

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA MAGISTRATURA

GREISON SALAMON

PONDERAÇÃO A REGRA DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO FUNDADAS EM DANO MORAL

Ji-Paraná

2018

ESCOLA DA MAGISTRATURA DE RONDÔNIA

**PONDERAÇÃO A REGRA DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NAS AÇÕES DE
INDENIZAÇÃO FUNDADAS EM DANO MORAL**

Trabalho de conclusão de curso
para obtenção do título de
Especialização em Direito pela
Escola da Magistratura de
Rondônia, sob a orientação
Doutorando Oscar Francisco Alves
Júnior

Ji-Paraná

2018

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

GREISON SALAMON

**PONDERAÇÃO A REGRA DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NAS AÇÕES DE
INDENIZAÇÃO FUNDADAS EM DANO MORAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola da Magistratura do Estado de Rondônia de Ji-Paraná – EMERON, em 19/06/2018, para obtenção da Especialização em Direito para a carreira da Magistratura.

Professor Orientador: Dr.Oscar Francisco Alves Júnior

Ji-Paraná, 15 de junho de 2018.

AVALIADORES

Mestra - Cláudia Marina Barcasse Moretto Alves - Nota

1ª Examinadora

Doutoranda - Larissa Pinho de Alencar Lima – Nota

2ª Examinadora

Doutorando - Oscar Francisco Alves Júnior - Nota

Prof. Orientador – Presidente

Média

Ji-Paraná

2018

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade discorrer sobre o desenvolvimento normativo, identificando o nascimento da legalidade fechada à normatividade aberta, o que se deu no período do Estado de Direito Liberal, sistema do positivismo até o acolhimento do pós-positivismo. Não há uma diferença precisa sobre regras e princípios. A identificação de uma norma como regra ou princípio somente pode ocorrer após o processo hermenêutico. Toda norma jurídica, seja regra ou princípio pode sofrer exceções, que podem vir previstas legalmente ou ser superadas no caso concreto, frente a ponderação aplicada pelo Magistrado. Identificou-se a natureza da norma que prevê o ônus de sucumbência recíproca como regra. Os princípios surgem como exceções que permitem ao Magistrado relativizar a regra da sucumbência recíproca, sempre que o autor da causa, atuar com boa fé e proporcionalidade na indicação do pedido indenizatório por danos morais. O critério de ponderação tem se mostrado o mais difundido, permitindo salvaguardar os princípios, afastando a regra casuística. O valor da causa atribuído como certo pelo Código de Processo Civil tem notória influência na fixação do ônus de sucumbência. Cabe ao Juiz, seja na sentença ou ainda na análise da petição inicial, modular o valor do pedido indenizatório, sempre informado pelo princípio da proporcionalidade e tendo por base os paradigmas praticados pelo Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Normatividade Aberta. Sucumbência Recíproca. Danos Morais. Ponderação.

ABSTRACT

The present research aims to discuss normative development, identifying the birth of legality closed to open normativity, which occurred in the period of the Liberal State of Law, a system of positivism to the reception of post-positivism. There is no precise difference about rules and principles. The identification of a norm as rule or principle can only occur after the hermeneutic process. Any rule of law, whether rule or principle, may be subject to exceptions, which may be legally foreseen or overcome in the specific case, against the weighting applied by the Magistrate. It was identified the nature of the norm that provides for the burden of reciprocal succumbing as a rule. The principles appear as exceptions that allow the Magistrate relativize the rule of reciprocal succumbency, whenever the author of the case, act with good faith and proportionality in the indication of the request for compensation for moral damages. The criterion of weighting has shown to be the most widespread, allowing safeguarding the principles, away from the casuistic rule. The value of the case attributed as certain by the Code of Civil Procedure has a notable influence in determining the burden of failure. It is up to the Judge, either in the sentence or in the analysis of the initial petition, to modulate the value of the claim, always informed by the principle of proportionality and based on the paradigms practiced by the Court of Justice.

