao seu talante, de forma arbitrária. Se houver condenação, os honorários serão arbitrados sobre tal valor. Se, de outro norte, não houver condenação, mas a parte obtiver determinado proveito econômico mensurável, os honorários serão fixados sobre

este. Somente se não houver condenação e não for diagnosticável, a princípio, proveito econômico, a verba advocatícia será calculada sobre o valor atualizado da causa. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 2; coordenador geral, Fredie Didier Jr. Honorários Advocáticos. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm. p. 978)

Nesse contexto, o § 8º do art. 85 — que autoriza a fixação por apreciação equitativa (juízo de equidade) — constitui hipótese excepcional, cuja aplicação fica condicionada aos seguintes fatores:

- 1) Ausência de condenação.
- 2) Proveito econômico irrisório ou inestimável.
- 3) Valor da causa muito baixo.

A existência de condenação impõe a aplicação da regra geral, prevista no § 2º do art. 85. Nesse contexto, não havendo condenação, torna-se imperiosa a análise dos critérios seguintes.

No que se refere a tais fatores — proveito econômico e valor da causa —, entendo que o § 8º deve ser interpretado em consonância com o § 2º (ambos do art. 85).

Assim, deve-se verificar, inicialmente, se é possível se aferir o proveito econômico. Em se tratando de proveito econômico irrisório ou inestimável, passa-se à verificação do valor da causa.

Em outras palavras, o legislador adotou o proveito econômico como critério preferencial e, “não sendo possível mensurá-lo”, impõe-se a verificação do

valor atualizado da causa. Verificado, no caso concreto, que o valor da causa é muito baixo, fica caracterizada a hipótese autorizativa da fixação dos honorários por meio de apreciação equitativa do juiz.

Impende ressaltar que a aplicação das regras previstas no art. 85, §§ 2º e 3º, não implica vilipêndio ao princípio da isonomia.

No regime atual, o art. 85, § 3º, do CPC/2015 cria regras próprias “nas causas em que a Fazenda Pública for parte”.

Entendo que a regra prevista no novo Código estabelece critério isonômico entre as partes. Tanto a Fazenda Pública quanto o particular estão sujeitos, rigorosamente, às mesmas regras.

Nesse contexto, quando vencedora a Fazenda Pública, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, a fixação dos honorários por “apreciação equitativa” irá beneficiar à parte vencedora.

Quanto ao prejuízo (custo dos honorários) decorrente da aplicação da regra prevista nos §§ 3º e 4º do art. 85, ele será imposto à parte sucumbente, independentemente de ser o particular ou a Fazenda Pública.

Assim, no meu entendimento, a regra em discussão é isonômica, podendo beneficiar ou prejudicar tanto a Fazenda Pública quanto o particular.

Recorde-se, neste ponto, que os membros da Advocacia Pública passaram a ser destinatários também desses honorários e tal alteração veio ao encontro exatamente da novel sistemática de fixação de honorários idealizada na legislação adjetiva de 2015 que trouxe isonomia às partes, inclusive neste particular aspecto.

Destaco, ainda, que a aplicação das regras previstas no art. 85, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC/2015, não implicará excesso de litigiosidade.

É exatamente o inverso que vislumbro ter trazido a norma sob malhete. O elevado “custo do processo” constitui fator inibitório de demandas judiciais a um só tempo em que impõe ao Estado maior rigor técnico e controle de seus atos administrativos a evitar demandas de grave impacto nas vidas, propriedades e paz social da coletividade.

Dito de outra forma: se um agente da autoridade lavrar um auto de infração ou inscrever em uma CDA valores bilionários e digitar um número errado do Cadastro de Identificação de Contribuinte, atingindo, ilegalmente, particular que jamais tisonou sua reputação com um único atraso no recolhimento de tributos e este sofrer as consequências nefandas de uma execução bilionária ilegal, tendo de recorrer a um advogado para ver seus bens desbloqueados e sustar todos os atos de vã execução,

deverá sim o Estado arcar com as consequências econômicas decorrentes do exercício da representação processual levada a cabo pelo profissional da advocacia, por mais simplória que se possa imputar a conduta adotada pelo profissional contratado. Do mesmo modo que se o particular por erro seu deixar de recolher devidamente valores bilionários para satisfação de suas obrigações tributárias até minutos antes em que se esgote a caracterização do instituto da denúncia espontânea, p.ex., ao Estado caberá receber os valores dos honorários nos mesmos patamares fixados pela lei de processual de regência.

Verdade se diga também que mais apropriado seria que do mesmo fundo ao qual são carreados hoje os honorários da advocacia pública fosse retirado o valor a satisfazer os honorários dos particulares nas demandas em que o Estado restar vencido. Mas esta é apenas mera sugestão cujos destinatários devem ser os representantes do povo e dos Estados.

Como já afirmei, também entendo que a regra é isonômica: inibe o ajuizamento de demandas temerárias tanto pelo particular quanto pela Fazenda Pública.

Dessarte, uma vez que o diploma processual civil, no art. 85 e em seus parágrafos, estabelece as balizas para aferição do valor dos honorários sucum-

benciais, não cabe a esta Corte Superior usurpar a função legislativa, criando novos critérios de fixação de honorários.

Nesse soar, impende salientar que interpretação diversa por este egrégio Sodalício, implica, em verdade, em dissonância com âmago legislativo, na medida em que, durante as discussões do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados, foi rejeitada a Emenda n.º 236/2011, que tratava de uma tentativa de alargamento do critério equitativo na fixação de honorários.

Para o deslinde da controvérsia, trago a seguir excerto do Relatório Final da Comissão Especial do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados, de Relatoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (fls. 360 a 362):

Em relação à Emenda 236/11, o regramento dos honorários advocatícios nas causas de que faz parte o Poder Público está exaustivamente regulado no projeto, que, inclusive, não estabelece distinção para os casos em que a Fazenda é vencida ou vencedora. Fica, pois, rejeitada.

A pretensão de resgate da “apreciação equitativa” como fórmula para a fixação de honorários também não ultrapassa a barreira formal já que a emenda mantém os cinco incisos do § 3.º do art. 87 do projeto, que são incompatíveis com a nova redação que se quer atribuir ao § 3.º. Além disso, no mé-

rito, não é adequada a reintrodução do critério vigente § 4.º do art. 20 do CPC/73, porque é no sistema atual – e seria no sistema projetado – fonte de tratamento desigual. É que, num mesmo processo, quando a Fazenda Pública fosse vencedora o critério de fixação é um (§ 2.º do art. 87 do projeto) e quando fosse vencida seria outro (§ 3.º do art. 87 na forma da emenda n.º 394). Não há razão para essa dicotomia. Além disso, o estabelecimento de bases objetivas, como propõe o projeto, é mais adequado do que regular o tema por cláusula geral, já que a prática vem demonstrando incontáveis casos de fixação irrisória, aviltante ao trabalho dos advogados, e outros tantos de fixação de valores estratosféricas, onerando a parte vencida, incluindo aí o Estado. Note-se que nas sentenças condenatórias, os honorários serão fixados em percentual sobre o valor da condenação. De outro lado, nas sentenças de natureza constitutiva e declaratória, os honorários serão fixados também em percentual, que incidirá sobre o proveito, o benefício ou a vantagem econômica obtidos. **Há, portanto, uma padronização na forma de fixação, substituindo o exclusivo senso de justo do magistrado por percentuais mínimos e máximos incidentes sobre o valor da questão em discussão.**

Do trecho acima, exsurge cristalino o intuito do Poder Legislativo de definir critérios obje-

vos na mensuração dos honorários sucumbenciais, se afastando do cenário existente ao tempo do Diploma Processual Civil revogado que, na prática forense, resultava em *“incontáveis casos de fixação irrisória, aviltante ao trabalho dos advogados, e outros tantos de fixação de valores estratosféricas, onerando a parte vencida, incluindo aí o Estado”*.

Assim sendo, fica claro que a estrita observância das premissas insculpidas no art. 85 do Código de Processo Civil acarreta, de fato, em respeito ao Princípio da isonomia entre as partes litigantes, bem como, em uma racionalização da prestação jurisdicional.

Por fim, em razão da relevância do precedente e dos fundamentos invocados, peço vênica para transcrever o seguinte excerto extraído do voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão no REsp 1.746.072/PR (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019):

3. Ademais, penso que não é o caso, com a *venia* devida, de se recorrer à proporcionalidade ou à razoabilidade para o deslinde da presente controvérsia. Inicialmente, importa consignar que não há identidade entre os instrumentos em questão, porquanto expressam construções jurídicas diversas, que possuem estrutura e origem histórica próprias.

(...)

Ademais, se por um lado existe norma jurídica expressa a regular a matéria (art. 85, 2º, do CPC/2015), por outro, não vislumbro, na hipótese, verdadeira colisão entre direitos fundamentais que possibilite a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. De fato, embora não se descure da importância que deve ser conferida aos princípios jurídicos, o seu manejo exige parcimônia, sob pena de degenerar-se em verdadeira “principiologia”, isto é, na proliferação de princípios em detrimento de parâmetros de segurança e de certeza jurídicas, que poderia em última instância constituir uma verdadeira discricionariedade judicial.

(...)

A interpretação, portanto, deve evitar ao máximo a incerteza normativa e a discricionariedade, máxime tendo em vista que “se por trás de toda regra, de todo princípio, de todo instituto ou de toda relação jurídica há sempre uma substância que os legitima e informa, qualquer estrutura pode ser relativizada em nome de uma interpretação que afirme apreender e realizar essa substância” (REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil -constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 11. ano 4. p. 213-238. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017).

A segurança jurídica, nesse contexto, não se obtém olvidando-se da existência de normas jurí-

dicas expressas e recorrendo-se a todo instante aos princípios nos processos de justificação das decisões judiciais, aumentando, como consequência, a complexidade dos processos jurídico-decisórios e diluindo a fronteira entre casos fáceis e casos verdadeiramente difíceis que, estes sim, demandam a articulação ampla de diversos aspectos do sistema jurídico. A propósito:

A necessidade de consideração constante de elementos constitucionais nos processos de justificação de decisões, apesar do apelo evidente a supostas vantagens relacionadas à busca pelas melhores soluções para cada caso, à afirmação frequente da superioridade e da centralidade da Constituição e à promoção da efetividade constitucional, conduz a uma teoria da tomada de decisão jurídica bastante problemática, ao conjugar (i) o aumento de variáveis no processo decisório, (ii) escaladas de justificação até os mais rarefeitos compromissos constitucionais e (iii) particularismo decisório, isto é, a visão de que decisões jurídicas devem ser tomadas levando sempre em consideração todas as propriedades relevantes do caso concreto e as normas a ele relacionadas. Uma vez implementados, esses três fatores aumentam a complexidade dos

processos jurídico-decisórios e contribuem para a diluição das fronteiras entre casos fáceis e difíceis, o que afeta drasticamente a possibilidade de controle das amplas margens de discricionariedade judicial exercidas na solução de problemas pontuais.

(LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional In _____. (Org.). *Direito Privado em Perspectiva: Teoria, Dogmática e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 98) [g.n.]

A segurança jurídica, com efeito, é valor que, longe de se encontrar superado pela ação do tempo, deve ser prestigiado, promovendo-se, dessa forma, a estabilidade das relações sociais.

Nesse sentido, manifesta-se o mestre alemão Jean Peter Schmidt:

Ao contrário, a segurança jurídica parece ser vista como algo ultrapassado ou “formalista”. Mas acho que é necessário manter, ou mesmo restaurar, um equilíbrio razoável. Primeiro, porque a segurança jurídica é um valor fundamental em qualquer ordenamento jurídico. Os cidadãos devem sentir que podem confiar no Direito e na estabilidade dos seus contratos. Segundo, porque muitas vezes a solução justa para o caso concreto não é algo evidente. Os juízes, bem como as pessoas em geral, tendem a formar rapidamente uma opinião

sobre o que seja “justo” ou “injusto” diante da situação concreta. Entretanto, muitas vezes o critério que conduz a esse juízo está longe de ser claro. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; RODAS, Sergio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. ano 2. p. 352. São Paulo: RT, out.-dez. 2015)

A doutrina clássica de hermenêutica de Carlos Maximiliano também recomenda a observância às regras claras contidas no texto legal, como se colhe da seguinte passagem:

j) A prescrição obrigatória acha-se contida na fórmula concreta. Se a letra não é contraditada por nenhum elemento exterior, não há motivo para hesitação: deve ser observada. A linguagem tem por objetivo despertar em terceiros pensamento semelhante ao daquele que fala; presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido. Por isso, em não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto. Embora seja verdadeira a máxima atribuída ao apóstolo São Paulo -a letra mata, o espírito vivifica -, **nem por isso é menos certo caber ao juiz afastar-se das expressões claras da lei, somente quando ficar evidenciado ser isso indis-**

pensável para atingir a verdade em sua plenitude. O abandono da fórmula explícita constitui um perigo para a certeza do Direito, a segurança jurídica; por isso é só justificável em face de mal maior, comprovado: o de uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto. As audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra.

(In: Hermenêutica e aplicação do direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 91)

4. No caso em tela, com a devida *venia*, penso que, se por um lado não há aqui a aplicação da equidade prevista no § 8º do art. 85 do CPC, por outro não há espaço – diante de norma jurídica expressa prevista no § 2º do mencionado dispositivo legal – para a aplicação dos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, devendo, ao revés, ser prestigiada a segurança jurídica, a coerência e a interpretação sistemática do novo Diploma processual.

A colenda Terceira Turma deste Superior Tribunal já se manifestou expressamente sobre a impossibilidade de fixação dos honorários por equidade, com base no parágrafo 8º do art. 85 do CPC, em detrimento da regra geral contida no parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal. (...)

5. Nesse contexto, tampouco seria o caso de se aplicar, por analogia, o regramento conti-

do no parágrafo 3º do art. 85 do CPC de 2015, porquanto expressamente dirigido às hipóteses em que a Fazenda Pública figura como parte, registrando a vênia devida. Sobre o tema, reporta-se ao escólio de Rosa Maria de Andrade Nery:

Para que haja aplicação da regra de analogia, é preciso que:- o caso seja absolutamente não previsto;

-deve haver pelo menos um elemento de identidade entre o caso previsto e o não previsto;

-a identidade entre os dois casos deve afetar o elemento em vista do qual o legislador formulou a regra que disciplina o caso previsto e que, portanto, não constitui *ratio*. Deduz-se daí que a analogia não pode ser aplicada por pura e simples discricionariedade do julgador, por acreditar que, por exemplo, que determinada norma que rege uma dada situação seria mais adequada a outro determinado caso que já está regulado.

