

P A R E C E R

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
– CONSULTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
DE NATUREZA SUCUMBENCIAL – REGÊNCIA
LEGAL – FIXAÇÃO NA FORMA DO ART. 85
DO NOVO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL –
LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS – CRITÉRIOS
DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA SINDICADA
– PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E
RAZOABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE
SUA UTILIZAÇÃO NO CASO CONCRETO –
ACHEGAS DOUTRINÁRIAS.

I. A CONSULTA

Honra-nos o Conselho Seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de seu Presidente, com consulta relativa à aplicação, na experiência forense, dos termos do art. 85 do Código de Processo Civil, principalmente no que concerne ao disposto no § 2º.

2. Em síntese, no Ofício 662/2018, o Presidente da Seccional Consulente assevera que, não obstante a clareza do aludido dispositivo,

parte do Judiciário do Distrito Federal vem, sistematicamente, deixando de aplicar os percentuais fixados, sob o equivocado fundamento de aplicação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da equidade.

3. A Consulente, em posição antagônica à do Judiciário, sustenta que a apreciação equitativa deve limitar-se às causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, arrematando que tal critério não encontra incidência quando se tratar de processos envolvendo a Fazenda Pública.

4. Assim posta a questão, formula a consulta em dois únicos quesitos, com este teor:

- 1) A partir do texto do art. 85 do NCPC, em especial seu parágrafo 2º, há espaço hermenêutico para utilização dos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade e aplicar valores e percentuais de honorários fora daqueles previstos na norma?
- 2) À luz das disposições do art. 85 do NCPC, há hierarquia entre os parágrafos que disciplinam a obrigação do vencido pagar honorários ao vencedor?

5. Nossa incumbência é responder à quesitação, com as achegas doutrinárias de que possamos dispor.

II. ADVERTÊNCIA

6. Antes de responder aos quesitos acima indicados, cumpre registrar que, como qualquer parecer, este somente pode legitimar-se pelos seus fundamentos, que são buscados nos princípios que informam o ordenamento jurídico brasileiro, nas regras de hermenêutica e na melhor doutrina sobre o tema em debate.

7. Não constitui demasia a advertência no sentido de que eventual paixão pelo direito da Consulente não deve ir — como

realmente não vai — ao ponto de contaminar a independência técnica do signatário, nem de induzi-lo a esposar opinião incompatível com os cânones do Direito e com os limites dos postulados científicos acima mencionados. Essa a única maneira de ficar ao largo da crítica certeira de CALAMANDREI sobre o papel dos pareceristas:

Dir-se-á que esses senhores nos querem convencer de que, nas consultas, pagas a tanto por linha, não fazem obra de partidários de A ou de B, mas de mestres desinteressados que não se preocupam com os negócios deste pobre mundo.

... não há meio de se chegar a compreender por que bulas é que nesses pareceres, a verdade, com V grande, coincide sempre com o interesse da parte que os solicitou.

8. Afirmamos, em resposta à genérica assacadilha, que não nos move nenhum interesse argentário ou subalterno. A única pretensão é fornecer uma resposta técnica adequada, que anime e impulsionne a boa aplicação da norma jurídica.

III. AS PREMISSAS NECESSÁRIAS AO EXAME DO CASO CONCRETO

9. A consulta não se faz acompanhar de nenhuma espécie de documento. Isso se deve, provavelmente, à convicção da Consulente de que o tema cujo exame é proposto reflete muito mais um conflito entre as conclusões de parcela do Judiciário do Distrito Federal e a lei de regência dos honorários advocatícios.

10. Outra possibilidade, bem presente, seria a crença da Consulente no fato de que eventuais subsídios para animar a apreciação do dissenso poderiam ser encontrados sem maior dificuldade na base de dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, doravante, simplesmente, TJDFT.

11. Outra preocupação desta manifestação será relativa ao cuidado com a forma de interpretar os textos de lei de que se valem

Advogados e Juízes para dissentir sobre a qualidade e quantidade dos honorários a fixar. Afinal, a precisão terminológica é o ponto de partida de toda e qualquer tentativa bem sucedida de interpretação da norma jurídica.