Keywords: Open Normativity. Reciprocal Sucking. Moral damages. Weighting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
I - DA LEGALIDADE FECHADA À NORMATIVIDADE ABERTA.....	10
1.1 - Diferença entre regras e princípios.....	18
1.2 - Teorias que visam solucionar a colisão entre normas jurídicas.....	21
II – SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS FUNDADAS EM DANO MORAL.....	25
2.1 - Obrigatoriedade de Pedido Certo.....	31
2.2 - Regra da Sucumbência Recíproca.....	33
III – MODULAÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SENTENÇA E SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.....	43
3.1 - Modulação do Pedido Indenizatório em Abstrato.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é acompanhar a evolução normativa do sistema jurídico nacional, entendendo como critérios de legalidade estrita podem ser superados pela aplicação dos princípios. Neste cenário, observamos a aplicação do ônus de sucumbência nas demandas com pleito de indenização por danos morais, em especial quando a sentença atribuir sucumbência recíproca as partes.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, como inovação, trouxe a obrigatoriedade de apontamento de pedido certo, como requisito da petição inicial, inclusive nas demandas que envolvem pleito indenizatório por danos morais.

O Legislador estabeleceu ainda a vedação de compensação de honorários e a possibilidade de condenação cruzada ao pagamento de honorários advocatícios, nos casos em que houver sucumbência recíproca. Autor paga honorários ao advogado do réu e o réu paga honorários ao advogado do autor.

Abordaremos no decorrer da pesquisa se a nova regra de fixação de honorários advocatícios afrontaria princípios estabelecidos ou implícitos, como o da proporcionalidade, boa fé, causalidade, proibição de enriquecimento sem causa. E, se tal conflito entre a regra da condenação cruzada de honorários advocatícios e princípios, permitiria a utilização da técnica da ponderação, para se afastar o conteúdo normativo da regra, notadamente quando o pedido, embora certo, estivesse dentro de paradigmas praticados pelos Juízes ou Tribunal de Justiça perante o qual se demanda e ainda, nos casos em que não estiverem presentes indícios de litigância de má-fé do demandante.

A finalidade do trabalho visa identificar como a inovação legislativa de atribuição de valor certo ao pedido nas ações de indenização por danos morais, somada a vedação de compensação de honorários advocatícios, podem ser compatibilizadas dentro dos conflitos concretos, que se não enfrentadas refletiram na esfera patrimonial dos litigantes, circunstância que leva a perquirirmos sobre a

possibilidade de o Magistrado no caso concreto, utilizando-se de uma interpretação sistemática, flexibilizar a regra jurídica, pela aplicação de princípios.

O que se perceberá é que não basta que o juiz informe apenas qual a regra de direito aplicável ao caso, uma vez que a lei nem sempre se apresenta com um fator dedutivo lógico, dependendo de processo de construção valorativa e de hermenêutica do julgador, a partir de valores éticos, morais, político e culturais.

Nesta linha de desenvolvimento, temos como objetivos ainda como objetivos específicos se o Magistrado poderia, diante da demonstração da responsabilidade do réu, aplicar condenação diversa do pedido, apontado na inicial com obrigatoriedade de ser certo pelo legislador e, se tal decisão, ensejaria afronta ao princípio da congruência ou correlação entre o pedido e a sentença. E ainda, e o Juiz ao se deparar com um pedido indenizatório discrepante dos paradigmas praticados, já no despacho inicial poderia determinar a emenda.

Nesta linha, como estratégia investigativa sistematizou-se o Trabalho de Conclusão de Curso em três capítulos, conforme segue:

O CAPÍTULO I – DA LEGALIDADE FECHADA À NORMATIVIDADE

ABERTA – discorre sobre a evolução normativa, desde a formação do Estado de Direito Liberal, a partir da Revolução Francesa onde se adotou a legalidade fechada como critério único de formação do direito até o estabelecimento no pós-positivismo moderno com a adoção da normatividade aberta e aceitação da força normativa dos princípios jurídicos como espécies de norma ao lado das regras jurídicas. Apontamos as principais diferenças identificadas pela doutrina entre regras e princípios, bem como as teorias aceitas para solução do conflito entre normas jurídicas.

O CAPÍTULO II – SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

FUNDADAS EM DANO MORAL - tem por finalidade discorrer a respeito da evolução jurisprudencial, enfrentando a problemática de sucumbência parcial nas hipóteses de pedidos genéricos e certos. Aponta ainda a inovação legislativa que inibe a compensação de honorários advocatícios em casos de sucumbência parcial, circunstância que tem notória consequência prática frente a atual obrigatoriedade do autor em indicar o pedido certo de indenização por danos morais. Por fim, não deixa de apreciar a colisão existente entre a regra jurídica que estabelece o ônus de

sucumbência parcial com princípios de direito fundamental, em especial o da proporcionalidade e boa-fé, estabelecendo a hipótese de ponderação como forma de superação da norma legal.