(In: *Instituições de direito civil, volume I, tomo I*: teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 286)

Assim, a adoção da analogia supõe uma lacuna legislativa no ordenamento jurídico que precisa ser suprida pelo juiz, circunstância que não se observa na espécie, diante do regramento geral contido no parágrafo 2º do art. 85 do Codex processual, bem como não se está diante de um caso “absoluta-

mente não previsto”. Forçoso, pois, concluir pela impossibilidade de se aplicar a analogia no caso em comento. (...)

8. Por outro lado, quanto ao argumento de que a utilização da equidade prevista no parágrafo 8º do art. 85 do CPC merece interpretação extensiva, de modo a também alcançar as causas de valor muito elevado, com a devida venia, não vislumbro essa possibilidade. Isso porque a única ressalva contida no art. 85 para a fixação de honorários advocatícios em causas de valor elevado está restrita às demandas em que é imposta condenação à Fazenda Pública, cujo regramento está inserto nos parágrafos 3º, 4º e 5º do citado dispositivo legal.

Nesse passo, o professor JORGE AMAURY MAIA NUNES, em judicioso parecer elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, datado de 4 de setembro de 2018, também conclui pela impossibilidade de se aplicar interpretação extensiva ao parágrafo 8º do art. 85 do CPC, para admitir a fixação por equidade nas causas de elevado valor, ressaltando que o texto legal é suficientemente pleno para explicitar, com absoluta intensidade, a temática relativa aos honorários advocatícios de sucumbência. É o que se depreende do seguinte trecho do parecer do mencionado jurisconsulto:

72. A interpretação extensiva supõe que o legislador haja dito menos do que pre-

tendeu. Em outras palavras, o intérprete há de, dentro do escopo de possibilidades, entender a norma jurídica com largueza, sem modificar-lhe, entretanto, o sentido. Deveras, a interpretação extensiva há de ter sempre em consideração o texto da norma. Afinal, como adverte RUMPF, “as audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra.

73. O Já citado Alf Ross chega a idêntica conclusão, ainda que caminhando por outra estrada.” [Apud, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 17ª. edição, p. 111.]

À primeira vista, pode parecer que a interpretação extensiva é análoga à restritiva. Isso, porém, não é bem assim. A interpretação restritiva, por vezes, se impõe por si como a mais conveniente, como é o caso das normas excepcionais. Com a extensiva isso não sucede, pois aí uma valoração, pelo intérprete, das situações é mais ostensiva e radical. De certo modo, a doutrina percebe que, nesses casos, o intérprete *altera* a norma, contra o pressuposto de que a interpretação deve ser fiel -o mais possível -ao estabelecido na mensagem normativa. Esse reconhecimento cria dificuldades de justificação, e a *própria dogmática costuma impor limitações ao uso da*

interpretação extensiva...

Em consequência, para que seja admitida nesses casos, o intérprete deve demonstrar que a extensão do sentido está contida no espírito da lei.

Na interpretação extensiva, inclui-se no conteúdo da norma um sentido que já estava lá. (o *italico* foi acrescentado)

74. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO [COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica*. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147], forte no magistério de GADAMER, põe a nu a atividade voluntarista do intérprete e a forma de sua correção, ao afirmar que cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo, nestes termos:

Quem deseja compreender não pode entregar-se, logo de início, à causalidade de suas opiniões prévias e ignorar o mais obstinadamente possível a *opinião do texto*, até que este, finalmente... já não possa ser ouvido e perca a sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa de si, até porque cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo. Uma consciência formada *hermeneuticamente* tem que se mostrar receptiva, desde o começo, à *alteridade* do texto, sem que isso signifique

neutralidade ou autodes-truição diante dele; uma verdadeira compreensão exige confronto/interação entre as verdades do intérprete e as verdades do texto.

75. Seria necessário, insistasse, um diálogo com o texto que demonstrasse um mínimo de possibilidade de incidência da interpretação extensiva, ou seja, que o fragmento legal *minus dixit quam voluit* -disse menos do que pretendeu exprimir.

76. Ora, o artigo legal sob exame é pleno, cheio. Ao caput seguem-se nada menos do que dezenove parágrafos [todos com a função de explicitar o texto principal, e nenhum com a intenção de excepcioná-lo. Têm, por isso, igual grau de valor e de aplicação, cada um no seu âmbito de vigência pessoal e material], divididos em uma plethora de incisos, a regular, com absoluta intensidade a temática dos honorários, justamente porque a memória da sociedade acadêmica sobre os desvios na aplicação do art. 20 do revogado Código de Processo ainda é bastante acesa. Não foi por acaso, esse zelo do legislador.

77. Não se vê como, no caso concreto, possa o aplicador da lei ir além daquilo imposto pela legislação de regência sob o color da fazer interpretação extensiva, absolutamente descabida.

78. *In casu*, o legislador afirmou:

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

79. Pois bem. De forma desautorizada por todo e qualquer cânon hermenêutico, de onde se lê *valor ínfimo* (*rectius*, irrisório, conforme diz o texto do parágrafo) quer-se extrair que “merece interpretação extensiva também para valor muito alto.”

80. Ora, seja ínfimo (do Latim *infimus*, que quer dizer o mais baixo), seja irrisório (do Latim *irrisoris*, de *in + ridere*), que significa coisa de pouca monta, de pouco valor, cômica, ridícula ao ponto de provocar a zombaria e o escárnio), em nenhum dos casos cabe falar em interpretação extensiva. Essa existe, como visto, quando, para ajustar o texto à compreensão que se tem da lei, troca-se a espécie pelo gênero, ou por similar, por exemplo. Trocar, em certo caso concreto, réu por indiciado, ou trocar juiz por jurado.

81. Jamais, porém trocar um termo por outro que lhe está em direta oposição: irrisório por vultoso. Isso, no limite do discurso, é, com as vênias de sempre, usurpação de função legislativa. Isso é criar lei nova, com fundamentos novos, com regên-

cia nova e com motivação nova, nada, enfim, ajustado ao conceito que se tem e se deve ter do que seja interpretação extensiva.

(destaquei)

Ademais, o parágrafo 8º do art. 85 do CPC trata da fixação dos honorários advocatícios por apreciação equitativa, nos seguintes termos:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, **não sendo possível mensurá-lo**, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

[...]

§ 8º Nas causas em que for **inestimável ou irrisório o proveito econômico** ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Os termos empregados no citado parágrafo 8º - "inestimável" e "irrisório" -segundo penso, não dão margem para que o in-

térprete, a pretexto de utilizar interpretação extensiva, possa validamente extrair o sentido de "muito alto" ou "exorbitante". Nesse caso, é, com o devido respeito, ao invés de interpretar, legislar em nome do legislador, pois este fez uma opção e a expressou no texto legal.

O adjetivo "**irrisório**" é definido no Dicionário Houaiss como "**1**-em que há irrisão; **2**-que é dito ou feito com intenção de provocar irrisão; risível, cômico, ridículo; **3**-pequeno demais ou demasiado insignificante para ser levado em consideração" (In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1653). Destarte, a meu juízo ressoa evidente que esse termo, utilizado no parágrafo 8º do art. 85 do CPC, não pode ter seu significado totalmente invertido, sob pena de usurpação da competência atribuída ao legislador. Quanto ao adjetivo "**inestimável**" -também utilizado no Código de Processo Civil de 1973 (art. 20, § 4º) i- tampouco entendendo possível que o termo possa se referir a algum bem da vida de valor elevado. LEIB SOIBELMAN, em obra clássica, define de modo singelo que *inestimável* significa "ação que não tem valor patrimonial" (In: *Dicionário geral de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 315). Sobre o vocábulo "inestimável", OTHON SIDOU anota: "Diz-se da coisa ou direito que não pode ser avaliado economicamente". (In: *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 451). YUSSEF SAID CAHALI, ao comentar o termo “inestimável” contido no parágrafo 4º do CPC de 1973, calçando no escólio de Giuseppe Chiovenda, também assinala que se refere às ações sem conteúdo econômico, exemplificando as ações relativas ao estado civil e à capacidade jurídica das pessoas. Confira-se:

São as ações de valor indeterminável, aquelas que não encerram um conteúdo econômico, não se traduzem em dinheiro, apontando as geralmente a doutrina como sendo as causas relativas ao estado civil e à capacidade jurídica das pessoas, como ação de filiação, ação de separação judicial ou de divórcio, ação de interdição, ação de tutela, ação de nulidade ou anulação de casamento, ação sobre dano moral. [Nota: Chiovenda: “A qualidade hereditária não é um estado; todavia, é também de valor indeterminável, quando constitui objeto principal e *por si própria* do processo; pois, neste caso, não está em causa o direito a determinado patrimônio somente, mas o complexo dos direitos correspondentes ao herdeiro, compreendidos os direitos de conteúdo ideal e não economicamente avaliáveis” (*Instituições*, II, n. 185, p. 176).] (In: *Honorários advocatícios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997, p. 480)

Por essa razão, forçoso concluir pelo não cabimento de interpretação extensiva das regras contidas nos parágrafos 3º, 5º e 8º do art. 85

do CPC, sob pena verdadeira usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, sendo certo, ademais, que os termos “inestimável” e “irrisório” não dão margem para que o intérprete validamente extraia o sentido de “muito alto” ou “exorbitante”.

Quanto às teses jurídicas firmadas, acompanho o Ministro Relator, *in verbis*:

i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC -a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

Feitas essas considerações, passo à análise do caso concreto.

A ora recorrida foi vitoriosa em ação ordinária cuja pretensão é o afastamento de excesso decorrente de acréscimos financeiros exigidos em parcelamento de débitos de ICMS, sendo esse excesso correspondente a R\$ 3.548.716,20.

Não merece reparo o entendimento do Tribunal de origem no sentido de que, *“com o advento do novel estatuto processual civil, não mais se perquire da aplicação da regra de apreciação equitativa quando a Fazenda Pública for vencida (art. 20, § 4.º, do revogado Código), mas apenas nos casos em que, independentemente da condição da parte, for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8.º). Tal disposição se mostra inaplicável à espécie, eis que o proveito econômico vinculado à causa não se mostra irrisório”*.

Conforme supra explicitado, no caso concreto é manifesto o proveito econômico obtido e não se verifica nenhuma das hipóteses do § 8º do art. 85 do CPC/2015. Por tais razões, impõe-se a aplicação das regras previstas nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015, como bem entendeu o Tribunal de origem.

Diante do exposto, acompanho o Ministro Relator para negar provimento ao recurso especial. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. A controvérsia está em determinar se é possível a fixação

dos honorários advocatícios com base no princípio da razoabilidade ou por equidade, à luz das disposições contidas no artigo 85 do novo Código de Processo Civil, notadamente quando a causa envolver valores elevados.

Nesse passo, o *caput* do aludido dispositivo enuncia, de modo singelo, que “[a] sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, exurgindo, desse ato processual, o dever de a parte vencida pagar honorários de sucumbência ao advogado da parte vencedora.

Consoante disposto no artigo 11, inciso III, alínea “c”, da Lei Complementar 95/1998 — que trata da elaboração, da redação, da alteração e da consolidação das leis —, a inserção de parágrafos dentro da unidade básica de articulação do texto normativo visa a “obtenção de ordem lógica”, assegurando-se ao legislador expressar “os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida”.

Sobre o tema, a doutrina comenta que as proposições contidas nos parágrafos estão vinculadas à ideia contida no *caput* do artigo. Confirmam-se:

Os parágrafos, simbolizados pelo sinal § (que representa duas vezes a letra s - *signum sectionis*) servem para seccionar, dividir, de maneira ordenada e imediata a exposição da ideia contida no artigo. Quan-

do o artigo contiver parágrafo, diz-se que o conteúdo principal do artigo é o *caput* (cabeça) deste. (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado*. Volume I, tomo I. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 229)

Nos atos do ordenamento jurídico brasileiro, o parágrafo é reservado para as prescrições que visem ampliar ou restringir o disposto no caput do artigo, pelo que pertence sempre a este, jamais a inciso, alínea ou item, embora possa fazer remissão a qualquer desses dispositivos. (FREIRE, Natália de Miranda. *Técnica e processo legislativo: comentários à Lei Complementar n. 95/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 168-169 – g.n.)

Desse modo, a par da função dos parágrafos inseridos em algum artigo do texto normativo — que é conferir aspectos complementares e indicar exceções ao comando contido no respectivo *caput* — e não sendo o caso de antinomia entre as proposições que enunciam, não há razão para se considerar que a disposição contida em um parágrafo deva se sobrepor à de outro pela simples localização topográfica deles dentro do artigo.

Assim, ao se analisarem os 19 parágrafos insertos no artigo 85 do CPC, observa-se que, salvo o § 7º — que fixa regra de exceção ao arbitramento de honorários de sucumbência —, o legislador traçou aspectos complementares ao dever do vencido de pagar honorários ao advoga-

do do vencedor, estabelecido no *caput*, os quais devem ser igualmente levados em consideração pelo magistrado, mercê de cada um tratar de aspecto distinto em relação aos honorários advocatícios de sucumbência, não havendo entre eles nenhuma antinomia.

2. Nessa linha de inteligência, infere-se que os §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do artigo 85 do CPC de 2015 evidentemente enunciam a **regra geral** — que deve prevalecer na sentença que fixa o dever do vencido de pagar honorários ao advogado do vencedor — **e aquela a ser adotada nas causas em que a Fazenda for parte:**

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabeleci-

dos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito**econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;**

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

[...]

Como cediço, no Código de Processo Civil de 1973, o espectro legal era mais amplo para se fixarem os honorários de sucumbência por equidade, onde se permitia a adoção do critério equitativo pelo juiz “[n]as causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não [...]” (artigo 20, § 4º).

O Código de Processo Civil de 2015, no entanto, restringiu a possibilidade de se adotar o critério da equidade na fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, o qual passou a ser admitido tão somente “[n]as causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo [...]” (artigo 85, § 8º).