12. CALMON DE PASSOS¹, no seu precioso livro sobre nulidades, já na introdução, fez advertências belíssimas quanto ao fato de que as únicas coisas que nos legitimam como operadores do Direito — já que a nossa língua é imperfeita — são a precisão terminológica, a clareza da fundamentação e a disciplina lógica.

13. A nossa precisão terminológica, a nossa não rendição a arbítrio, a compadrio e a interesses menores é que farão de nós, operadores do Direito, dignos de legitimação social.

IV. O EXAME

14. Assim postas a consulta e as considerações preambulares, cumpre traçar o roteiro que há de ser seguido nesta manifestação.

15. Serão necessárias, em primeiro lugar, considerações de cunho histórico sobre a natureza dos honorários advocatícios fixados judicialmente, usualmente apelidados de honorários sucumbenciais (sendo certo que os chamados honorários contratuais não serão objeto de nossa preocupação para fins de resposta aos quesitos formulados).

16. Em momento posterior, será necessário visitar, em breves linhas, a evolução legislativa dos honorários advocatícios no Brasil, tanto no concernente ao tratamento que lhe foi dispensado pelos regramentos de natureza especificamente processual, quanto no pertinente ao zelo que a legislação reitora da Ordem dos Advogados do Brasil dedicou ao assunto.

¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2.

17. Após a abordagem desses dois temas que servirão de fundamento para a evolução da investigação, caberá a realização do exame do art. 85 do Código de Processo Civil, os espaços de compreensão e interpretação que sugere, as possibilidades de aplicação e os eventuais limites à ductibilidade dos chamados processos hermenêuticos. Nessa seara, caberá (i) a investigação da forma de incidência dos princípios jurídicos, em especial dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; e (ii) sobre os limites da chamada interpretação extensiva para encontrar o exato alcance da norma resultante do texto do § 8º da Lei reitora da matéria. Vamos ao trabalho!

IV.1 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: BREVE EXCURSO E NATUREZA JURÍDICA

18. Não é de hoje que se discute sobre o tema dos honorários advocatícios e sobre o melhor sistema a adotar quanto a eles. A bem da verdade, o tema é antiquíssimo e se confunde, mesmo, com a história do Direito Romano. Deveras, podemos perceber, em um primeiro momento, que havia a figura dos *cognitores*, ao tempo do Império, como defensores judiciais, representantes do *dominus litis*, isto é, do dono da causa.² VITTORIO SCIALOJA³ anota, também, a figura dos *procuratores*⁴, mais ou menos na mesma época, que também agiam em favor de uma das partes, com seus conselhos, perante o *iudex*.

19. Além desses, havia, também, a figura do *orator (causidicus)* e do *advocatus*. O primeiro falava em defesa da causa perante o *iudex*. Era o responsável pelas perorações, enquanto os *advocati* eram pessoas que, por seus conhecimentos jurídicos e técnicos especializados, ou por

² Cf. MEIRA, Silvio A.B.. Instituições de Direito Romano, 2º vol. São Paulo: Max Limonad, 4ª. edição, p. 703.

³ SCIALOJA, Vittorio, Procedimiento Civil Romano. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1954, tradução Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin, pp. 197-203.

⁴ Certamente, a figura do *cognitor* é de maior ancianidade, mas sua função era somente de representação do *dominus* no processo. Já o *procurator*, um pouco mais recente, poderia exercer outras atividades, até porque essa figura, na origem, foi instituída como uma espécie de administrador de negócios.

sua alta categoria pessoal, intervinhama na causa para confortar as partes perante o magistrado ou *iudex* com a autoridade de sua presença e de seus conselhos.⁵

20. Com o passar do tempo, essas duas figuras fundiram-se. Não por outro motivo, até hoje os advogados são também conhecidos como causídicos. Os *advocati* exerciam função honorífica ao realizar as atividades de assistência das partes. Faziam-no até, mas não necessariamente, para alcançar prestígio social e político, até com o objetivo de alcançar algum cargo público de prestígio. Não recebiam, pois, nenhuma espécie de retribuição financeira.

21. Já pelo século IV da nossa era, houve nova fusão, agora entre os *avocati* e os *procuratores/cognitores*, mas, até hoje, é comum ler-se, em instrumento de mandato, as expressões “por seu advogado e bastante procurador”, como uma espécie de reminiscência daquela situação inicial, a demonstrar que há procuradores que não são advogados.