O CAPÍTULO III – MODULAÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SENTENÇA E SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA abordaremos a luz da legislação processual a quem caberia mensurar a extensão do dano moral e sua respectiva quantificação. Se a sentença poderia ultrapassar o princípio da congruência apontando valor indenizatório diverso do pedido, bem como a possibilidade de correção do valor do pedido em abstrato, antes mesmo da formação da relação jurídica processual.

Por fim, nas **CONSIDERAÇÕES FINAIS** sintetiza-se a conclusão dos principais conteúdos de cada capítulo, expondo que a partir destas breves considerações, e como estratégia investigativa, para desenvolvimento do tema, sistematizou-se o Trabalho de Conclusão de Curso em três capítulos, os quais serão abordados a luz da doutrina mais abalizada, bem como do entendimento jurisprudencial esboçado pelos Tribunais em especial pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Rondônia.

A presente pesquisa não visa exaurir a matéria, mas, valendo-se do método didático de raciocínio, é que se desenvolverá esta monografia jurídica, tendo por base o entendimento jurisprudencial e doutrinário para a análise das controvérsias geradas a partir do conflito de normas jurídicas.

I - DA LEGALIDADE FECHADA À NORMATIVIDADE ABERTA

Para que possamos entender as circunstâncias que levou a doutrina e jurisprudência nacional a criar uma resistência na aplicação de exceções as regras legais, quando não estabelecidas previamente pelo Legislador, salutar que seja feita a análise do desenvolvimento do direito no sistema jurídico nacional.

O direito, enquanto regulador das relações sociais entre indivíduos e, entre indivíduos e Estado passou por diversas fases.

Analisaremos, de forma breve, sem enfrentamento das diversas teorias paralelas que se desenvolveram no curso, limitando-se a verificação da evolução da normatividade jurídica na fase liberal, positivista e pós-positivista, para que possamos entender o desenvolvimento e aceitação da harmonização do conteúdo normativo das regras e princípios jurídicos, hoje com positividade reconhecida.

O núcleo do presente trabalho repousa na análise do conflito existente entre uma regra legal (da sucumbência recíproca) e princípios jurídicos, sendo certo que a resistência em reconhecer a derrota e superação da norma-regra frente a um princípio, tem um conteúdo histórico relevante.

O Direito que fundamenta o Ordenamento Jurídico Brasileiro teve sua origem ligada ao Direito Europeu que apregoava um Estado de Direito Liberal, com fortalecimento dos interesses da burguesia em detrimento do Poder Absolutista Monarca.

A Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII constituiu o primeiro regime jurídico-político, materializando uma nova sociedade com relações econômicas e sociais renovadas, colocando de um lado os capitalistas (burgueses) e de outro a realeza (monarcas) (LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. 2006).

A sociedade, até então oprimida pelo absolutismo, que operava na idade média, buscava a partir da revolução francesa, ideais de liberdade econômica, permitindo a atuação individual e desvinculada do governo monarca, abrindo assim

a possibilidade de auto regulação por meio do parlamento e aumento dos lucros, até então tolhido pelos interesses da coroa, de concepção jusnaturalista, que defendia os interesses individuais dos monarcas com fundamento na religião.

Evidencia-se uma dicotomia entre o que é público e o que possui natureza privada (liberdade, vida, propriedade, capital, etc.) garantida por intermédio do império das leis.

A lei então, foi idealizada para propiciar uma aplicação generalizada, já que ao ser estabelecida, se desvinculava do individualismo monarca, permitindo uma aplicação irrestrita, garantindo-se assim a igualdade entre as classes, difusão econômica do capital e liberdade privada.

Buscava-se, portanto, a defesa do princípio da igualdade, onde a burguesia em ascensão pleiteava a submissão de todos perante a lei, afastando-se assim o risco de discriminação, ficando todas as classes sociais com tratamento uniforme, sem apego, porém, a igualdade substancial, já que o direito neste período era visto de forma autônoma, desvinculada da moral e valores sociais.(LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. 2006).

Da mesma forma, a abstração inerente a legislação, permitia que a lei fosse aplicada a casos indefinidos e futuros, sem necessidade de edição de normas direcionadas, para casos específicos, garantindo assim a segurança jurídica que era esperada pela elite.

O Direito que dava sustentação ao Poder Político e Econômico passa então a ter sua fonte ligada especificamente ao princípio da legalidade, com produção restrita ao Poder Legislativo, que em tese alavancava e prestigiava os interesses da sociedade, dada a representatividade popular inerente ao Parlamento.