O novel *Codex* processual também estabeleceu que os limites e critérios delineados nos §§ 2º e 3º aplicam-se “independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mé-

rito” (artigo 85, § 6º), afastando, assim, a regra da equidade também nessas hipóteses.

Na verdade, o *mens legis* que norteou o Parlamento na adoção desse novo critério pode ser extraído do seguinte trecho do relatório apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira — relator-geral do CPC na Câmara dos Deputados —, em que destaca o objetivo de se afastar tratamento desigual às partes:

No art. 87, o acréscimo do § 3.º [correspondente ao art. 85, § 2º, do texto sancionado do CPC] tem por objetivo evitar interpretação do § 2.º que propicie tratamento desigual às partes, ao adotar como critério de discriminação o resultado do julgamento e a natureza da tutela jurisdicional que venha a ser prestada. Não há sentido em se arbitrar diferentes valores a título de honorários na sentença que condena o réu e naquela que rejeita a demanda do autor. O trabalho desenvolvido por cada advogado e o benefício econômico proporcionado ao cliente é o mesmo. [Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Relatório do Relator-Geral, Deputado Federal Paulo Teixeira, p. 209.]

A par desse novo modelo para fixação do dever de o ven-

cido pagar ao advogado do vencedor os honorários de sucumbência, verifica-se uma verdadeira ordem de gradação contida nos §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do artigo 85 do CPC de 2015, e que, segundo penso, deve ser observada para a fixação da base de cálculo dos honorários: (1º) o valor da condenação; (2º) o proveito econômico *obtido* (e não o *pretendido*); ou (3º) o valor atualizado da causa (em não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido). Assim, **somente se avança para a base de cálculo seguinte se a hipótese *sub judice* não se enquadrar na anterior.**

Defendendo essa gradação, colaciona-se trecho de doutrina ao tratar do § 2º do artigo 85 do CPC de 2015:

Segundo o art. 85, § 2º, os honorários devem ser “fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”, atendidos os critérios previstos nos incs. I a IV do mesmo § 2º, que reproduzem o que dispunham as alíneas a a c do art. 20, § 3º, do CPC/1973. Ademais, o § 6º do art. 85 prescreve que tais limites se aplicam “independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito”. Como se vê, não há

mais distinção de base de cálculo e de limites percentuais entre as decisões condenatórias, declaratórias e constitutivas. Não importa a natureza da decisão, os parâmetros de fixação da verba honorária são os mesmos. **O art. 85, § 2º, elege três bases de cálculo distintas: os valores da condenação, do proveito econômico e da causa, a serem observados nessa ordem. Assim, os honorários devem ser fixados com base no valor da condenação; não a havendo, utiliza-se o proveito econômico; em última instância, recorre-se ao valor da causa. É o que se extrai do art. 85, § 4º, III, do CPC/2015.** (ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto B. de. *Honorários de sucumbência e direito intertemporal*: entre o CPC/1973 e o CPC/2015. Revista de Processo. vol. 265. ano 42. p. 348. São Paulo: Ed. RT, mar. 2017.)

O mesmo raciocínio pode ser obtido do seguinte excerto de Daniel Amorim Assumpção Neves:

A primeira novidade fica por conta do proveito econômico como parâmetro para a fixação dos honorários dentro dos percentuais previstos em lei quando não houver condenação no caso concreto. Pode-se imaginar nesse caso tanto as decisões meramente declaratórias com as constitutivas que tenham gerado vantagem econômica para o vencedor, bem como a sentença de improcedência em ações condenatórias, quando o proveito econômico será ter evitado a condenação no valor pretendi-

do pelo autor. **A segunda novidade é a regulamentação da fixação dos honorários quando não há condenação ou proveito econômico obtido, hipótese em que a fixação tomará por base o valor da causa.** (In: *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 138)

Essa gradação se mostra apropriada em diversas situações.

Imagine-se que os embargos do devedor opostos numa execução de título extrajudicial no valor de R\$ 100 mil, em que se alegou excesso de execução, foram acolhidos para deduzir do montante executado R\$ 15 mil. Acaso se utilizasse o 3º critério indicado no § 2º do artigo 85 do CPC/2015 — valor da causa —, os honorários advocatícios de sucumbência teriam o mesmo valor, tanto na hipótese de redução do *quantum* executado como na de extinção da execução — R\$ 10 mil (em se adotando o percentual mínimo de 10%) —, o que evidentemente não refletiria a real sucumbência suportada pelo exequente, tampouco o êxito obtido por parte do embargante/executado.

Assim, partindo-se gradativamente dos critérios contidos no § 2º do artigo 85 do CPC de 2015, não seria o caso de se utilizar o “valor da condenação”, porquanto ainda subsistiria a obrigação do devedor executado; todavia, denota-se a presen-

ça de “proveito econômico obtido” pelo devedor em face do credor ante a redução da dívida, de modo que a quantia deduzida da execução — R\$ 15 mil — constituiria a base de cálculo dos honorários de sucumbência — R\$ 1.500,00 (em se adotando o percentual mínimo de 10%).

Uma outra situação ilustrativa seria uma ação de reparação por danos morais, na qual o autor postulasse como indenização a quantia de R\$ 200.000,00. Diante das peculiaridades do caso concreto, imagine que o juiz julgue procedente o pedido e condene o réu ao pagamento de indenização no valor de R\$ 15.000,00. Como se sabe, não há sucumbência do autor ante a condenação em quantia aquém do postulado, consoante o entendimento cristalizado na Súmula 326/STJ. Em tal hipótese, acaso se adotasse como base de cálculo o “valor da causa”, os honorários advocatícios, mesmo no percentual mínimo (10%), superariam o próprio valor da condenação (R\$ 20.000,00), mesmo não se estando diante de causa de pequeno valor.

Esses são apenas alguns exemplos que corroboram a necessidade de se observar a gradação da base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência contida nos §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do artigo 85 do CPC de 2015.

Além disso, na vigência do novo CPC, **a Quarta Turma já assentou que deve ser utilizado o valor do proveito econômico obtido pela parte como base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência.** Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CLÁUSULA PENAL. PREQUESTIONAMENTO COMPROVADO. DECISÃO RECONSIDERADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CARÁTER IRRISÓRIO DO VALOR ARBITRADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MAJORAÇÃO. 10% DO PROVEITO ECONÔMICO. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Somente é admissível o exame do montante fixado a título de honorários advocatícios, em sede de recurso especial, quando for verificada a exorbitância ou a natureza irrisória da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. Na caso concreto, tomando como base o valor da dívida no montante de R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais), e os honorários advocatícios arbitrados nas instâncias ordinárias no montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), revelam-se irrisórios e desproporcionais, tendo sido majorados para R\$ 545.000,00, o que corresponde a 10% sobre o proveito econômico obtido com a demanda, já que a dívida foi reduzida para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

3. Agravo interno a que se dá provimento a fim de conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, de modo a majorar os honorários advocatícios, fixando-os em R\$ 545.000,00 (quinhentos e quarenta e cinco mil reais), corrigidos monetariamente a partir do ajuizamento da ação. (AgInt no AREsp 1190992/MS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 15/05/2018)

3. Ademais, penso que não é o caso, com a vênia devida, de se recorrer à proporcionalidade ou à razoabilidade para o deslinde da presente controvérsia.

Inicialmente, importa consignar que não há identidade entre os instrumentos em questão, porquanto expressam construções jurídicas diversas, que possuem estrutura e origem histórica próprias.

Sobre o tema, o escólio de Virgílio Afonso da Silva:

Aquele que se propõe analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica.

[...]

Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são

mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.

[...]

A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura.

[...]

É comum, em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na Magna Carta de 1215. Este documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto, também da proporcionalidade. Essa identificação histórica é, por diversas razões, equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos -razoabilidade e proporcionalidade -não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215. Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento. Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. E a origem con-

creta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”.

Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis. A não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do Human Rights Act de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra. Atualmente, discute-se qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar ao lado do princípio da irrazoabilidade ou, até mesmo, se aquela deverá substituir este. Se ambos fossem sinônimos, essa discussão seria impensável. Por fim, **não é difícil perceber que um ato considerado desproporcional não será, necessariamente,**

te, considerado irrazoável, pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou na decisão *Wednesbury*, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo. Há decisões na Corte Européia de Direitos Humanos expressamente nesse sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade. [...]

A regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como freqüentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação [...]. (SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. v. 798, São Paulo: RT, 2002, pp. 27-31, g.n.)

Outrossim, se por um lado existem normas jurídicas expressas sobre a matéria (artigo 85, §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do CPC/2015), por outro, não vislumbro, na hipótese, verdadeira colisão entre direitos fundamentais que possibilite a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

De fato, embora não se descure da importância que deve ser conferida aos princípios jurídicos, o seu manejo exige parcimônia, sob pena de degenerar-se em verdadeira “principlatria”, isto é, na proliferação de princípios em detrimento de

parâmetros de segurança e de certeza jurídicas, o que poderia em última instância constituir uma verdadeira discricionariedade judicial.

A propósito, menciona-se balizada doutrina:

No Brasil, a teoria argumentativa de Robert Alexy é que mais empolgou a dogmática nos últimos quinze anos. O apelo à ponderação e ao sopesamento tornou-se frequente, inclusive na solução de casos de Direito Civil. A dignidade da pessoa humana tornou-se a chave para “ponderar” ou “sopesar” direitos fundamentais e seus princípios respectivos. É um jogo perigosamente simplificado que envolve desde a desconsideração das pautas axiológicas do legislador em prol da ponderação a ser feita pelo juiz, até o sincretismo metodológico, colocando-se em uma mesma frase Robert Alexy e Ronald Dworkin, a despeito da incompatibilidade de seus modelos teóricos.

[...]

Há ainda o problema da “principiolatria” e a proliferação de princípios, como tem denunciado Lenio Luiz Streck como o fenômeno do “panprincipiologismo”, de molde a facilitar o abandono de certos parâmetros de segurança e de certeza jurídica por uma discricionariedade judicial abusiva. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de “civil law” em face do neoconstitucionalismo e dos*

princípios. O Direito, n. 143, II, 2011, p. 60-61)

A interpretação, portanto, deve evitar ao máximo a incerteza normativa e a discricionariedade, máxime tendo em vista que, “se por trás de toda regra, de todo princípio, de todo instituto ou de toda relação jurídica há sempre uma substância que os legitima e informa, qualquer estrutura pode ser relativizada em nome de uma interpretação que afirme apreender e realizar essa substância” (REIS, Thiago. *Dogmática e incerteza normativa*: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil – constitucional. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 11. ano 4. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017, pp. 213-238).

A segurança jurídica, nesse contexto, não se obtém olvidando-se da existência de normas jurídicas expressas e recorrendo-se, a todo instante, aos princípios nos processos de justificação das decisões judiciais, aumentando, como consequência, a complexidade dos processos jurídico-decisórios e diluindo a fronteira entre casos fáceis e casos verdadeiramente difíceis que, estes sim, demandam a articulação ampla de diversos aspectos do sistema jurídico.

A propósito:

A necessidade de consideração constante de elementos constitucionais nos processos de justificação de decisões, apesar do apelo evidente a supostas vantagens

relacionadas à busca pelas melhores soluções para cada caso, à afirmação frequente da superioridade e da centralidade da Constituição e à promoção da efetividade constitucional, conduz a uma teoria da tomada de decisão jurídica bastante problemática, ao conjugar (i) o aumento de variáveis no processo decisório, (ii) escaladas de justificação até os mais rarefeitos compromissos constitucionais e (iii) particularismo decisório, isto é, a visão de que decisões jurídicas devem ser tomadas levando sempre em consideração todas as propriedades relevantes do caso concreto e as normas a ele relacionadas. Uma vez implementados, esses três fatores aumentam a complexidade dos processos jurídico-decisórios e contribuem para a diluição das fronteiras entre casos fáceis e difíceis, o que afeta drasticamente a possibilidade de controle das amplas margens de discricionariedade judicial exercidas na solução de problemas pontuais. (LEAL, Fernando. *Seis objeções ao Direito Civil Constitucional* In: *Direito Privado em Perspectiva: Teoria, Dogmática e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 98, g.n.)

A segurança jurídica, com efeito, é valor que, longe de se encontrar superado pela ação do tempo, deve ser prestigiado, promovendo-se, dessa forma, a estabilidade das relações sociais.

Nesse sentido, manifesta-se o mestre alemão Jan Peter Schmidt:

Ao contrário, a segurança jurídica parece ser vista como algo ultrapassado ou “formalista”. Mas acho que é necessário manter, ou mesmo restaurar, um equilíbrio razoável. Primeiro, porque a segurança jurídica é um valor fundamental em qualquer ordenamento jurídico. Os cidadãos devem sentir que podem confiar no Direito e na estabilidade dos seus contratos. Segundo, porque muitas vezes a solução justa para o caso concreto não é algo evidente. Os juízes, bem como as pessoas em geral, tendem a formar rapidamente uma opinião sobre o que seja “justo” ou “injusto” diante da situação concreta. Entretanto, muitas vezes o critério que conduz a esse juízo está longe de ser claro. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; RODAS, Sergio. *Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 5. ano 2. p. 352. São Paulo: RT, out.-dez. 2015, p. 352)

A doutrina clássica de hermenêutica de Carlos Maximiliano também recomenda a observância às regras claras contidas no texto legal, como se colhe da seguinte passagem:

j) A prescrição obrigatória acha-se contida na fórmula concreta. Se a letra não é contraditada por nenhum elemento exterior, não há motivo para hesitação: deve ser observada. A linguagem tem por objetivo des-

pertar em terceiros pensamento semelhante ao daquele que fala; presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem-compreendido e fielmente obedecido. Por isso, em não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto. Embora seja verdadeira a máxima atribuída ao apóstolo São Paulo - a letra mata, o espírito vivifica -, **nem por isso é menos certo caber ao juiz afastar-se das expressões claras da lei, somente quando ficar evidenciado ser isso indispensável para atingir a verdade em sua plenitude. O abandono da fórmula explícita constitui um perigo para a certeza do Direito, a segurança jurídica; por isso é só justificável em face de mal maior, comprovado: o de uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto. As audácias do hermenêuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra.** (In: *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 91)

4. No caso em tela, com a vida vênua, penso que, se por um lado não há aqui a aplicação da equidade prevista no § 8º do artigo 85 do CPC, por outro não há espaço — diante de normas jurídicas expressas previstas nos §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do mencionado dispositivo legal — para a aplicação dos

princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, devendo, ao revés, ser prestigiada a segurança jurídica, a coerência e a interpretação sistemática do novo Diploma processual.