22. Já se disse que a atividade dos *advocati* era, de início, exercida de forma gratuita. Essa situação somente foi modificada com uma Constituição de Zenão, em 487. A partir daí, o juiz passou a ter a obrigação de condenar o vencido nas despesas do processo.

23. É certo, porém, que o desenvolvimento da teoria da responsabilidade do vencido pelo pagamento das custas do processo e das verbas honorárias, não se fez de maneira uniforme, e nem com arrimo nas mesmas bases doutrinárias. É conhecida a disputa doutrinária entre a teoria da sucumbência e a da causalidade, sendo certo, entretanto, que ambas conduzem ao pagamento de verbas ao Advogado do adversário, sempre tendo em mira o valor estimável da demanda ou do proveito econômico obtentível com fundamento no seu desate.

⁵ MEIRA, cit. p. 704.

24. Como prócer da primeira, CHIOVENDA⁶ entendia que as verbas honorárias deveriam ser carregadas ao vencido, com base no chamado princípio da sucumbência, objetivamente considerada. Como defensor da segunda, CARNELUTTI⁷ apontava a causalidade com critério necessário à definição da responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo. Também é certo que ambos discutiam a questão com arrimo no Direito positivo italiano.

25. No Direito pátrio, o antigo estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil dispunha, em capítulo próprio, sobre os honorários devidos aos profissionais da advocacia, tanto em decorrência de contrato, quanto por fixação judicial, mas não cogitava expressamente de verbas de sucumbência.

26. Somente com a edição da Lei nº 4.632/1965, houve a efetiva regência da imposição das verbas de sucumbência, por meio da alteração do art. 64 do Código de Processo Civil de 1939, que passou a ter a seguinte dicção:

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

§ 1º Os honorários serão fixados na própria sentença, que os arbitrará com moderação e motivadamente.

§ 2º Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários.

27. O Código de Processo Civil de 1973, de maneira um pouco mais técnica, assim dispôs sobre a matéria relativa aos honorários advocatícios:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba

⁶ CHIOVENDA, Giussepe. *La condanna nelle spese giudiziali*. 2ª ed. Roma: Foro it., 1935.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil, tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1ª edição – São Paulo: Classic Book. 2000, vol. 2, pp. 160 e segs.

honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

.....

§ 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.

28. O novo Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/1994, também possui um capítulo próprio para a regência das verbas honorárias, sejam contratuais, sejam sucumbenciais, *in verbis*:

CAPÍTULO VI

Dos Honorários Advocatícios

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

.....

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

29. De sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 dispensou ao tema dos honorários advocatícios um especial cuidado, tal como ocorreu com o último Estatuto da OAB, sistematizando, em tudo e por tudo, a matéria de forma analítica e de superior qualidade, se considerado o tratamento estabelecido no CPC/1973, *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 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, 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.

30. É exatamente sobre o texto do supratranscrito artigo que deve incidir toda a atividade interpretativa da presente manifestação.

IV.2 OS LINDES INTERPRETATIVOS DO ARTIGO 85 DO CPC/2015

31. Antes de qualquer exame ou escolha doutrinária, convém ter presente, em toda e qualquer atividade hermenêutica, a lição que Inocêncio Mártires Coelho colhe o magistério de PAUL RICOEUR para ensinar que o texto é portador de significado, fazendo-o nestes termos:

Não há exegese sem um portador de significado (*teneur*), que é o texto e não o seu autor e, muito menos, aquele que o interpreta; se não existe um significado objetivo, então o texto não tem nada a dizer sobre qualquer coisa, liberando-se os seus ‘intérpretes’

32. Em sentido semelhante Também Alf Ross⁸ evidencia que “**toda interpretação do direito legislado principia com um texto, isto é, uma fórmula linguística escrita**. Se as linhas e pontos pretos que constituem o aspecto físico do texto da lei sã capazes de influenciar o juiz, assim é porque possuem um significado que nada tem a ver com a substância física real. Esse significado é conferido ao impresso pela pessoa que por meio da faculdade de visão experimenta esses caracteres”.