Foi a forma utilizada para colocar freios e limites ao Poder do Estado, decorrente de um regime absolutista, onde o Parlamento (Legislativo) passaria a ter papel de destaque e por consequência o Executivo e Judiciário assumiriam posição de subordinação, respeitando-se assim a vontade popular, ligada aos interesses da sociedade e se submetendo por completo ao princípio da legalidade.

Nesta época, portanto, o Poder Executivo tinha atuação restrita aos limites da legalidade, não havendo campo para atuação discricionária e para o exercício do Poder de Polícia.

O Estado Liberal apregoava, portanto, o império da Lei, situação que tornou a atuação do Poder Judiciário coadjuvante, já que ao julgar ficava vinculado a repetição das consequências legais, por mera subsunção do fato, sem a possibilidade de criação de direitos novos.

Analizando o processo de criação do direito no período positivista, Norberto Bobbio exprime com exatidão a inaptidão do Poder Judiciário como fonte do direito, vejamos:

No processo de formação do Estado moderno, o juiz perde a posição que anteriormente detinha de fonte principal de produção do direito, para se transformar num órgão estatal, subordinado ao poder legislativo e encarregado de aplicar fielmente (podemos dizer, mecanicamente) as normas estabelecidas por este último. (BOBBIO, Norberto. 2006. p.171).

O Juiz, portanto, tinha seu papel restrito ao que era estabelecido pelo Legislativo, não poderia inovar, para criar a regra de direito ao caso concreto, ficando o Poder Judiciário como mero repetidor dos atos do Legislativo.

A norma jurídica com conteúdo eminentemente descritivo e operacional era aplicada aos fatos sem qualquer processo interpretativo e ou valorativo.

Conforme bem delineado por Luiz Guilherme Marinoni em seus ensinamentos, o direito decorria da lei, inexistindo criação de norma jurídica por órgãos do Poder Judiciário:

O princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito: o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. Nessa linha, Ferrajoli qualifica o princípio da legalidade como metanorma de reconhecimento das normas vigentes, acrescentando que, segundo esse princípio, uma norma jurídica existe e é válida apenas em razão da forma de sua produção. Ou melhor, nessa dimensão a juridicidade de norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um

procedimento regular. (Marinoni, Luiz Guilherme. 2015. p. 31. *apud*: Luiz Ferrajoli, Luigi, Derechos Fundamentales, cit. p.52.)

A validade da norma neste período encontrava-se intimamente ligada a sua fonte de produção, ficando o direito limitado, reduzido a lei, circunstância que impossibilitou o controle dos abusos do Parlamento, já que as leis eram editadas sem qualquer apego a justiça e valores da sociedade. (Marinoni, Luiz Guilherme. 2015. p. 33).

No período liberal, o Estado passa a ser visto em uma perspectiva de absenteísmo, tendo o indivíduo seus direitos civis e políticos decorrentes da lei, que poderiam ser oponíveis perante o Estado (LENZA.Pedro. 2017. p.1100)

Não se analisava o conteúdo material da lei, sua substância, seus valores. Sua validade era aferida tão somente a partir da fonte de produção, pouco importando o alcance social, ou qual a finalidade que tenha justificado a edição da lei.

Adotou-se no período liberal a Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, que idealizava os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário autônomos. Era a forma de repartição de poder entre a nobreza, realeza e burguesia, afastando desse modo a possibilidade de o poder ficar restrito em apenas uma classe.

Segundo Montesquieu, o Juiz não poderia ao analisar a lei atribuir critérios de equidade, sob pena de atuar como legislador, desprestigiando a separação dos poderes:

(...)a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador. (*apud*, BOBBIO, Norberto. 2006. p.40)

O ideal de liberdade, tem seu fundamento no império das leis, na separação dos poderes e no enunciado das garantias individuais, passando o direito a ser visto como regra e abstrata válida para todos e servindo como limitação a atuação do Estado(MARINONI, Luiz Guilherme, 2015. p 33).

Nesta fase a lei tinha natureza descritiva, sendo certo que seu texto para alguns se confundia com seu próprio conteúdo normativo, inexistindo a divisão entre regras e princípios.

Surge então, o Estado Democrático de Direito que, concilia “as principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a garantia dos direitos individuais, separação de poderes e a prevalência da legalidade.” (Dantas, Ivo. 1989. p.28).