A Segunda Seção já se manifestou pela impossibilidade de fixação dos honorários por equidade, com base no § 8º do artigo 85 do CPC, em detrimento da regra geral contida no § 2º do mesmo dispositivo legal. É o que se depreende do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUITADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATORIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil -CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não

houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas:

(b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido. (**REsp 1.746.072/PR**, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, julgado em 13.2.2019, DJe 29.3.2019)

5. Não se argumente, ademais, que a fixação de honorários advocatícios no patamar de 10% a 20% — ou nos percentuais delineados para as causas em que a Fazenda Pública for parte — poderia inibir a atuação das partes em juízo, porquanto é importante considerar que o novel Código de Proces-

so Civil estimula a solução consensual de conflitos, por meio da conciliação e da mediação, como se vê no § 3º do seu artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Na verdade, antes de inibir a atuação em juízo, penso que a fixação posterior da verba honorária terá o sentido de estimular essas formas consensuais de solução do litígio.

De fato, a conciliação e a mediação judicial são disciplinadas nos artigos 165 a 181 do CPC, merecendo destaque, outrossim, a Lei 13.140/2015, que trata da “mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares” e da “autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (artigo 1º).

Consoante deliberado pela Quarta Turma por ocasião do julgamento do **Recurso Especial 1.465.535/SP**, em razão de o direito aos honorários surgir com a prolação da sentença, o Superior Tribunal de Justiça firmou tese no sentido de que, antes de haver pronunciamento judicial, entende-se inexistir prejuízo ao causídico, que possuía mera expectativa de direito

de receber a verba sucumbencial.

Nessa linha, a Turma seguiu o magistério de Giuseppe Chiovenda, cujo entendimento propugna que o direito aos honorários nasce com a decisão do juiz, condenando a parte sucumbente a pagá-los. Tal direito dependeria da sucumbência, *a fortiori* porque o trabalho desempenhado pelo advogado, no decorrer do processo, não originaria um direito, mas sim uma situação jurídica apta a formar, futuramente, um direito. Dessa forma, **a sentença não reconheceria ao causídico direito preexistente, e sim direito que surge com a decisão judicial** (CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*. 2ª ed. Roma: Foro, 1935, p. 177; e *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 74).

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO. TRANSAÇÃO. DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS. CONSEQUÊNCIAS COM RELAÇÃO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. TRANSAÇÃO CELEBRADA APÓS A

RÉPLICA. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL FIZENDO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. NÃO INFRINGÊNCIA. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA Nº 13/STJ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

[...]

3. O reconhecimento jurídico do pedido é ato unilateral pelo qual o demandado adere integralmente à pretensão do autor, sendo devidos honorários pela parte que reconheceu, tendo em vista o princípio da causalidade.

4. A transação é negócio jurídico bilateral, realizado entre as partes, caracterizada por concessões mútuas a fim de pôr fim ao litígio e, se realizada sem a participação do advogado, não pode prejudicar a verba honorária fixada a seu favor em sentença judicial.

5. Não fere o direito autônomo do advogado aos honorários de sucumbência o acordo celebrado entre as partes, após a réplica, sem que haja nenhum pronunciamento judicial fixando verba honorária.

6. Rever as conclusões do Tribunal de origem -para entender que houve reconhecimento jurídico do pedido em vez de transação - demandaria, além do reexame de todo o acervo documental carreado aos autos de processo distinto, a interpretação das cláusulas contratuais do instrumento de transação, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas nº 5 e nº 7/STJ.

[...]

9. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 1.133.638/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 20/08/2013)

A isso se some a reforma da Lei de Arbitragem, promovida pela Lei 13.129/2015, aprimorando o instituto e ampliando seu âmbito de aplicação, prevenido de forma expressa sua utilização inclusive para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis que envolvam a administração pública direta e indireta.

Desse modo, percebe-se um esforço concentrado do legislador em estimular e inserir no cotidiano da sociedade o uso de outras soluções compositivas de conflitos — tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial — para solucionar e prevenir litígios, o que carrega perspectiva de racionalidade para a jurisdição estatal, hoje assoberbada com o decantado volume de processos.

7. Por seu turno, o novo Código de Processo Civil, a fim de promover a solução consensual e desencorajar a recalcitrância das partes no processo judicial, disciplina a dispensa de pagamento de custas remanescentes em caso de transação ocorrida antes da sentença, assim também de redução dos honorários advocatícios pela metade, se o réu reconhecer a procedência do pedido e cumprir integralmente a prestação. É o que se

depreende do artigo 90, § 4º, *litteris*:

Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu. § 1º Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu. § 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente. § 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.

§ 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.

Em se tratando de execução por quantia certa, o artigo 827 do CPC também estabelece que os honorários advocatícios serão reduzidos pela metade quando o devedor efetuar o pagamento em até 3 dias. Confira-se:

Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado. § 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, **o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.**

O estímulo à utilização da conciliação e da mediação — judicial e extrajudicial — como meios consensuais de solução de litígios, a ampliação do uso da arbitragem e a regra geral de fixação dos honorários advocatícios entre 10% e 20% (§ 2º do artigo 85 do CPC) e entre 1% e 20% nas causas em que a Fazenda Pública for parte (§ 3º do mesmo dispositivo) indicam, segundo entendo, que as partes devem ponderar sobre os riscos e os custos envolvidos na propositura de uma demanda judicial, evitando-se, assim, o ajuizamento de lides temerárias e o exercício de pretensões infundadas.

Isso não significa, por óbvio — e sempre observada a máxima vênica —, vedação ao exercício do direito fundamental de “acesso à Justiça”, muito ao contrário.

É de se concluir, assim, que as regras de fixação de honorários advocatícios contidas nos §§ 2º e 3º do artigo 85 do CPC não constituem um desestímulo à transação — possível — entre as partes, tampouco entrave ao acesso à Justiça, mas sim importante disposição legal que carrega racionalidade aos litigantes, sobretudo para inibir a propositura de demandas temerárias na jurisdição estatal.

8. Contudo, quanto ao argumento de que a utilização da equidade prevista no § 8º do artigo 85 do CPC merece inter-

pretação extensiva, de modo a também alcançar as causas de valor muito elevado, com a devida vênia, não vislumbro essa possibilidade.

Isso porque **a única ressalva contida no artigo 85 para a fixação de honorários advocatícios em causas de valor elevado está restrita às demandas em que é imposta condenação à Fazenda Pública, cujo regramento está inserto nos §§ 3º, 4º e 5º do citado dispositivo legal.**

Nesse passo, o professor Jorge Amaury Maia Nunes, em judicioso parecer elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, datado de 4 de setembro de 2018, também conclui pela impossibilidade de se aplicar interpretação extensiva ao § 8º do artigo 85 do CPC, para admitir a fixação por equidade nas causas de elevado valor, ressaltando que o texto legal é suficientemente pleno para explicitar, com absoluta intensidade, a temática relativa aos honorários advocatícios de sucumbência. É o que se depreende do seguinte trecho do parecer do mencionado juriconsulto:

72. A interpretação extensiva supõe que o legislador haja dito menos do que pretendeu. Em outras palavras, o intérprete há de, dentro do escopo de possibilidades, entender a norma jurídica com largueza, sem modificar-lhe, entretanto, o sentido. Deveras, a interpretação extensiva há de ter sempre em consi-

deração o texto da norma. Afinal, como adverte RUMPF, “as audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra..

73. O Já citado Alf Ross chega a idêntica conclusão, ainda que caminhando por outra estrada.” [Apud, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 17ª. edição, p. 111.]

À primeira vista, pode parecer que a interpretação extensiva é análoga à restritiva. Isso, porém, não é bem assim. A interpretação restritiva, por vezes, se impõe por si como a mais conveniente, como é o caso das normas excepcionais. Com a extensiva isso não sucede, pois aí uma valoração, pelo intérprete, das situações é mais ostensiva e radical. De certo modo, a doutrina percebe que, nesses casos, o intérprete *altera* a norma, contra o pressuposto de que a interpretação deve ser fiel – o mais possível – ao estabelecido na mensagem normativa. Esse reconhecimento cria dificuldades de justificação, e *a própria dogmática costuma impor limitações ao uso da interpretação extensiva...* Em consequência, para que seja admitida nesses casos, o intérprete deve demonstrar que a extensão do sentido está contida no espírito da lei. Na interpretação extensiva, inclui-se no conteúdo da norma um sentido que já estava lá. (o *italico* foi acrescentado)

74. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO [COELHO, Inocência Mártires. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147], forte no magistério de GADAMER, põe a nu a atividade voluntarista do intérprete e a forma de sua correção, ao afirmar que cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo, nestes termos:

Quem deseja compreender não pode entregar-se, logo de início, à causalidade de suas opiniões prévias e ignorar o mais obstinadamente possível a *opinião do texto*, até que este, finalmente... já não possa ser ouvido e perca a sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa de si, até porque cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo. Uma consciência formada *hermeneuticamente* tem que se mostrar receptiva, desde o começo, à *alteridade* do texto, sem que isso signifique neutralidade ou autodestruição diante dele; uma verdadeira compreensão exige confronto/ interação entre as verdades do intérprete e as verdades do texto.

75. Seria necessário, insista-se, um diálogo com o texto que demonstrasse um mínimo de possibilidade de incidência da interpretação extensiva, ou seja, que o fragmento legal *minus dixit quam voluit* – disse menos do que pretendeu exprimir.

76. Ora, o artigo legal sob exame é pleno, cheio. Ao caput seguem-se nada menos do que dezenove parágrafos [todos com a função de explicitar o texto principal, e nenhum com a intenção de excepcioná-lo. Têm, por isso, igual grau de valor e de aplicação, cada um no seu âmbito de vigência pessoal e material], divididos em uma pletora de incisos, a regular, com absoluta intensidade a temática dos honorários, justamente porque a memória da sociedade acadêmica sobre os desvios na aplicação do art. 20 do revogado Código de Processo ainda é bastante acesa. Não foi por acaso, esse zelo do legislador.

77. Não se vê como, no caso concreto, possa o aplicador da lei ir além daquilo imposto pela legislação de regência sob o color da fazer interpretação extensiva, absolutamente descabida.

78. *In casu*, o legislador afirmou: § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

79. Pois bem. De forma desautorizada por todo e qualquer cânon hermenêutico, de onde se lê *valor ínfimo* (*rectius*, irrisório, conforme diz o texto do parágrafo) quer-se extrair que “merece interpretação extensiva também para valor muito alto.”

80. Ora, seja ínfimo (do Latim *infimus*, que quer dizer o mais

baixo), seja irrisório (do Latim *irrisoris*, de *in* + *ridere*), que significa coisa de pouca monta, de pouco valor, cômica, ridícula ao ponto de provocar a zombaria e o escárnio), em nenhum dos casos cabe falar em interpretação extensiva. Essa existe, como visto, quando, para ajustar o texto à compreensão que se tem da lei, troca-se a espécie pelo gênero, ou por similar, por exemplo. Trocar, em certo caso concreto, réu por indiciado, ou trocar juiz por jurado.

81. Jamais, porém trocar um termo por outro que lhe está em direta oposição: irrisório por vultoso. Isso, no limite do discurso, é, com as vênias de sempre, usurpação de função legislativa. Isso é criar lei nova, com fundamentos novos, com regência nova e com motivação nova, nada, enfim, ajustado ao conceito que se tem e se deve ter do que seja interpretação extensiva. (g. n.)

Ademais, o § 8º do artgo 85 do CPC trata da fixação dos honorários advocatícios por apreciação equitativa, nos seguintes termos:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, **não sendo possível mensurá-lo**, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

[...]

§ 8º Nas causas em que for **inestimável ou irrisório o proveito econômico** ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Os termos empregados no citado § 8º — “inestimável” e “irrisório” —, no meu entendimento, não dão margem para que o intérprete, a pretexto de utilizar interpretação extensiva, possa validamente extrair o sentido de “muito alto” ou “exorbitante”. Nesse caso, com o devido respeito, ao invés de interpretar, é legislar em nome do legislador, pois este fez uma opção, expressando-a no texto legal.

O adjetivo “**irrisório**” é definido no Dicionário Houaiss como: “**1**-em que há irrisão; **2**-que é dito ou feito com intenção de provocar irrisão; risível, cômico, ridículo; **3**-pequeno demais ou demasiado insignificante para ser levado em consideração” (In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.653).

Destarte, a meu juízo, ressoa evidente que esse termo, utili-

zado no § 8º do artigo 85 do CPC, não pode ter seu significado totalmente invertido, sob pena de usurpação da competência atribuída ao legislador.

Quanto ao adjetivo **“inestimável”** — também utilizado no Código de Processo Civil de 1973 (artigo 20, § 4º) — tampouco entendo possível que o termo possa referir-se a algum bem da vida de valor elevado. LEIB SOBELMAN, em obra clássica, define de modo singelo que *inestimável* significa “ação que não tem valor patrimonial” (In: *Dicionário geral de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 315).

Sobre o vocábulo “inestimável”, OTHON SIDOU anota: “Diz-se da coisa ou direito que não pode ser avaliado economicamente” (In: *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 451).