33. Houve tempo em que a teoria analítica do direito acusava a hermenêutica jurídica de ser irracional, porque não conseguia especificar seus postulados e era essencialmente solipsista. Passou essa época. ARTHUR KAUFMANN⁹ deixa claro que, hoje, teoria analítica e hermenêutica operam no mesmo espaço de exame: O sistema aberto, no

⁸ ROSS, Alf. Direito e Justiça – tradução Edson Bini – Bauru, SP: EDIPRO, 1ª. reimpressão, 2003, p. 139.

⁹ A problemática da Filosofia do Direito ao longo da História, *in* Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. A. KAUFMANN E W HASSEMER (ORG). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 134 e segs.

qual se busca um mínimo de determinação e objetividade (moderada!) do Direito. A norma jurídica não é o que o intérprete quer; ela é sempre resultado que se tira do texto.

34. Nesse sentido, GADAMER, certamente um dos maiores expoentes da teoria hermenêutica — se não for o maior — deixa bem assentado que

... o sentido que se trata de compreender somente se concretiza e se completa na interpretação, mas, ao mesmo tempo, esta ação interpretativa se mantém inteiramente atada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo veem nesta tarefa de aplicação uma liberdade frente ao texto.¹⁰

35. Forrados nesses limites doutrinários, devem situar-se os intérpretes do texto normativo encartado no Código de Processo Civil.

36. Ferindo, agora, diretamente o ponto nevrálgico da consulta, convém extraír do texto do § 2º a ideia de que o legislador estabeleceu um piso e um teto que hão de ser observados na fixação da verba honorária de sucumbência: mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre, em ordem de preferência: (i) o valor da condenação, se existente; (ii) o proveito econômico obtido; ou (iii) o valor atualizado da causa, se também o proveito econômico não puder ser mensurado. A dicção do fragmento legal é mais do que hialina. Convém repeti-la, *ad litteram*:

§ 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....

37. Há, no texto, um comando principal, pertinente à verba de sucumbência que há de ser fixada entre 10% (piso) e 20% (teto) sobre o valor (i) da condenação; ou (ii) do proveito econômico obtido; ou, finalmente, (iii) o valor atualizado da causa. São, pois, três as bases de

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método. Salamanca: Ediciones Sígueme. 12 edição, 2007, p. 405.

valores absolutos sobre as quais o magistrado poderá exercer, no intervalo de dez a vinte por cento, a escolha da verba honorária. Não poderá ficar aquém, nem ir além. Para a fixação do percentual em tela, deverá considerar o que disposto nos quatro incisos do parágrafo sob comentário: I- o grau de zelo do profissional; II- o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; e IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu exercício.

38. A única hipótese em que o intervalo estabelecido pelo § 2º (mínimo de dez e máximo de vinte por cento) pode deixar de ser atendido e aplicado é aquela encartada no § 8º do mesmo artigo, que preceitua, *in litteris*:

Nas causas em que for inestimável ou irrigório 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.

39. Ressalvada a má técnica na alocação do fragmento legal, que deveria estar topologicamente lançado no lugar do § 3º, o certo é que esse dispositivo cria uma estrita exceção à incidência do multicitado § 2º, abrangendo apenas situação relativa aos critérios de valor-base sobre o qual o percentual da verba honorária deve incidir: causas em que seja inestimável ou irrigório o proveito econômico, ou valor da causa muito baixo. Nessa hipótese excepcional, e apenas nessa, o magistrado deve fixar o valor dos honorários amparado em critérios de equidade, que permitam adequada remuneração dos profissionais da advocacia. Em qualquer outra hipótese, o valor da verba honorária há de ser fixado dentro do intervalo fixado: mínimo de dez e máximo de vinte por cento.

40. Em outra linha de investigação, e para fins de resposta à consulta formulada, temos de considerar, no exame do art. 85, duas diferentes vertentes de raciocínio hermenêutico que têm sido frequentemente associadas às possibilidades de fixação de verba honorária fora do intervalo fixado expressamente no § 2º: (i) aplicação dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade; e (ii) aplicação de interpretação extensiva ao § 8º para o fim de entender que, quando se

tratar de demanda de valor muito alto, o magistrado poderia fixar o valor da verba honorária para aquém do percentual de piso (dez por cento).