O Estado de Direito, na lição de Carlos Ari Sunfeld pode ser definido:

"[...] como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado."
(SUNDFELD, Carlos Ari. 2006. p.86)

Esta concepção de Estado de Direito Moderno ligado ao positivismo jurídico e a conformação do princípio da legalidade apartado da moral e valores sociais dominou o século XIX e praticamente todo o século XX.

Muito embora tenhamos diversas escolas que disputavam o enfrentamento do direito, foi a escola da teoria positivista, que defendeu a idéia de que o direito se resumia a lei formalmente estabelecida e à busca da vontade do legislador, com separação entre o direito e a moral.

Como bem anota Guilherme Marinoni em sua obra, a observação da norma e seu caráter descritivo caracterizam o positivismo jurídico, vejamos:

A mera observação e descrição da norma constituem o ponto caracterizador do positivismo jurídico, que dessa forma pode ser visto como uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, isto é, da norma positivada. Por constituir explicação da norma, o positivismo difere nitidamente da atividade de produção do direito, ou da atividade normativa, pois a tarefa do jurista

positivista é completamente autônoma em relação à atividade de produção do direito, sendo simplesmente descritiva, ao contrário do que acontecia à época em que a atividade da jurisprudência e dos doutores criava o direito (MARINONI, Luiz Guilherme. 2015. p.37).

Para a escola positivista, a lei deveria prever todas as hipóteses de incidência e suas consequências, o que tornava a legislação obsoleta com certa frequência e demandava trabalho constante do legislador, uma vez que seria impossível prever todos os fatos da vida humana.

O engessamento do aplicador do direito, seja ele Juiz, Advogado, Promotor, etc., dado a natureza descritiva da norma, tolhia o sentimento de justiça, já que a busca pelos valores sociais de justiça não poderiam ser extraídos da norma, que teria um sentido único traçado pelo legislador.

As discrepâncias da aplicação concreta das leis, decorrida da neutralidade ou separação entre o direito e a moral, que marcou o período liberal.

A teoria positivista clássica tem por base o raciocínio da subsunção e tão somente, não dá conta de alguma forma de raciocínio jurídico que não seja uma simples dedução, ou que deixe de encaixar um caso especial dentro do molde prefixado de direito. (MARINONI, Luiz Guilherme, apud, CAPELLETTI MAURO. 2015. p. 37).

O positivismo jurídico não levava em conta o conteúdo normativo da lei, se não sua forma, seu exterior. A consequência jurídica apontada na lei era aplicada sempre que o fato guardasse correlação com a hipótese de incidência legalmente prevista, sem apego a moral e sentimento de justiça de cada caso.

Inexistia até então a possibilidade de ponderação, superação ou flexibilização de norma jurídica, ficando a regra legal, adstrita a verificação de seu enquadramento fático, levando a sua aplicação ou não, muito embora se via como notória a necessidade de criação do direito pelo processo interpretativo do Juiz, aproximando-se do sentimento de justiça e valores sociais.

De grande importância na superação da concepção jusnaturalista, rompendo com ideais de justiça divina e direito inerentes ao próprio homem, o

positivismo, sem dúvida, trouxe segurança e estabilidade em uma época marcada pela instabilidade jurídica.

Todavia, frente a evolução da sociedade e suas relações atuais complexas, a concepção de direito fechado, duro, estático não mais se justifica, situação que vem permitindo o alargamento do sentido do direito, a partir de um processo interpretativo e hermenêutico em que se busca o real sentido da norma, seu valor social, histórico e de justiça.

Com o surgimento da escola pós-positivista ou neoconstitucionalista há o rompimento com o paradigma liberal, individualista e formal de produção do direito, passando-se a partir de uma análise constitucional a observação real das complexidades das relações jurídicas existentes.

Como sugere Luiz Guilherme Marinoni, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como simples lei descritiva, se não como força que emana dos vários grupos sociais:

Por consequência, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como a época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que emanava (formalismo, estatalismo, legalismo jurídico). Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalização das forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça. (MARINONI, LUIZ GUILHERME. 2015. p.56).

Doravante, se considera a substância da lei, que deve ser conformada, aos princípios jurídicos, em especial aos princípios de direito fundamental constantes do texto constitucional, que tem em sua essência os reais valores sociais e de justiça, encontrando a lei, limites aos valores fundamentais consagrados no texto constitucional, seja de forma expressa ou implícita.

Percebe-se então que o princípio da legalidade, antes visto em sua dimensão formal, passa então a ter sua análise a partir de seu conteúdo, de sua substância.