YUSSEF SAID CAHALI, ao comentar o termo “inestimável” contido no § 4º do CPC de 1973, calcado no escólio de Giuseppe Chiovenda, também assinala que se refere às ações sem conteúdo econômico, exemplificando as ações relativas ao estado civil e à capacidade jurídica das pessoas. Confira-se:

São as ações de valor indeterminável, aquelas que não encerram um conteúdo econômico, não se traduzem em dinheiro, apontando as geralmente a doutrina como sendo as causas relativas ao estado civil e à capacidade jurídica das

pessoas, como ação de filiação, ação de separação judicial ou de divórcio, ação de interdição, ação de tutela, ação de nulidade ou anulação de casamento, ação sobre dano moral. [Nota: Chiovenda: “A qualidade hereditária não é um estado; todavia, é também de valor indeterminável, quando constitui objeto principal e *por si própria* do processo; pois, neste caso, não está em causa o direito a determinado patrimônio somente, mas o complexo dos direitos correspondentes ao herdeiro, compreendidos os direitos de conteúdo ideal e não economicamente avaliáveis” (*Instituições*, II, n. 185, p. 176).] (In: *Honorários advocatícios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997, p. 480)

Por essa razão, **é forçoso concluir pelo não cabimento de interpretação extensiva das regras contidas no § 8º do artigo 85 do CPC, sob pena de verdadeira usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, sendo certo, ademais, que os termos “inestimável” e “irrisório” não dão margem para que o intérprete validamente extraia o sentido de “muito alto” ou “exorbitante”.**

9. Por fim, entendo que o termo “inestimável” — contido no § 8º do artigo 85 do CPC — e a expressão “não sendo possível mensurá-lo” — adotada no § 2º e no inciso III do § 4º do mesmo dispositivo legal — não se confundem, pois, como assentado

em linhas anteriores, o inestimável não pode ser medido, ou calculado, em padrão monetário.

A impossibilidade de mensuração a que se referem o § 2º e o inciso III do § 4º do artigo 85 do CPC tem a ver, segundo penso, não com a natureza do bem da vida pretendido, mas com o desconhecimento do *quantum debeatur* no momento da prolação da sentença, fazendo-se necessária a liquidação do julgado.

Evidente indicativo dessa conclusão está nos demais incisos do § 4º do artigo 85 do CPC, que trata da condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios de sucumbência. Veja-se:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito

econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º: I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença; II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado; III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa; IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

[...]

Por um lado, como se vê no inciso I do § 4º do artigo 85 do CPC, os limites percentuais nas causas em que a Fazenda Pública for parte devem ser aplicados desde logo “quando for líquida a sentença”. Lado outro, se

a sentença for *ilíquida*, a aplicação dos limites percentuais contidos nos incisos I a V do § 3º do mencionado dispositivo legal “somente ocorrerá quando liquidado o julgado”, ocasião em que estará definido o *quantum debeatur*.

Em arremate, observa-se que o inciso III do § 4º do artigo 85 do CPC mantém coerência com a regra geral contida no § 2º do citado dispositivo legal, qual seja, a de adotar o valor atualizado da causa quando não houver condenação principal e não for possível mensurar o proveito econômico obtido.

Assim, considerando a gradação contida nos §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, do artigo 85 do CPC — constatada a ausência do valor da condenação —, a impossibilidade de mensuração do proveito econômico obtido autorizará a utilização do valor atualizado da causa como base de cálculo dos honorários advocatícios na hipótese de prolação de sentença ilíquida.

Assim, com a devida vênia aos eminentes pares que pensam em sentido contrário, conclui-se pela inaplicabilidade do § 8º do artigo 85 do CPC, mormente por não se tratar de proveito econômico “inestimável”, e sim “mensurável” (§§ 2º e 4º, inciso III), por isso acompanho integralmente o eminente relator quanto a fixação da tese.

10. Na hipótese dos autos, cuida-se de ação declaratória de inconstitucionalidade de juros e correção (acréscimos financeiros) ajuizada em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com valor da causa de R\$ 3.548.716,20 em 2.10.2018.

A sentença proferida em 7.10.2010 julgou procedente o pedido e fixou os honorários advocatícios de sucumbência em R\$ 5 mil, com fundamento no art. 85, § 8º, do CPC, como se vê do seguinte trecho do dispositivo:

[...] julgo procedente a ação proposta por Metalúrgica Golin S/A. em face de Fazenda Pública do Estado de São Paulo para que a fixação do acréscimo financeiro incidente sobre parcelamentos que venham a ser celebrados pela autora e que tenham como objetos débitos consolidados de ICMS em discussão nas execuções fiscais de autos n. 1500433-45.2018.8.26.0568 (CDAs ns, 1.242.218.396, 1.239.401.721, 1.239.229.626, 1.239.060.088, 1.238.826.804 e 1.234.285.050) e 1500455-40.2017.8.26.0568 (CDA n. federais, 1.240.332.059) se faça em observado, pois, o quanto C\o o u_ o patamar não superior ao aplicável para débitos tributários foi decidido na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016136-82. 2017.8.26.0000 acerca de sua aplicação.

[...]

Por sua sucumbência, arcará a ré com as custas e despesas

processuais além de honorários advocatícios de R\$ 5.000,00, o que faço nos termos do art. 85, § 8º, do C.P.C., tendo presente para tanto as razões expostas a fls. 73, primeiro parágrafo (aqui pertinente também) e a absoluta singeleza da ação e do processo como também a ausência de dilação probatória, frisando, além disso, que “a regra do art. 85, § 3º, do atual CPC - como qualquer norma, reconheça-se - não comporta interpretação exclusivamente pelo método literal. Por mais claro que possa parecer seu conteúdo, é juridicamente vedada técnica hermenêutica que posicione a norma inserida em dispositivo legal em situação de desarmonia com a integridade do ordenamento jurídico. 6. Assim, o referido dispositivo legal (art. 85, § 8º, do CPC/2015) deve ser o interpretado de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, que havia consolidado o entendimento de que o juízo equitativo é aplicável tanto na hipótese em que a verba honorária se revela ínfima como excessiva, à luz dos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC/1973 (atual art. 85, § 2º, do CPC/2015)” (STJ, REsp 1.789.913/DF, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/2/2019, DJe 11/3/2019).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar os apelos interpostos por ambas as partes, reformou em parte a sentença ao dar provimento ao recurso da parte autora e negar provimento à insurgência da Fazenda, em aresto assim ementado:

APELAÇÃO Ação de procedimento comum - Débitos de ICMS Parcelamento ordinário Acréscimos financeiros. Valor da causa Preliminar Decisão interlocutória que altera *ex officio* o valor atribuído à causa Impossibilidade - O valor atribuído deve corresponder o conteúdo patrimonial da ação ou o proveito econômico pretendido Alteração autorizada nos casos em que a indicação estiver equivocada (§ 3º do art. 292 do Código de Processo Civil) - Quantificação que se mostra coerente com a vantagem almejada Manutenção do valor original Preliminar acolhida.

Honorários advocatícios Impossibilidade, na espécie, de utilização do critério equitativo (art. 85, § 8.º) em detrimento do critério escalonado, a incidir sobre o proveito econômico obtido (§ 3.º) Valor que não se mostra inestimável, tampouco irrisório Precedente do E. STJ. Sentença reformada neste aspecto.

Acréscimos financeiros - Art. 100, §§ 3º e 7º da Lei nº 6.374/89, com redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 Questão já decida pelo C. Órgão Especial desta Corte em Arguição de Inconstitucionalidade, declarando a incompatibilidade dos dispositivos com o ordenamento constitucional federal, cujo entendimento deve ser observado pelos órgãos fracionários, nos termos do disposto pelo artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil Sentença mantida. Sentença parcialmente reformada Recurso do

autor provido, e desprovido o recurso da Fazenda. (Destaquei.)

Colhe-se do voto condutor do acórdão a seguinte fundamentação:

Com o advento do novel estatuto processual civil, não mais se perquire da aplicação da regra de apreciação equitativa quando a Fazenda Pública for vencida (art. 20, § 4.º, do revogado Código), mas apenas nos casos em que, independentemente da condição da parte, for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8.º).

Tal disposição se mostra inaplicável à espécie, eis que o proveito econômico vinculado à causa não se mostra irrisório. Muito pelo contrário. É de elevada monta, da ordem de R\$ 3.548.716,20, conforme apontado pela autora em sua inicial, o que autorizaria a aplicação do critério escalonado, a incidir sobre o proveito econômico obtido (§ 3º).

Ora, cuida-se de norma cogente e, como tal, não pode ser olvidada pelo julgador, bem como em virtude da excepcionalidade do critério previsto no § 8.º, consoante decidiu a Segunda Seção do C. Superior Tribunal de Justiça: [...]

Obviamente que o “trabalho realizado pelo patrono” não pode ser desconsiderado, porém tal critério de *discrímen* deve servir de norte apenas para fins de fixação da verba honorária entre os patamares percentuais

mínimo e máximo legalmente previstos, tal como preceitua o § 2.º, inciso IV, do mesmo dispositivo, a que faz remissão o aludido § 3.º, caput, e, nesse passo, reformo a r. sentença e fixo a verba honorária nos patamares mínimos de cada faixa (10%, 8% e 5%).

Desse modo, ressoa evidente o proveito econômico obtido na espécie, vinculado ao valor da causa de R\$ 3.548.716,20 em 2.10.2018. Nesse contexto, no que diz respeito à fixação dos honorários de sucumbência, deve ser mantido o acórdão recorrido, que fixou a verba honorária nos patamares mínimos de cada faixa prevista no art. 85 (10%, 8% e 5%).

11. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, acompanhando as teses fixadas pelo Ministro Og Fernandes quanto ao tema repetitivo submetido a julgamento.

É como voto.

VOTO

Trata-se de recurso especial afetado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça para ser julgado sob a sistemática do rito dos repetitivos, com a finalidade de estabelecer tese a respeito da “definição do alcance da norma inserta no §8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados”.

A afetação se deu de modo conjunto para os Recursos Especiais n. 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP.

A propósito da temática, houve manifestações de diversos *amici curiae*: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -CFOAB, INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL -IBDP, ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO -ANNEP, COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL -CONPEG e UNIÃO.

O tema diz respeito à definição do sentido e alcance da previsão normativa do §8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte (grifado):

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixa-

ção dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

(...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Do texto da Lei constata-se que o Código de Processo Civil

pretendeu trazer maior objetividade aos fatos geradores para a fixação dos honorários advocatícios, somente autorizando a aplicação da fórmula de abertura para apreciação equitativa do §8º do artigo 85 em situações excepcionais, quando presentes os seguintes requisitos: (a) proveito econômico irrisório ou inestimável; ou (2) valor da causa muito baixo.

Assim, conforme asseverado pelo Ministro Relator, a fixação dos honorários por apreciação equitativa do magistrado apenas deve ocorrer se, no caso concreto: i) o valor da condenação for irrisório; ii) não havendo condenação, o proveito econômico pretendido com a demanda for irrisório; iii) não for estimável o proveito econômico, ou seja, não for possível aferir qual o montante pecuniário obtível com a vitória na demanda.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 1.746.072/PR, chegou precisamente às conclusões acima apontadas, conforme se extrai da ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATORIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil -CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação,

serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subseqüentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido. (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019)

Na esteira dos argumentos do Ministro Relator, compreendo pela necessidade de efetiva observância do Código de Processo Civil, precisamente na forma como posta a redação do §8º do artigo 85, por se tratar de norma regularmente editada pelo Congresso Nacional, não cabendo ao juiz lhe reduzir a aplicabilidade de um modo contrastante com sua redação expressa. A escolha legislativa foi explicitada com clareza, de modo que, rogando vênias à divergência, acompanho os fundamentos do voto do Ministro Relator.

Ante o exposto, pedindo vênias à divergência, acompanho o voto do Ministro Relator Og Fernandes.

É como voto.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

O presente recurso especial foi afetado a esta eg. Corte Especial, com fundamento no rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-I e seguintes do RISTJ, por maioria de votos, tendo ficado vencidos, na ocasião, os Ministros Luis Felipe Salomão e Raul Araújo.

O tema foi delimitado nos seguintes termos:

“Definição do alcance da norma inserta no § 8º do artigo

85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.” (Tema 1.076)

Registre-se que fiquei vencido, naquela oportunidade, porque entendia no sentido de não afetar a matéria à Corte Especial, mas sim à Primeira Seção e à Segunda Seção, respectivamente, tendo em vista, de um lado, a necessidade de interpretação conjunta dos §§ 3º e 8º do art. 85 do CPC, aplicáveis ao direito público, e, de outro lado, dos §§ 2º e 8º do mesmo dispositivo legal, aplicáveis ao direito privado, *in verbis*:

Entendo, contudo, que, embora o recurso preencha os pressupostos recursais genéricos e específicos e não possua vícios graves que impeçam seu conhecimento, não se mostra adequada a afetação do tema à colenda Corte Especial pelo rito dos recursos especiais repetitivos.

Isso porque tal matéria possui distinção de discussão no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, porquanto cada qual possui regramentos próprios.

Com efeito, nos processos que envolvem interesses privados, as normas aplicáveis serão os citados §§ 2º e 8º do CPC de 2015, enquanto, nos processos em que Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários terá disciplina específica nos §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 85 do CPC/2015.

Desse modo, a aplicação subsidiária do referido § 8º do art.

85 do CPC de 2015 encontrará, provavelmente, distinção de tratamento no âmbito da Primeira Seção e da Segunda Seção.

(...)

Tendo em vista justamente essa distinção, fiz uma proposta de afetação perante a colenda Segunda Seção acerca da incidência do art. 85, §§ 2º e 5º, do Estatuto Processual Civil, no âmbito de Direito Privado (REsp 1.812.301/SC e REsp 1.822.171/SC). Tal proposta de afetação foi acolhida pelos Ministros integrantes do referido órgão julgador, dando origem ao Tema 1.046, redigido nos seguintes termos:

A possibilidade de fixação de honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015.

Antes de admitida, pela eg. Segunda Seção, a afetação dos Recursos Especiais Repetitivos (**REsp 1.812.301/SC e REsp 1.822.171/SC**), aquele Órgão Julgador procedeu ao julgamento do **Recurso Especial 1.746.072/PR** e, em acórdão majoritário do qual fui relator, adotou entendimento de que **“o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória**, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: **(I)** da condena-

ção; ou **(II)** do proveito econômico obtido; ou **(III)** do valor atualizado da causa; **(5.2)** que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: **(I)** o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou **(II)** o valor da causa for muito baixo". Eis a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil -CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou

fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º

do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido.

(REsp 1.746.072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, **SEGUNDA SEÇÃO**, julgado em 13/02/2019, DJe de 29/03/2019)

Como se vê, o cerne da controvérsia naquele recurso especial, julgado perante a colenda Segunda Seção, dizia respeito justamente à possibilidade e às condições de aplicação do disposto no § 8º do art. 85 do CPC de 2015, quando se tratasse de causas de valores elevados, ainda que suscetíveis de quantificação.