41. Convém, na ordem em que enunciadas as questões, examinar de logo a possível aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

42. Em primeiro lugar, convém afirmar que ambos os princípios são usualmente tratados como se fossem um mesmo e único princípio ou, no mínimo, irmãos xifópagos. GISELA GONDIM RAMOS¹¹, que prefere situá-los como postulados jurídicos — mas que admite, a contragosto, possam ser chamados de princípios de interpretação — afirma que ambos traduzem mandamentos de equidade, no que estamos de acordo. É certo que nenhum dos dois encontra assento constitucional, embora não sejam raras as tentativas de localizá-los na ideia de devido processo legal substancial, ou afirmar que têm sua *sedes materiae* na expressão Estado Democrático de Direito.

43. O postulado da razoabilidade (certamente de vertente norte-americana) teria incidência, no âmbito da interpretação jurídica, como instrumento de limitação à discricionariedade, a serviço da permanente busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a garantia da preservação dos direitos da cidadania. Já o postulado da proporcionalidade (de origem germânica) partiria da premissa de que o meio utilizado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é *adequado* quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é *necessário*, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.

44. A estrutura sistêmica do nosso ordenamento jurídico — e que permite compreender a constituição como um “sistema aberto de regras e princípios” como forma de manter ao mesmo tempo a segurança

¹¹ RAMOS, Gisela Gondim. Princípios Jurídicos. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 141.

normativa e o *espaço constitucional* apto a contemplar os valores e interesses das diversas vertentes do poder político — exige uma breve digressão sobre a distinção, a todas as luzes controvertida, entre princípios e regras. Nesse campo, algumas questões vão se tornando lugar-comum na literatura especializada, como, por exemplo, a afirmação, centrada no magistério de ALEXY, de que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras jurídicas são ordenações de vigência¹². Além dessa distinção, que representa uma espécie de *communis opinio*, há um sem-número de controvérsias a respeito do tema e uma plethora de critérios sugeridos para o estabelecimento da diferença fundamental entre esses dois tipos de norma. Cogita-se, aqui, dos principais e apenas na medida em que necessários ao desate dos quesitos que estão a exigir resposta.

45. Os princípios, que contemplam a pauta dos valores constitucionais, são referentes e possuem um grau de abstração¹³ maior do que o das regras, que são referidas. Em contrapartida, os princípios possuem um grau de determinabilidade do seu raio de aplicação, em relação aos casos concretos, muito menor do que o das regras.

46. As regras jurídicas, quanto ao modo de aplicação, seguem a lógica do tudo ou nada (se ocorrem os fatos sobre que devem incidir, **incidem**, se são válidas; **não incidem**, se não são válidas). Já com relação aos princípios e como se verá com mais vagar, posteriormente, as coisas não se passam assim. As suas formas de incidir e conviver ocorrem em plano diverso, que não privilegia a hesitação validade/invalidade. É que os princípios possuem uma dimensão de peso (variável ou flexível) que não é encontrável nas regras.

¹² *Inter plures*, confirmam-se Celso Lafer, Filosofia do Direito e Princípios Geais: considerações sobre a pergunta “o que é a filosofia do Direito, in O que é a filosofia do Direito, Barueri.SP: manole, 2004, p. 62; Raquel Denize Stumm, Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 42; Willis Santiago Guerra Filho, Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, in Hemenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos/ organizadores Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez. — São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.394; Daniel Sarmento, obra citada, p. 52..

¹³ Os princípios podem ser densificados por subprincípios ou por regras.

47. Ainda quanto à distinção — no campo da aplicação —, cabe anotar que os princípios, ao contrário das regras, não permitem a realização de processos subsuntivos, justamente em razão de sua baixa densidade normativa, de seu insuficiente grau de concretização.

48. Robusta parcela da doutrina, ancorada, dentre outros, nos ensinamentos de KELSEN, entende não ser possível a ocorrência de contradições normativas dentro do ordenamento jurídico — a partir da premissa de que o ordenamento jurídico constitui um **sistema** —, exatamente porque “sistema equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas”. Esse é, por exemplo, o magistério de NORBERTO BOBBIO, que adita:¹⁴ “Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.”¹⁵

49. Quando mencionamos, no item 44, a distinção entre regras e princípios, assinalamos que estes não seguem a lógica do tudo ou nada, o que, em tese, sugere a inviabilidade do acolhimento do reconhecimento de antinomias entre princípios — embora, ainda em tese, seja possível reconhecer antinomia entre regras —, cuja eventual colisão ou concorrência não se insere no âmbito da discussão validade/invalidade.