Com o pós-positivismo, há uma flexibilização da letra da lei, que deve ser adequada aos casos concretos, aos princípios, a moral e valores sociais e de justiça.

A norma jurídica que antes era confundida com o próprio texto normativo (descritivo), necessita doravante de um processo interpretativo para que se desnude sua natureza, se regra ou princípio.

No positivismo clássico, frente ao princípio da legalidade estrita, o direito se apresentava formal, fechado, estático, criado a partir da previsão de uma hipótese de fato, para a qual se estabelecia uma consequência jurídica (regra), passa a ser visto de forma aberta, com prescrição de valores (princípios), tomando-se em consideração sua substância, permitindo que o Juiz, a partir da análise do caso concreto encontre a consequência que melhor deva ser aplicada ao caso concreto.

O sistema que até então era visto somente a partir da identificação das regras, começa a ser visto pela identificação da normatividade que emana dos princípios.

Ronald Dworkin foi o principal defensor do pós-positivismo, entendendo que a normatividade jurídica dos princípios o elevaria a condição de destaque no sistema, e rebatendo as teses que sustentam o positivismo asseverou que:

(...) “princípios” são todos os padrões que, não sendo regras, podem servir como argumentos para direitos individuais. (...) O significado dos princípios seria já evidente a partir do fato de várias decisões poderem neles se apoiar e se mostra de forma ainda mais clara através do fato de normas jurídicas poderem ser restringidas ou suprimidas através deles. Princípios devem consequentemente ser vistos como uma parte do ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico não seria portanto um sistema composto exclusivamente por regras jurídicas. Além disso não seria possível identificar os princípios através de uma regra *social* de reconhecimento. A identificação dos respectivos princípios a se levar em conta pressuporia considerações essencialmente morais. (apud, Robert. Alexy. 2014. p.131).

Com o pós-positivismo e o rompimento da neutralidade do direito, que passa a ser aplicado e interpretado a partir da análise da ética e moral, com aceitação da positividade dos valores expressos em princípios, evidencia-se a divisão das normas jurídicas em regras e, também como princípios.

Neste sentido são os ensinamentos de Pedro Lenza, a saber:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mais sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e definição de suas relação com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. (LENZA, Pedro. 2017. p.74).

Desta feita, hoje não se tem dúvida da normatividade jurídica dos princípios, estejam eles positivados ou não. E da possibilidade de um princípio, excepcionar uma regra ou uma regra excepcionar um princípio ou vice e versa.

Doravante, passaremos a análise da diferença entre regras e princípios em tópico apartado, dada a relevância jurídica do tema.

1.1 - Diferença entre regras e princípios

Como bem ponderado, após o desenvolvimento do pós-positivismo, e aceitação da moral conjugada ao direito, entendeu-se que os princípios de justiça e valores sociais fazem parte do direito, o que forneceu aos princípios a normatividade necessária à existência autônoma como norma jurídica ao lado das regras, ganhando assim positividade.

Logo, defende-se atualmente que o ordenamento jurídico é composto de normas jurídicas, que por sua vez se dividem em normas-regras e normas-princípios.

A doutrina moderna tenta estabelecer a diferença entre as regras e princípios, ponderando que elas não guardam hierarquia entre si, frente a idéia de unidade da constituição (LENZA, Pedro. 2017. p.153).

Segundo Dworkin, as regras são aplicadas de um modo “tudo ou nada”. Quando as características do antecedente da norma ocorrer, há apenas duas possibilidades. Ou a regra é válida, e a consequência jurídica deveria ser aceita ou ela não é válida, e então ela em nenhuma media resolveria o conflito (ALEXY, Robert, *apud* R. Dworkin. 2014. p.132).

Princípios, por outro lado, não determinariam necessariamente a decisão, mesmo quando se pode neles separar o antecedente normativo e a consequência jurídica, e as condições do antecedente são preenchidas. Eles simplesmente contêm razões que indicam uma ou outra decisão, que eles sugerem (ALEXY, Robert. 2014. p 132).

Nos dizeres de Plácido e Silva, princípios são normas elementares ou requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. (*apud*, Cunha, Rogério Sanches, 2007. p.17).

Nas lições do mestre de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico" (MELLO, Celso Antônio Bandeira, 2004, p .451).

São os princípios, verdadeiros preceitos normativos dotados de substância jurídica. Deixaram de ser considerados meros valores de cunho moral, passando a ocupar posição de destaque, ao lado das regras jurídicas fundamentais, com aplicação direcionada a todo o Ordenamento Jurídico.