Na oportunidade, tal dispositivo sobre aplicação do critério

de equidade na fixação da verba honorária sucumbencial foi interpretado levando-se em consideração a regra prevista no § 2º do art. 85, aplicável especialmente ao direito privado, que prevê um limite percentual mínimo e máximo para arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais (entre 10% e 20%), quando, na demanda, puder ser aferido o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou, ainda, o valor atualizado da causa.

No julgamento do referido **REsp 1.746.072/PR**, a colenda Segunda Seção, ao interpretar o disposto nos aludidos §§ 2º e 8º do art. 85, chegou à seguinte exegese:

Na leitura do dispositivo acima enunciado, depreende-se que o atual Código de Processo Civil estabeleceu no tocante à matéria três importantes vetores interpretativos que buscam conferir à aplicação do novo Códex maior segurança jurídica e objetividade.

Em primeiro lugar, estatuiu claramente que os honorários serão pagos ao advogado do vencedor, ainda que este também litigue em causa própria, pois constituem direito autônomo do profissional, de natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial. Dito de outra forma, o legislador considera os honorários advocatícios sucumbenciais como sendo parte da remuneração do trabalho

prestado, sinalizando que o espírito que deve conduzir o intérprete no momento da **fixação** do quantum da verba honorária é o da objetividade, embora outras influências possam incidir no momento de sua atribuição/distribuição.

Em **segundo** lugar, reduziu, visivelmente, as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois:

a) no **Código de Processo Civil de 1973**, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas **causas de pequeno valor**; (a.II) nas de **valor inestimável**; (a.III) naquelas em que **não houvesse condenação** ou fosse **vencida a Fazenda Pública**; e (a.IV) nas **execuções**, embargadas ou não (art. 20, § 4º);

b) no **atual Código de Processo Civil**, tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que for **inestimável ou irrisório o proveito econômico** ou, ainda, quando (b.II) o **valor da causa for muito baixo** (art. 85, § 8º).

Aqui também o Código de Processo Civil/2015 sinaliza ao intérprete o desejo de objetivar o processo de fixação do quantum da verba honorária. Em **terceiro** lugar, introduziu autêntica e objetiva “ordem de vocação” para fixação da base de cálculo da verba honorária, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

De fato, a seguinte ordem de preferência, na fixação dos honorários advocatícios sucum-

benciais, é obtida pela conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85 do Código de Processo Civil:

(a) primeiro, **quando houver condenação**, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art; 85, § 2º);

(b) segundo, **não havendo condenação**, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo:

(b.1) **sobre o proveito econômico obtido** pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (b.2) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, **sobre o valor atualizado da causa** (art. 85, § 2º);

(c) havendo ou não condenação, nas causas em que for **inestimável ou irrisório o proveito econômico** ou em que o **valor da causa for muito baixo**, deverão, só então, ser fixados por **apreciação equitativa** (art; 85, § 8º).

Logo, em face de redação tão expressiva, a conclusão lógica é a de que o § 2º do art. 85 do CPC de 2015 veicula a **regra geral** e obrigatória de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%: (I) do valor da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa. Nessa ordem de ideias, o Código de Processo Civil relegou ao § 8º do art. 85 a instituição de **regra excepcional**, de aplicação subsidiária, para as hipóteses em que, havendo ou não

condenação: (I) for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido; ou (II) for muito baixo o valor da causa.

Assim, **em regra**: a) os honorários devem ser fixados com base no valor da condenação; b) não havendo condenação ou não sendo possível valer-se da condenação, utiliza-se (b.1) o proveito econômico obtido pelo vencedor ou, como última hipótese, (b.2) recorre-se ao valor da causa.

A aplicação da norma subsidiária do art. 85, § 8º, verdadeiro “soldado de reserva”, como classificam alguns, somente será cogitada na ausência de qualquer das hipóteses do § 2º do mesmo dispositivo.

Assim, a incidência, pela ordem, de uma das hipóteses do art. 85, § 2º, impede que o julgador prossiga com sua análise a fim de investigar eventual enquadramento no § 8º do mesmo dispositivo, porque a subsunção da norma ao fato já se terá esgotado. (...)

Todavia, para os efeitos da interpretação dos assinalados dispositivos, parece ser nítida a intenção do legislador em correlacionar a expressão **inestimável valor econômico** somente para as causas em que não se vislumbra benefício patrimonial imediato, como, por exemplo, nas causas de **estado** e de direito de **família** (NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado, 16. ed. 2016, p. 478).

A propósito, Plácido e Silva atribui ao termo **inestimável** os seguintes significados:

INESTIMÁVEL. Derivado do latim *inaestimabilis* (inapreciável, que não pode ser apreciado), é empregado, na linguagem jurídica, para mostrar a qualidade de certas coisas que não podem ser submetidas a uma avaliação ou não podem ser tidas por um **preço**, porque não se mostram em condições de ser **apreciadas economicamente**. A inestimabilidade (condição de inestimável) não quer exprimir a rigor a desprezibilidade da coisa. Quer significar que não pode, com exatidão, **com um sentido econômico**, ter uma avaliação ou estimação, pois que não se tem uma medida, por onde se faça a operação, que lhe imputaria ou atribuiria um certo valor, como se procederia no caso de coisas que se possam avaliar, em face de sua realidade ou de seu **aspecto econômico**. Na técnica processual, **consideram-se inestimáveis as ações referentes ao estado e à capacidade da pessoa**. E isto porque não se encontram nelas elementos materiais ou de **ordem econômica**, pelos quais se possa compor um **valor monetário**, em virtude do qual se tenha a **medida de seu preço ou de seu custo**.” (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 429)

Desse modo, no caso em apreço, diante da existência de norma jurídica expressa no Novo Código (CPC, art. 85, § 2º), con-

corde-se ou não, descabe a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou mesmo a aplicação, por analogia, do § 3º do mesmo dispositivo.

De fato, quanto ao art. 85, § 3º, o Código de Processo Civil, julgando ser conveniente, expressamente introduziu fator de moderação dos honorários advocatícios devidos apenas em relação à Fazenda Pública, omitindo-se em relação às causas havidas entre particulares, o que impõe a interpretação sistemática do novo Diploma processual de modo a se resguardar sua coerência.

Portanto, concluiu-se que o § 8º do art. 85 do CPC de 2015, ao permitir a fixação de honorários sucumbenciais por equidade, veicula norma excepcional e subsidiária, somente aplicável caso os honorários advocatícios não possam ser arbitrados na forma da regra geral prevista § 2º do mesmo Codex. Ademais, entendeu-se que o juízo de equidade tem incidência, estritamente, para as hipóteses de: **a) proveito econômico: a.1) de valor inestimável**, no sentido restrito de quantia não passível de quantificação; ou **a.2) irrisório, isto é**, em quantia insignificante; ou, ainda, **b) o valor da causa for muito baixo**.

Por conseguinte, não houve, por ocasião daquele julgamento, interpretação direta da norma inserta no § 3º do art. 85 do CPC de 2015, porquanto, tratan-

do de causas em que a Fazenda Pública for parte, não era pertinente à hipótese de lide entre particulares.

Feitas essas anotações, passa-se ao exame do tema trazido perante esta colenda Corte Especial no presente recurso especial, quanto ao alcance e aplicação da norma do § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 relativamente às demandas em que o valor da condenação, do proveito econômico ou o valor atualizado da causa forem elevados.

Retroagindo um pouco no tempo, acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais, é oportuno transcrever o que explicitava o Código de Processo Civil de 1973, *in litteris*:

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. § 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido. § 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico. § 3º **Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação**, atendidos: a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor.

Outrossim, no tocante à mesma temática, é salutar transcrever o teor do mencionado art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, ora em debate, *in verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condena-

ção, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V -mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I -os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II -não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III -não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV -será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º **Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.**

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 9º Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

§ 12. Os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

§ 13. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de

cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

§ 15. *O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14.*

§ 16. Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

§ 17. Os honorários serão devidos quando o advogado atuar em causa própria.

§ 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Do exame comparativo das transcrições *supra*, é possível inferir, de plano, por meio de interpretação não apenas gramatical, literal, das normas processuais, mas também de exegese segundo a vontade do legislador, bem como interpretação teleológica e sistemática, que, com a edição do novo Código de

Processo Civil de 2015, pretendeu-se reformular consideravelmente a sistemática de honorários advocatícios sucumbenciais antes disciplinada.

De um lado, vê-se que o **Codex de 1973** previa tão somente duas modalidades específicas de fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais: **a)** havendo condenação, ter-se-ia nesta a base de cálculo fixa, determinável por percentual variável entre 10% e 20%, a critério do julgador, segundo os parâmetros indicados no próprio § 3º do art. 20; e **b)** por juízo de equidade, segundo os mesmos parâmetros indicados no § 3º do art. 20: **b.1)** nas causas: **b.1.1)** de pequeno valor; **b.1.2)** de valor inestimável; **b.1.3)** em que não houvesse condenação; ou **b.1.4)** fosse vencida a Fazenda Pública; e **b.2)** nas execuções, embargadas ou não.

Assim, tinha a equidade ampla aplicação no sistema do anterior Código Processual.

De outro lado, o **atual Código Processual Civil** trouxe extensa e detalhada previsão normativa, abrigada no art. 85, *caput*, seguido por dezenove parágrafos, sem dispensar o auxílio dos arts. 86, 87 e 90, estabelecendo diferentes formas de fixação dos honorários advocatícios, destacando-se: **(I)** para a generalidade dos casos, como regra, base de cálculo fixa, determinável por percentual variável entre 10% e 20% calculados sobre o valor da condena-

ção, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos os parâmetros indicados no próprio § 2º do art. 85: **(II)** para as causas em que a Fazenda Pública for parte, base de cálculo tarifada, de acordo com os §§ 3º a 7º do art. 85, atendidos também os parâmetros indicados no § 2º do mesmo art. 85; e **(III)** excepcionalmente, somente nos casos previstos no § 8º do art. 85, ou seja, quando o proveito econômico obtido pela parte vencedora for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, os honorários sucumbenciais serão fixados por apreciação equitativa do julgador, observados, também aqui, os parâmetros dos incisos do referido § 2º.

Portanto, o CPC de 2015 restringiu, limitou a expressas hipóteses excepcionais, a possibilidade de fixação de honorários advocatícios sucumbenciais com base em equidade.

Como registrei em outra oportunidade:

“Na concepção das novas regras, parece ter prevalecido o entendimento de que o Código revogado conferia excessiva liberdade ao julgador na determinação dos honorários sucumbenciais. E que, valendo-se dessa ampla permissão, muitos juízes e tribunais atuavam com certo descuido no momento da fixação da verba honorária sucumbencial, estabelecendo-a em patamares e valores

tidos por irrisórios e até depreciativos para os profissionais liberais, cujo sustento, no mais das vezes, depende desses ganhos variáveis e eventuais.” (in “Doutrina: Edição Comemorativa dos 30 Anos do STJ”, Brasília, Maio de 2019, p. 735)

Nesse contexto, o art. 85, § 2º, do CPC de 2015 estabelece, como regra geral para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, bases de cálculo obrigatórias e objetivas, para a generalidade dos casos, consistentes, pela ordem, no valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou, ainda, no valor atualizado da causa, sobre as quais incidirão os percentuais no intervalo entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%.

Por sua vez, o art. 85, §§ 3º a 7º, do CPC de 2015, destinado exclusivamente a regulamentar os honorários sucumbenciais em causas que tenham como parte os órgãos e entidades fazendários, estabelece faixas percentuais que variam, em cada um de seus incisos, a depender do valor da condenação ou do proveito econômico obtido na causa. Há a previsão de uma progressão escalonada, ou seja, para cada “fragmento” do valor envolvido, deve-se aplicar um percentual distinto, conforme possibilidades dadas pelo legislador, nos termos do que dispõe o § 5º do mesmo artigo. Essas normas também têm caráter obriga-

tório e devem ser aplicadas como primeira forma de arbitramento da verba honorária pelo julgador nas causas que envolverem a Fazenda Pública.

O legislador, ainda, tomou o cuidado de limitar, no art. 85, § 8º, do CPC de 2015, as hipóteses específicas em que o magistrado poderá fixar os honorários por apreciação equitativa. Tal dispositivo se trata de norma excepcional e aplicável estritamente aos casos nele previstos: “proveito econômico inestimável ou irrisório” ou quando o “valor da causa for muito baixo”.

Destarte, o atual Estatuto Processual Civil confere máximo prestígio aos honorários advocatícios sucumbenciais, como parte da remuneração do trabalho prestado pelo advogado da parte vencedora, ainda que este litigue em causa própria, **signalizando, com toda clareza, o dever do intérprete, no momento da fixação do *quantum* da verba honorária, de observar a objetividade apontada na norma.** Desse modo, visando a esse propósito, **o legislador formulou os critérios objetivos previstos sobretudo nos §§ 2º e 3º, ambos do art. 85, concluindo que devem ser aplicadas, como regras obrigatórias, as bases fixas do citado § 2º e as bases tarifadas do mencionado § 3º, conforme a**

demanda envolva interesses privados ou públicos. Apenas, excepcional e subsidiariamente, será possível a utilização do juízo de equidade pelo magistrado.

Nessa toada, como visto, o vigente *Codex* reduziu, visivelmente, as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade. Enquanto, no **Código de Processo Civil de 1973**, a atribuição equitativa era possível nas causas: (I) **de pequeno valor**; (II) **valor inestimável**; (III) em que **não houvesse condenação**; (IV) em que fosse **vencida a Fazenda Pública**; e (V) nas **execuções**, embargadas ou não (art. 20, § 4º), no **atual Código de Processo Civil**, tais hipóteses são restritas às causas: (I) em que for **inestimável ou irrisório o proveito econômico**; (II) em que o **valor da causa for muito baixo** (art. 85, § 8º).

O **Código de Processo Civil de 2015 estabelece o dever de objetivação do processo de fixação do *quantum* da verba honorária sucumbencial**, relegando ao subjetivismo do julgador apenas os restritos casos do § 8º do art. 85, pois, como de sabença, “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (parágrafo único do art. 140 do CPC).