50. Noutra vertente, e partindo do magistério do Professor TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR no sentido de que para que ocorra antinomia é necessário que o receptor fique numa posição de **insustentabilidade**, parece não ser realmente o caso de falar de antinomia de princípios porque o receptor não terá de desobedecer a um para obedecer ao outro e sim, como será visto, de estabelecer um critério de dimensionamento e aplicabilidade de um e outro.

51. É claro, entretanto, que, mesmo não sendo possível cogitar da lógica do tudo ou nada, mesmo não sendo suposta contradição entre

¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. trad. De Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10^a. ed. Brasília: Editora Unb, 1999. p. 80.

¹⁵ Cabe, entretanto, o registro de que, em outra passagem, p. 113, Bobbio, afirma que a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento.

princípios capaz de gerar antinomias, é fato que aos olhos do aplicador podem surgir momentâneos estados de tensão que sugiram colisão dos princípios insculpidos na Constituição que, como sabido, é fruto de forças políticas de natureza plural, com diferentes matizes ideológicos.

52. Parece certo, assim, afirmar que a neutralidade hermenêutica é uma impossibilidade humana decorrente de sua própria historicidade. Daí o dilema doutrinário de encontrar a justa medida entre o “poder criador do direito” que deflui da interpretação realizada pelos sujeitos legitimados e a necessidade de controlar esse poder.

53. Sobre o fato de que o juiz cria direito, não parece sobejar dúvida séria. O que se questiona é o limite em que isso se dá e que não pode ir a ponto de acatar a afirmação de CHARLES HUGES que, à força da repetição inconsequente, é já um quase axioma. "A lei não é o que é. Ela é o que o Judiciário disser que ela é."¹⁶ Ora, se somente ao Judiciário couber dizer o que é a Constituição e quais leis são ou não com ela compatíveis, toda a sua conduta, por mais, estranha e arbitrária que possa parecer, poderá ser, em tese, por ele mesmo julgada constitucional.

54. Ao que parece, quando o Judiciário invoca a aplicação desses dois postulados (princípios) para fins de fixação das verbas honorárias em patamares diversos daqueles previstos nas regras de regência inscritas no Código de Processo Civil, pretende aplicar critério de ponderação tão em voga entre os adeptos das doutrinas hermenêuticas.

55. Cumpre, pois, examinar o tema da ponderação de bens, fazendo, porém, um prévio registro de natureza meramente terminológica. A doutrina e a jurisprudência¹⁷ vêm tratando o assunto considerando a ponderação de bens como sinônimo da proibição do excesso ou princípio da proporcionalidade (aqui considerado na sua tríplice dimensão: (i) necessidade, (ii) adequação, e (iii)

¹⁶Apud Carlos Mário Velloso, O Superior Tribunal de Justiça (competências originária e recursal), *in Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, pág. 3.

¹⁷ Ver Intervenção Federal nº 2.915-5, relator o Ministro Gilmar Mendes.

proporcionalidade em sentido estrito, ou como sendo a ele vinculado na sua aplicação.

56. Para os fins do presente parecer, considera-se princípio da proporcionalidade somente aquele destinado a resolver questões que envolvam a interpretação de uma regra infraconstitucional com relação a um único fundamento constitucional de validade, ou seja, quando não estejam em conflito dois princípios constitucionais, mas somente o ajustamento da norma jurídica de incidência imediata (regra jurídica) a um preceito constitucional, para que possa ser constitucionalmente aplicada.

57. Partindo das premissas fixadas precedentemente, e reconhecendo a plethora de problemas decorrentes da multiplicidade de métodos e princípios da interpretação, oferece-se o critério da ponderação como possível solução para o conflito de princípios.

58. Se, como já asseverado, os princípios não possuem alto grau de determinabilidade de aplicação às hipóteses sobre que devem incidir — necessitando de densificação por meio de outros (sub)princípios ou regras, então, fica evidenciada a dificuldade de encontrar suas extremidades e a possibilidade de colisão *intrassistema* porque, como assentado, os princípios (mormente os constitucionais nas constituições compromissórias) possuem os mais diversos matizes, sendo de acentuada dificuldade encontrar um norte constitucional.