Nota-se então, que mais do que vetores de comportamento e orientação do sistema jurídico, os princípios passaram a ter força normativa com eficácia sobre todo o sistema jurídico, situação que impõe aos Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, a sua observação.

Portanto, os princípios possuem conteúdo normativo abstrato, vago, aberto, que permite ao magistrado adequar seu conteúdo normativo a diversas situações fáticas que lhe são apresentadas, aplicando ao caso concreto as consequências jurídicas dentre as opções que o ordenamento jurídico lhe confere.

As regras, por sua vez, com conteúdo antecedente descritivo, fechado, busca de forma casuística estabelecer comandos proibitivos, mandamentais ou permissivos, indicando a consequência jurídica que deve ser aplicada.

Ao tratar da diferenciação entre regras e princípios, Robert Alexy em sua obra *Teoria Discursiva do Direito*, nos ensina que:

Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido, elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Por outro lado, princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são portanto comandos de otimização.

A distinção entre regra e princípios, para Canotilho, impõe a observação de determinados critérios:

Quanto ao grau de abstração, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida. De maneira que, em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem, já as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente. Os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional (apud, GOMES, Daniela Vasconcelos. 2006).

E segue o professor português afirmando que:

É a existência de regras e princípios que permite a compreensão do direito constitucional como um sistema aberto. Se o modelo jurídico estivesse formado apenas por regras, estaríamos restritos a um sistema fechado, com uma disciplina legal exaustiva de todas as situações, alcançando a segurança, mas impedindo que novas situações fossem abarcadas pelo sistema. Por outro lado, a adoção somente de princípios seria impossível, pois diante de tal indeterminação (sem a existência de regras precisas), o sistema mostrar-se-ia “falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”. (apud, GOMES, Daniela Vasconcelos. 2006, p. 12).

Portanto, se o Ordenamento Jurídico é composto de normas de duas espécies, para que haja aplicação válida de uma regra, deve ser perquirido se aplicação concreta desta regra não afronta princípios que integram este mesmo

ordenamento jurídico, notadamente princípios que estabeleçam normas de direito fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, boa fé, proporcionalidade.

Não é dado ao aplicador do direito aplicar uma norma sem antes investigar, através de um processo hermenêutico se o sistema jurídico em que ela está integrado a contempla, notadamente a luz de normas (regras e princípios) de natureza constitucional.

Portanto, sempre que a regra colidir com princípios jurídicos, deve ser realizada um processo argumentativo e de fundamentação para que se verifique a possibilidade ou não de manutenção ou afastamento desta regra.

1.2 - Teorias que visam solucionar a colisão entre normas jurídicas

As teorias que visam solucionar a colisão entre normas jurídicas, pretendem estabelecer critérios que permitam ao aplicador, em um processo hermenêutico identificar, soluções objetivas para superação de antinomias e/ou através de uma análise de sopesamento de valores da norma, qual delas deva prevalecer.

Ao se deparar no caso concreto com um conflito entre regras, a antinomia deve ser resolvida com a introdução de uma exceção entre elas, ou por meio de invalidação de uma delas.

Conforme teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, deve ser aplicado o modo do "tudo ou nada (*all-or-nothing fashion*). No caso concreto, diante da situação fática que permita aplicação de duas regras diferentes e, sendo caso de inexistência de exceção legalmente prevista ou a regra seria válida e a consequência jurídica deveria ser aceita ou não seria válida, e então ela em nenhuma medida resolveria o conflito, sendo considerada inválida (*apud* Alexy, Robert. 2014. p.132).

A antinomia de normas, resolve-se através de três critérios clássicos apontados por BOBBIO e aplicados por toda doutrina e jurisprudência nacional: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior*

derogat inferior e o da especialidade (*lex specialis derogat generali*) (FARIAS, Chaves. 2016. p.138).

Portanto, diante da colisão entre regras, aplicam-se os critérios informados, na forma do tudo ou nada, apontando-se a regra aplicável ao fato e consequência jurídica legalmente prevista.

Com relação aos princípios, como não se evidencia hierarquia entre eles e diante de seu conceito aberto e fluído que permite uma diversidade de interpretações, tendemos a concluir que os conflitos são frequentes, o que impõe ao exegeta a solução destas tensões.