Na lição de **Humberto Theodoro Junior**:

De forma contrária ao posicionamento adotado pelo Código revogado, que admitia com largueza o arbitramento por equidade, a legislação atual determinou a aplicação, em regra, dos critérios objetivos previstos nos §§ 2º e 3º ‘independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou extinção do processo sem resolução do mérito’ (art. 85, § 6º). Assim, ainda quando a ação não resultar em condenação ou nas ações constitutivas e declaratórias, o juiz deverá observar aqueles critérios. Até mesmo nas sentenças contrárias à Fazenda Pública, a lei nova evitou o emprego do arbitramento de honorários por critério de equidade.

Outro caso em que o Código antigo cogitava de arbitramento por equidade era o relativo à verba advocatícia nas execuções em geral (art. 20, § 4º, CPC/1973). Também esse critério foi abolido pelo atual Código, que prevê seu importe de forma fixa, qual seja, dez por cento do débito (arts. 523, § 1º, e 827), admitida redução ou majoração na execução de título extrajudicial, conforme haja pagamento imediato ou oposição de embargos (art. 827, §§ 1º e 2º).

Deixarão de ser aplicados os limites em questão (máximos e mínimos) quando a causa for de valor inestimável, muito baixo, ou quando for irrisório o proveito econômico (art. 85, § 8º). Apenas nes-

as hipóteses, o juiz fixará os honorários por apreciação equitativa, observando os critérios estabelecidos no § 2º do art. 85. Isso se dará para evitar o aviltamento da verba honorária.

(THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. I**, 60ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 329)

Nessa linha intelectual, **Cássio Scarpinella Bueno** assegura que a fixação equitativa de honorários de advogado “deve ficar restrita às hipóteses referidas no próprio § 8º do artigo 85, isto é, quando o proveito econômico perseguido for inestimável ou irrisório ou quando se tratar de valor da causa tão baixo que a fixação percentual referida nos §§ 3º e 4º do mesmo art. 85 não teria o condão de remunerar condignamente o trabalho do advogado. Entendimento contrário seria fazer prevalecer regra similar à do § 4º do art. 20 do CPC de 1973 que foi, como já destaquei acima, abolida do sistema processual pelo CPC de 2015” (**Honorários Advocatícios e o art. 85 do CPC de 2015: reflexões em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci**, Estudos de Direito processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci, Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 134).

Outrossim, o novo Código de Processo Civil introduziu autêntica e objetiva “**ordem de vo-**

cação” para fixação da base de cálculo da verba honorária, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

Com efeito, a seguinte ordem de preferência, na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, é obtida pela conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85 do Código de Processo Civil: **(a)** primeiro, **quando houver condenação**, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante dessa (art. 85, § 2º); **(b)** segundo, **não havendo condenação**, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: **(b.1) sobre o proveito econômico obtido** pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou **(b.2)** não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, **sobre o valor atualizado da causa** (art. 85, § 2º); **(c)** havendo ou não condenação, nas causas em que for **inestimável** ou **irrisório o proveito econômico** ou em que o **valor da causa for muito baixo**, deverão, só então, ser fixados por **apreciação equitativa** (art. 85, § 8º).

A propósito, leciona **Daniel Amorim Assumpção Neves**:

Os percentuais entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento previstos no § 3º do art. 20 do CPC/1973 são mantidos no § 2º do artigo ora analisado. Mas há duas novidades importantes.

A primeira novidade fica por conta do proveito econômico

como parâmetro para a fixação dos honorários dentro dos percentuais previstos em lei quando não houver condenação no caso concreto. Pode-se imaginar nesse caso tanto as decisões meramente declaratórias como as constitutivas que tenham gerado vantagem econômica para o vencedor, bem como a sentença de improcedência em ações condenatórias, quando o proveito econômico será ter evitado a condenação no valor pretendido pelo autor. A segunda novidade é a regulamentação da fixação dos honorários quando não há condenação ou proveito econômico obtido, hipótese em que a fixação tomará por base o valor da causa. Sob a égide do CPC/1973 a inexistência de condenação permitia ao juiz fixar o valor dos honorários sem qualquer parâmetro, apenas atendendo aos critérios das alíneas do art. 20, § 3º. No Novo CPC tal conduta passa a ser impossível, havendo uma gradação de parâmetro para a partir daí fixar os honorários entre dez e vinte por cento: (1º) condenação; (2º) proveito econômico obtido; (3º) valor da causa. Estabelecido o parâmetro de fixação dos honorários cabe ao juiz fixar o percentual – entre dez e vinte por cento – que se adequa ao grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Esses critérios são os mesmos já existentes no Código re-

O § 4º do art. 20 do CPC/1973 vem parcialmente repetido no § 8º do art. 85 do Novo CPC, ao menos para as causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, quando o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”.

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de Direito Processual Civil** – volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 137-138.)

Por seu turno, **João Otávio Terceiro Neto B. Albuquerque** discorre, *in verbis*:

Sucedo que o CPC/2015 modificou os parâmetros para fixação de honorários de sucumbência, unificando-os. Trata-se, sem dúvida, da mais importante alteração promovida pelo novo Código sobre o regime dos honorários advocatícios.

Segundo o art. 85, § 2º, os honorários devem ser” fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”, atendidos os critérios previstos nos incs. I a IV do mesmo § 2º, que reproduzem o que dispunham as alíneas a a c do art. 20, § 3º, do CPC/1973. Ademais, o § 6º do art. 85 prescreve que tais limites se aplicam “independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito’.

Como se vê, não há mais distinção de base de cálculo e de limites percentuais entre as decisões condenatórias, declaratórias e constitutivas. Não importa a natureza da decisão, os parâmetros de fixação da verba honorária são os mesmos. O art. 85, § 2º, elege três bases de cálculo distintas: os valores da condenação, do proveito econômico e da causa, a serem observados nessa ordem. Assim, os honorários devem ser fixados com base no valor da condenação; não a havendo, utiliza-se o proveito econômico; em última instância, recorre-se ao valor da causa. É o que se extrai do art. 85, § 4º, III, do CPC/2015.

Apenas nas causas cujo benefício econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, caberá ao juiz fixar os honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incs. I a IV do § 2.º do art. 85 do CPC/2015.

Para as causas em que a Fazenda Pública for parte, o CPC/2015, no art. 85, § 3.º, estabelece um tratamento um pouco diferenciado. Eis o teor do dispositivo:

(...)

Assim, quanto maior o valor da base de cálculo dos honorários, menor o percentual a incidir. Todavia, como preceitua o art. 85, § 5.º, os parâmetros previstos no § 3.º devem ser aplicados de forma escalonada: incide, primeiro, a faixa inicial e, apenas naquilo que exceder o limite, a faixa subsequente.

Ressalte-se que tais parâmetros aplicam-se às causas em

que a Fazenda Pública for parte, e não simplesmente quando for vencida. Não há mais tratamento privilegiado para o Poder Público. Sendo ele parte, independentemente de quem reste vencido, aplicam-se os parâmetros de cálculo previstos no art. 85, § 3.º, do CPC/2015.

(ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto B. de. Honorários de sucumbência e direito intertemporal: entre o CPC/1973 e o CPC/2015. Revista de Processo, vol. 265. ano 42. p. 348. São Paulo: Ed. RT, mar. 2017)

Pela conjugação dos §§ 3º e 8º do art. 85 do mesmo diploma processual, podem-se inferir critérios objetivos que estabelecem a seguinte ordem de vocação para arbitramento da verba honorária sucumbencial: (a) primeiro, fixação dos percentuais mínimo de 10% e máximo de 20% sobre o **valor da condenação ou proveito econômico obtido**, considerando a tabela de valores estabelecida de acordo com o salário mínimo vigente quando prolatada a sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação (§§ 3º, 4º, IV, e 5º); subsidiariamente, **(b)** segundo, utilização deste mesmo tabelamento tendo como base de cálculo o **valor da causa**, quando não houver condenação principal ou não for possível mensurar o proveito econômico obtido (§§ 3º, 4º, III, e 5º); e, ainda, mais

remotamente, **(c)** terceiro, utilização do **juízo de equidade** de que trata o referido § 8º do art. 85, com as limitações nele previstas, conforme estabelecido alhures.

Destarte, no Novo Código de Processo Civil, a objetivação estabelecida para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais nas causas de direito privado (§§ 2º e 8º do art. 85) permaneceu presente nas causas de direito público (§§ 3º, 4º, 5º e 8º do art. 85), não importando o conteúdo da decisão e a natureza da ação, se declaratória, constitutiva ou condenatória.

De fato, ao disciplinar a sistemática de fixação dos honorários sucumbenciais tanto sob a ótica de direito público como a de direito privado, o legislador foi extremamente preciso, tratando do assunto com bastante objetividade e cuidando, inclusive, de estabelecer as hipóteses excepcionais de afastamento das regras gerais previstas nos citados §§ 2º e 3º.

Assim, se o magistrado deixar de aplicar as regras insculpidas nos §§ 2º e 3º do art. 85, para utilizar o juízo de equidade, mesmo não estando presente nenhuma das hipóteses do § 8º do mesmo dispositivo, isso representará tornar letra morta o atual Código de Processo Civil na parte que trata sobre os honorários advocatícios de sucumbência, além de ferir um dos pi-

lares fundamentais do ordenamento jurídico, consubstanciado no princípio da segurança jurídica, que garante a previsibilidade e evita a existência de decisões divergentes para situações semelhantes.

Em detrimento de norma geral, objetiva e obrigatória (§§ 2º e 3º do art. 85), ficaria possibilitada a aplicação de norma que leva à subjetiva interpretação do magistrado quanto à exorbitância do valor da condenação, do proveito econômico ou do valor atualizado da causa (§ 8º do art. 85). Esta não parece ser a solução compatível com a edição do novel *Codex*, no qual o impreciso critério da equidade é apenas excepcionalmente admitido, restrito às hipóteses rigorosamente estabelecidas pelo legislador.

Registre-se, por oportuno, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, diante das decisões que deixam de aplicar o art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC de 2015, sem declarar expressamente a sua inconstitucionalidade, propôs, em 30 de abril de 2020, a **ADC 71** perante o eg. **Supremo Tribunal Federal**, visando a uma decisão vinculativa em relação à letra da lei, isto é, no sentido de admitir a utilização do critério da equidade exclusivamente às hipóteses eleitas pelo legislador. Tal ação declaratória de constitucionalidade ainda está

tramitando naquele Pretório Excelso.

Retomando a discussão, o juízo de equidade, conforme anteriormente mencionado, pode, excepcionalmente, ser realizado em hipóteses taxativamente previstas: (I) proveito econômico inestimável ou irrisório; (II) valor da causa for muito baixo.

Em nenhuma dessas hipóteses, enquadra-se, *data venia*, o caso trazido no presente recurso especial repetitivo, o qual se refere à possibilidade de aplicação da equidade quando o valor da causa ou do proveito econômico for elevado. Isso, porque a norma, como dito, fala em **valor da causa reduzido e em proveito econômico irrisório**, o que, por óbvio, não é o tema. De outro lado, traz como critério também o **proveito econômico inestimável**, cujo conceito, tal como já explicitado no âmbito da colenda Segunda Seção - no julgamento do Recurso Especial 1.746.072/PR -, está atrelado à impossibilidade de mensuração do benefício patrimonial imediato, como, por exemplo, nas causas de estado e de direito de família ou mesmo naquelas em que o pleito de reparação por dano moral é julgado improcedente, pois ali o valor atribuído à causa é, sabidamente, meramente estimativo.

Nas palavras de **Misael Montenegro Filho**:

Como regra, as causas de **valor inestimável** ou que apresentem proveito econômico irrisório são as ações de família, como as ações de divórcios e de reconhecimento ou de desfazimento da união estável, sem patrimônio a ser partilhado e sem que o(a) autor(a) tenha formulado pedido de condenação do(a) réu(é) ao pagamento de alimentos. A norma processual não estabeleceu critérios para definir o que devemos entender por valor da causa muito baixo, propositalmente relegando a questão ao crivo do magistrado, que deve fundamentar o pronunciamento que fixa os honorários por apreciação equitativa, não de acordo com o § 2º do artigo em exame, que pode ser considerada norma geral.

(FILHO, Misael Montenegro. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 2ª edição – São Paulo: Atlas, 2016, p. 95)

Nessa mesma inteligência, colhem-se as salutares lições trazidas por **Leonardo Carneiro da Cunha** e **João Otávio Terceiro Neto**, no artigo intitulado “A fixação de honorários de sucumbência por equidade nos casos de ‘valor excessivo’: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, *in verbis*:

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a sentença que condenava o vencido a pagar quantia deveria também condená-lo a pagar honorários de sucumbência, fixados entre dez e vinte por cento do valor da condenação, conforme dis-

punha o seu art. 20, § 3º. Nas demais sentenças, segundo o seu art. 20, § 4º, cabia ao juiz determinar o valor dos honorários por apreciação equitativa, sem vinculação aos citados percentuais. A fixação por equidade também ocorria nas causas de pequeno valor ou de valor inestimável, nas execuções, embargadas ou não, bem como naquelas em que a Fazenda Pública fosse vencida.

O Código de Processo Civil de 2015, ao disciplinar os honorários de sucumbência, estabeleceu, no seu art. 85, § 2º, que eles deviam ser “fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. O § 6º do seu art. 85 prescreve que tais parâmetros aplicam-se “independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito”, sendo devidos honorários na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente (CPC, art. 85, § 1º).

Desse modo, a fixação por equidade passou a ser aplicável, apenas residualmente, às “causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo” (art. 85, § 8º).

Além disso, o § 3º do art. 85 passou a prever percentuais específicos para as causas em que

a Fazenda Pública for parte, afastando a possibilidade de fixação de honorários por apreciação equitativa. A nova regra incide não só quando o Poder Público é vencido, mas em todos os processos em que ele for parte, independentemente de quem seja o sucumbente.