59. São feitas, todavia, algumas sérias críticas à utilização do critério da ponderação e que são assim sumariadas por DANIEL SARMENTO¹⁸: (i) ocorreria um esvaziamento dos direitos fundamentais, submetidos a uma espécie de reserva de ponderação; (ii) o critério de ponderação é inconsistente e não oferece pautas materiais para a solução dos casos concretos; (iii) o critério implica a outorga de poderes excessivos ao Poder Judiciário.

¹⁸ Ob e loc. Cit.

60. A crítica mencionada no item (ii) é das mais sérias e irresponsáveis. Na generalidade dos casos de “aplicação”, pelo Judiciário, dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade não há pautas materiais, processos justificativos, que deem ao jurisdicionado a ideia de como e por que tais princípios podem/devem incidir para a solução daquele caso concreto. Parece que, ao Judiciário, a simples invocação daquelas palavras mágicas é capaz de funcionar como processo de justificação, ao arrepio do disposto no art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, que exige muito mais do que isso para que uma decisão judicial possa ser considerada fundamentada.

61. O que se sugere, na esteira do raciocínio do Professor CELSO LAFER¹⁹, é a hierarquia móvel ou **relação de precedência condicionada**. A ponderação sempre realizada no caso concreto supõe que os princípios não sejam sempre sopesados da mesma maneira. O seu peso é variável, conforme se apresentem os fatos no caso concreto.

62. Recentemente, a ilustre Professora ANA PAULA DE BARCELLOS buscou estabelecer “parâmetros gerais para a ponderação”²⁰ chegando ao seguinte: (i) as regras têm preferências sobre os princípios constitucionais; (ii) os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas (ou a solução que prestigia a dignidade humana tem preferência sobre as demais).

63. No pertinente ao primeiro critério, a autora traça extensas considerações para demonstrar a higidez de seu argumento, justas considerações, que sintetiza nestes termos: “diante de uma situação que exija o emprego da ponderação, as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios (constitucionais e infraconstitucionais). Isso significa, de forma simples, que diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais da hermenêutica, o

19

²⁰ In, Ponderação, Racionalidade e atividade Jurisdicional, in: A reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Luis Roberto Barroso (ORG.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 259-292.

princípio deve ceder, e não a regra, já que esta, como padrão geral, não deve ser ponderada.”

64. E continua a ilustre professora:

Esse parâmetro pode parecer em desarmonia com tudo o que recentemente se tem como conhecimento assentado acerca dos princípios: sua ascendência axiológica em relação às regras e sua centralidade no sistema. No entanto, e muito ao revés, os fundamentos desse parâmetro preferencial decorrem tanto de algumas distinções relevantes entre princípios e regras — que já se tornaram correntes na doutrina brasileira e estrangeira —, quanto dos próprios conceitos de constituição e democracia.

.....

A preferência das regras na hipótese decorre também de outro fundamento intimamente relacionado com este primeiro, mas de natureza *substancial*. A diferença estrutural entre princípios e regras não serve apenas de deleite para os teóricos e nem constitui mero capricho do legislador, que poderá escolher, em cada caso, uma fórmula ou outra (regra ou princípio) para veicular suas intenções.

65. Assim postas nossas considerações sobre os princípios invocados (não explícitos na Constituição e desdotados de densidade normativa) e sobre as regras de regência do art. 85 do Código de Processo Civil, não nos parece que, aqui, possam ter incidência ditos postulados para o fim de afastar a incidência das questionadas normas processuais.

66. E não poderiam tanto porque a esfera de incidência dos princípios, desdotados de densidade normativa, não se ajusta ao modelo de regra material/processual de fixação de honorários e porque não há nem sequer tentativa de demonstração da forma como e por que tais princípios deveriam incidir no caso concreto.

67. No que concerne, ao segundo ponto, pertinente à interpretação extensiva, assim pode ser lançada a questão, com fundamento em voto da Ministra ISABEL GALOTTI, proferido quando do julgamento do Agint nos EDcl nos EDcl no AREsp 262900:

Quando houver uma interpretação da Corte Especial sobre esse parágrafo 8º, esse §, quando fala valor ínfimo, merece **interpretação extensiva** também para valor muito alto. Nesse caso aplicaria também para o exequente. Quando o Código se referiu ao valor ínfimo, ele quer se referir a valor enorme, muito grande, porque não é possível que o Código tenha equidade só para um lado e não para outro. O sistema jurídico veda o enriquecimento sem causa. (o negrito foi acrescentado).