Assim, sob a égide do atual CPC, a fixação de honorários por apreciação equitativa passou a ser excepcional, apenas para casos de valor inestimável ou irrisório. E, nos termos do parágrafo único do art. 140 do próprio CPC-2015, “o juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

O parágrafo único do art. 140 do CPC contém uma norma de habilitação, assim denominada por habilitar o órgão para o exercício de uma função específica e tipificada. É norma que contém uma atribuição de poder. **Toda atribuição de poder ou de competência representa, a um só tempo, uma autorização e uma limitação. Quem age sem autorização normativa transgredir a norma, produzindo ato contrário ao direito. Enfim, a norma autoriza a decisão por equidade e, ao mesmo tempo, impõe uma limitação, no sentido de que, quando não autorizado expressamente, o uso da equidade está expressamente vedado.**

No caso dos honorários de sucumbência, sua fixação por equidade só está autorizada quando o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou quando o valor da

causa for muito baixo. Não se autoriza seu uso para os casos de valores muito altos ou expressivos. Em verdade, em tais casos, justamente por não estar autorizado, está vedado o uso da equidade.

O atual CPC, enfim, uniformizou o tratamento legal dos honorários de sucumbência. (In: Revista de PROCESSO, Ano 46, Vol. 311, Janeiro/2021: Revista dos Tribunais, pp. 300-320)

Como bem asseveraram os insígnies doutrinadores, a tese ampliativa do juízo de equidade viola o disposto no art. 140, parágrafo único, do CPC de 2015, segundo o qual “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Com efeito, a autorização legal para fixar o valor dos honorários de sucumbência por equidade apenas abrange os casos de valores irrisórios, inexpressivos ou inestimáveis, não alcançando os casos de valores expressivos ou elevados, sendo certo que tal autorização para julgar por equidade é específica (CPC, art. 140, parágrafo único), não podendo ser estendida para alcançar hipóteses contrárias àquelas expressamente previstas em lei.

Destarte, levando-se em consideração o teor do Código Fux, de objetivação do arbitramento da verba honorária sucumbencial, bem como as doutrinas supracitadas e a definição do termo “inestimável” trazida por PLÁCIDO E SILVA -acima transcrito -, o adjetivo inestimável pre-

visto no § 8º do art. 85 do CPC de 2015 deve ser compreendido estritamente no sentido daquilo que é incalculável, que não se consegue avaliar ou estimar o valor. Assim, não sendo possível mensurar o proveito econômico da causa, é que passa a incidir a necessidade de aplicação do critério da equidade para fins de fixação dos honorários do advogado, nos termos do § 8º do art. 85 e do art. 140 do CPC de 2015.

Por todas essas razões, registrando que, pessoalmente, também faço alguma ressalva ao novo disciplinamento ilimitado dos honorários advocatícios sucumbenciais, que pode conduzir a solução de litígios a situações desconfortáveis para o julgador, é de entender-se forçosa a aplicação das regras gerais, emergentes dos §§ 2º e 3º do art. 85 da Lei Processual Civil, remetendo-se a plano secundário, subsidiário, a regra do § 8º do mesmo artigo, que prevê a fixação da verba sucumbencial por juízo de equidade.

Com isso, afirma o Superior Tribunal de Justiça, de modo patente e marcante, a nova concepção sobre o tema trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, superando a arraigada cultura de excessiva subjetividade no estabelecimento, por juízo de equidade, dos honorários advocatícios sucumbenciais

pelos órgãos do Poder Judiciário, acolhida anteriormente sob a égide do CPC revogado.

A propósito, confirmam-se as ementas de recentes julgados das Turmas que compõem as Primeira e Segunda Seções, apregoando o entendimento de que **a equidade prevista pelo § 8º do referido art. 85 somente pode ser utilizada subsidiariamente, quando não for possível o arbitramento dos honorários advocatícios pela regra geral (§§ 2º e 3º) ou quando inestimável ou irrisório o proveito econômico ou muito baixo o valor da causa, *in verbis*:**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARÂMETROS. RESP N. 1.746.072/PR. SÚMULA N. 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

. A decisão monocrática que nega provimento a recurso, com base em jurisprudência consolidada desta Corte, encontra previsão nos arts. 932, IV, do CPC/2015 e 255, § 4º, II, do RISTJ, não havendo falar, pois, em nulidade por ofensa à nova sistemática do Código de Processo Civil. Ademais, a interposição do agravo interno, e seu consequente julgamento pelo órgão colegiado, sana eventual nulidade.

2. “A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 vei-

cula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo” (REsp n. 1.746.072/PR, Relator para Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/2/2019, DJe 29/3/2019). Aplicação da Súmula n. 83 do STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.534.083/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, **QUARTA TURMA**, julgado em 04/10/2021, DJe de 08/10/2021)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IRRESIGNAÇÃO SUBMETIDA AO NCP. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE DEVEM SER FIXADOS COM BASE NO VALOR DA CAUSA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. As disposições do NCP, no que se refere aos requisitos de

admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016.

2. Os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados, em regra, entre 10% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, com fundamento no art. 85, § 2º, do NCP.

3. Apenas quando não for possível identificar o proveito econômico ou quando o valor da causa se mostrar muito reduzido é que, excepcionalmente, a verba honorária deverá ser arbitrada por equidade, com fundamento no art. 85, § 8º, do NCP.

4. Quando a adoção do critério estabelecido no art. 85, § 2º, do NCP, resultar em honorários excessivos, não será possível, segundo orientação da Segunda Seção, fixá-los com base na equidade.

5. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1.600.169/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 10/08/2020, DJe de 14/08/2020)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS 7/STJ E 283/STF. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º, DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE.

1. O recurso especial preenche

os requisitos constitucionais e legais exigidos para a sua admissão, na medida em que a matéria não enseja o reexame de fatos e provas, assim como o mencionado recurso impugnou todos os fundamentos que ampararam o acórdão recorrido. Não há falar, portanto, na aplicação das Súmulas 7/STJ e 283/STF.

2. “Esta Corte Superior fixou o entendimento de que, na vigência do CPC/2015, o arbitramento de honorários advocatícios por apreciação equitativa, conforme o contido no § 8º do art. 85 do CPC/2015, somente tem guarida nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, não sendo essa a hipótese dos autos” (REsp 1.820.265/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/9/2019, DJe 16/9/2019).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AglInt no REsp 1.824.108/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, **PRIMEIRA TURMA**, julgado em 09/03/2020, DJe de 12/03/2020) **PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE EXTINÇÃO. ARBITRAMENTO DA VERBA HONORÁRIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. FIXAÇÃO. §§ 2º e 8º DO ART. 85 DO CPC/2015. Apreciação equitativa. Impossibilidade. I - O presente feito decorre de ação de execução fiscal objetivando o recebimento de crédito no valor de R\$ 195.037,49 (cento e noventa e cinco mil, trinta e**

sete reais e quarenta e nove centavos). Na sentença, julgou-se extinta a execução fiscal, tendo sido a exequente condenada a pagar honorários advocatícios em favor da executada. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a sentença foi parcialmente reformada, apenas para fixar os honorários, por apreciação equitativa. II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, nas causas em que a Fazenda Pública for litigante, os honorários advocatícios devem ser fixados observando-se os parâmetros estampados no art. 85, § 2º, caput e incisos I a IV, do CPC/2015 e com os percentuais delimitados no § 3º do referido artigo. III - Por outro lado, na vigência do CPC/2015, a fixação de honorários advocatícios, por apreciação equitativa, conforme o contido no § 8º, art. 85 do CPC/2015, somente tem guarida nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, não sendo essa a hipótese dos autos, visto que foi atribuído valor da causa no montante de R\$ 195.037,49 (cento e noventa e cinco mil, trinta e sete reais e quarenta e nove centavos), em junho de 2004.

Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.736.151/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/10/2018, DJe 6/11/2018; REsp n. 1.750.763/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Se-

gunda Turma, julgado em 6/12/2018, DJe 12/12/2018 e AgInt no AREsp n. 1.187.650/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 30/4/2018. IV - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1.424.719/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, **SEGUNDA TURMA**, julgado em 14/05/2019, DJe de 21/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CONTRIBUINTE EXCLUÍDA DO POLO PASSIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROVEITO ECONÔMICO QUE CORRESPONDE AO VALOR DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA E NÃO AO VALOR DOS BENS PENHORÁVEIS DA PARTE. PROVEITO ESTIMÁVEL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO EQUITATIVA. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, ao acolher a exceção de pré-executividade e reconhecer a ilegitimidade passiva do Particular para a Execução Fiscal, entendeu que o proveito econômico obtido, para fins de cálculo dos honorários sucumbenciais, consistiria nos bens penhoráveis da parte excipiente e, sendo ela pessoa necessitada, esse proveito seria inestimável, permitindo a fixação equitativa dos honorários prevista no art. 85, §8o. do Código Fux.

2. Contudo, para fins de fixação dos honorários sucumbenciais,

não havendo justa causa para deflagração de Execução Fiscal em seu desfavor, o proveito econômico obtido pelo Contribuinte é o próprio valor da execução fiscal, tendo em vista o potencial danoso que o feito executivo possuiria na vida patrimonial da parte executada caso a demanda judicial prosseguisse regularmente. Nesse sentido: AgInt no AREsp. 1.362.516/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 11.12.2018; REsp. 1.657.288/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.10.2017; REsp. 1.671.930/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 30.6.2017.

3. A circunstância de a executada ser pessoa necessitada não altera tal conclusão, porquanto, caso fosse parte legítima, responderia com seus bens presentes e futuros pelo pagamento integral da dívida, nos termos do art. 789 do Código Fux.

Assim, o proveito econômico não consiste no valor dos bens penhoráveis da excipiente, mas sim, ao valor correspondente a dívida pela qual ela deixou de ser responsabilizada. Em outras palavras, o proveito econômico com a extinção da execução em seu desfavor é a integralidade do que lhe estava sendo cobrado.

4. Portanto, sendo estimável o proveito econômico obtido e inexistindo qualquer excepcionalidade no casos dos autos que justifique a fixação equitativa dos honorários, não incide a previsão contida no § 8o. do art. 85 do Código Fux, devendo os autos retornarem ao Tribu-

nal de origem, para que a fixação dos honorários advocatícios observe o disposto no art. 85, §§ 2o. e 3o. do Código Fux, considerando-se como proveito econômico o valor da dívida tributária então exigida.

5. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL desprovido.

(AgInt no REsp 1.818.118/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, **PRIMEIRA TURMA**, julgado em 16/12/2019, DJe de 19/12/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR TEMPO SUPERIOR AO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL. OCORRÊNCIA. CONTRADITÓRIO PRÉVIO À SENTENÇA DE EXTINÇÃO EXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO. TESE FIRMADA NO TEMA 1 DO IAC, PRECEDENTE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUBCUMBENCIAIS. APLICAÇÃO DA EQUITADE PREVISTA PELO ART.85, § 8º, DO CPC/2015 EM CASO DE ELEVADO VALOR DA CAUSA E DE PROVEITO ECONÔMICO DE VALOR RELEVANTE IDENTIFICADO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Em conformidade com a orientação jurisprudencial firmada no Tema 1 do Incidente de Assunção de Competência (IAC) - REsp 1.604.412/SC -, precedente de observância obrigatória

nos termos do art. 927, III, do CPC/2015, nas execuções paralisadas sem prazo determinado, inclusive no caso de suspensão por ausência de bens penhoráveis (art. 791, III, do CPC/1973), o prazo prescricional da pretensão de direito material anteriormente interrompido reinicia após o transcurso de 1 (um) ano do último ato do processo. Além disso, a prescrição pode ser conhecida de ofício, desde que assegurado o prévio contraditório, a fim de possibilitar ao credor a oposição de fato obstativo, em vez do impulsionamento do processo - providência própria do abandono processual.

2. Os honorários advocatícios devem, ordinariamente, ser arbitrados com fundamento nos limites percentuais estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015 sobre o proveito econômico obtido, ou, na impossibilidade de identificá-lo, sobre o valor atualizado da causa. A equidade prevista pelo § 8º do referido artigo somente pode ser utilizada subsidiariamente, apenas quando não possível o arbitramento pela regra geral ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 983.554/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, **TERCEIRA TURMA**, DJe de 24/08/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREEN-

SÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. APRECIÇÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES LEGAIS. NÃO OBSERVÂNCIA. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. O Tribunal Superior de Justiça tem afastado o óbice da Súmula nº 7/STJ, para rever a verba honorária arbitrada nas instâncias ordinárias, quando verifica que o julgador se distanciou dos critérios legais e dos limites da razoabilidade para fixá-la em valor irrisório.

3. **O § 8º do art. 85 do CPC/2015 se aplica somente quando o valor da causa é muito baixo e, além disso, seja irrisório ou inestimável o proveito econômico experimentado. Caso contrário, os honorários advocatícios devem ser arbitrados a partir do valor da causa ou do proveito econômico experimentado, com obediência aos limites impostos pelo § 2º do art. 85 do CPC/2015, os quais se aplicam, inclusive, nas decisões de improcedência e quando houver julgamento sem resolução do mérito.**

4. *Agravo interno não provido.* (AgInt no AREsp 1.187.650/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 24/04/2018, DJe de 30/04/2018)

Feitas essas considerações, conclui-se que a possibilidade de fixação de honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade deve ser restrita aos casos previsto no art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil de 2015, não se estendendo às hipóteses em que o valor da condenação, do proveito econômico ou o valor atualizado da causa forem elevados.

Diante do exposto, corroboro o entendimento trazido no voto do eminente **Ministro OG FERNANDES**, cujas conclusões são harmônicas com o precedente da eg. Segunda Seção no julgamento do **REsp 1.746.072/PR**, do qual fui relator para o acórdão. Também o acompanhamento na solução dada ao caso concreto.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi divergindo do Sr. Ministro Relator, no que foi acompanhada pelas Sras. Ministras Maria Isabel Gallotti, Laurita Vaz e Maria Thereza de Assis Moura e pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, e os votos dos Srs. Ministros Luis

Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e João Otávio de Noronha acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Corte Especial, por maioria, conheceu do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Mauro Campbell Marques, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidos as Sras. Ministras Nancy Andrighi,

Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura e Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Impedido o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Paulo de Tarso Sanseverino.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Convocado o Sr. Ministro Sérgio Kukina.



PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “Juris Tantum” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu *site* na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

[]-2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso –

relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). *In*: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de < > (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do *site*) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n.º 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 510 e 511

Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

****O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.**