68. O asserto da ilustre Ministra merece meditação e alguma pesquisa doutrinária que possa forrar-nos à crítica de fazer juízos ligeiros e pedestres.

69. Ao cuidar do tema da interpretação, lecionava o inolvidável CARLOS MAXIMILIANO, *in expressis verbis*²¹, que:

Outrora distinguiam a interpretação em — gramatical e lógica, subdivididas, a primeira, em estrita e lata, e a segunda, em restritiva, declarativa e extensiva.

Se a exegese verbal tomava as palavras no significado amplo, denominavam lata; se preferiam considerá-las na acepção rigorosa, apelidavam-na estrita.

De modo diverso eram condicionadas as variantes do processo lógico. Recorriam à interpretação extensiva quando a forma positiva era demasiado estreita, continha expressões inexatas, ou inadequadas a traduzir, em sua plenitude, o sentido colimado: *minus dixit quam voluit* — “disse menos do que pretendeu exprimir.

70. GIOVANNI TARELO, em passado recente, ao cuidar das primeiras noções de interpretação deixava especificado, *ad litteram*:

Todo emprego da lei requer decisão sobre a definição de termos indefinidos, sobre a eliminação dos conflitos e lei, sobre a integrabilidade das leis, sobre a recomposição sistemática do discurso legislativo. As operações que se encontram no corrente uso moderno estão compreendidas na locução

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 197.

“interpretação da lei” e da qual, j[á] se disse no parágrafo precedente, são inevitáveis na averiguação e no uso de um direito objetivo, e não podem ser evitadas, qualquer que seja o grau de precisão e de clareza que se reconheça ao discurso legislativo *in genere* e a diferentes documentos legislativos em espécie.²²

71. TARELO indica que, em tempos antigos, a interpretação se dizia em, em contraposição a essa, havia duas outras modalidades: interpretação restritiva e interpretação extensiva.

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 larguezas, 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 audáciais do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra.”²³

73. O Já citado Alf Ross chega a idêntica conclusão, ainda que caminhando por outra estrada:

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.

²² P. 33. Trattato di Diritto Civile e Commerciale volume I. t. 2, L’Interpretazione della Legge. Mialno: Dott. A. Giufrè Editore. 1980. Tradução livre.

²³ Apud, Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 17^a. edição, p. 111.

Na interpretação extensiva, inclui-se no conteúdo da norma um sentido que já estava lá.²⁴. (o *itálico* foi acrescentado)

74. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO²⁵, 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 plethora de incisos, a regular, com absoluta intensidade a temática dos honorários, justamente porque a memória da sociedade acadêmica sobre os desvios

²⁴ Obra citada, p. 297.

²⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

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.

V.**RESPOSTA AOS QUESITOS FORMULADOS**

82. Após essas considerações doutrinárias, e sempre com a mais respeitosa vênia, à jurisprudência que parece estar a se formar, passamos a responder aos quesitos que foram formulados.

82.1 ao primeiro, respondemos: o texto do art. 85 do NCPC, em especial seu parágrafo 2º, não abre espaço hermenêutico para utilização dos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade com o fito de permitir a fixação de honorários em percentuais fora do intervalo (piso de dez e teto de vinte por cento) previsto na norma! Não há, por igual, possibilidade de uso da interpretação extensiva para atribuir à norma um sentido diametralmente oposto ao que ela claramente indica;

82.2 ao segundo, respondemos: não há hierarquia entre os parágrafos que disciplinam a obrigação do vencido pagar honorários ao vencedor. Todos os parágrafos são explicitadores de situações, e possuem diferentes âmbitos de vigência pessoal e material, não havendo, pois, superposição, nem antinomia de nenhuma espécie.

É o parecer.

Brasília, em, 04 de setembro de 2018

JORGE AMAURY MAIA NUNES

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília nos cursos de graduação, mestrado e Doutorado (aposentado). Atualmente, professor colaborador da mesma Faculdade.

Professor do curso de pós-graduação em Processo Civil do IDP.

Membro honorário da Associação Brasiliense de Processo Civil, da qual foi o primeiro Presidente.