Os critérios clássicos desenvolvidos pela doutrina não se prestam a solucionar os conflitos entre princípios, surgindo então duas teorias que vem sendo aplicadas: da concordância prática (Hesse) e da dimensão do peso (Dworkin), sendo certo que na utilização de ambas, o princípio da proporcionalidade se apresenta como soldado de linha de frente, que se sobrepõe, visando a preservação dos valores que engendram a substância de cada princípio colidente.

O princípio da concordância prática, comumente utilizado para solucionar colisão entre direitos fundamentais, dispõe que os valores constitucionais devem ser harmonizados, visando a preservação dos bens constitucionais em conflito, buscando-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes (FARIAS. Edilson Pereira de. 2016. p.98).

Tenta-se aplicar de forma simultânea e harmônica as normas ao caso concreto, ainda que haja necessidade de atenuação de uma delas.

Por sua vez, o critério de dimensão de peso e importância, leva em consideração o valor, a substância que é carregada pelos princípios colidentes, devendo o interprete, se utilizar da ponderação, avaliando quais dos princípios deva ser afastado no caso concreto, tendo sempre por base o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Humberto Ávila, as regras e princípios jurídicos devem ser interpretados e aplicados a partir de postulados jurídicos específicos:

(...) a ponderação (atribuindo-se pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais) e, específicos, estacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade (apud. LENZA. Pedro. 2017. p 153).

Vejamos os ensinamentos de Dworkin sobre o tema:

Quando dois princípios colidem, o princípio que possui o maior peso relativo decidiria, sem que, com isso, o princípio com o menor peso relativo se tornasse inválido. Nas circunstâncias de outro caso poderiam os pesos ser atribuídos inversamente. Diferentemente ocorreria com um conflito entre regras, em que, por exemplo, quando uma regra comanda algo que outra regra proíbe sem que uma das regras estatua uma exceção à outra, sempre pelo menos uma delas seria inválida. (ALEXY, Robert 2014. p. 132).

No processo de superação da regra, Ávila aponta condições, que entende serem necessárias para que possa ocorrer a derrota da regra frente a um princípio:

requisitos materiais (ou de conteúdo): a superação da regra pelo caso individual não pode prejudicar a concretização dos valores inerentes à regra. E explica o autor: ... há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação; requisitos procedimentais (ou de forma): a superação de uma regra deve ter a) justificativa condizente – devendo haver a ... demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige. E, ainda, a ... demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica. b) fundamentação condizente – as razões de superação da regra devem ser exteriorizadas, para que, assim, possam ser controladas. (...) c) comprovação condizente - (...) devem ser comprovadas por meio de provas adequadas, como documentos, perícias ou estatísticas. A mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra. (apud. LENZA. Pedro. p.158).

Ousamos discordar do autor, a segurança jurídica se atinge após repetidas decisões norteadas por um paradigma a ser seguido e não com a aplicação isolada.

Estamos com Fernando Andreoni, que defende a necessidade de universalização das decisões que estabelecem exceções, como forma de manter a coerência e segurança jurídica:

Em nome da coerência, o processo de inserção da exceção no interior da regra impõe o fenômeno da universalização, a partir do qual a decisão singular se torna paradigmática, referência e modelo às ulteriores (posteriores, acrescente-se) decisão de casos similares (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. 2010. p.88).

Certo que a fundamentação é requisito necessário em toda decisão judicial, notadamente quando o magistrado tende a afastar uma regra legal, sob pena de nulidade da decisão.

Doravante, com o desenvolvimento do tema, onde se acompanhou a evolução do princípio da legalidade, até chegarmos a divisão axiológica da norma, que tem onipresente as regras e os princípios como espécies, passaremos a análise da regra que impõe o ônus da sucumbência recíproca, apontando hipóteses que permitam excepcioná-la.

II – SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS FUNDADAS EM DANO MORAL

Após a Constituição Federal de 1988 e a codificação consumerista (Lei 8.078/90), que foi seguida pela estabilização da moeda em decorrência do plano real em 1994, houve um aumento exponencial do consumo no país, impulsionada pela variedade de produtos e indústrias estrangeiras que aqui vieram investir.

Junto com o crescente consumo, expandiu-se também uma série de conflitos, envolvendo uma gama de relações jurídicas complexas entre os indivíduos e empresas que aqui se estabeleceram.

A Jurisprudência nacional, alavancada por decisões do Superior Tribunal de Justiça, passa estimular ações em massa, repetitivas, visando a defesa de relações individuais, difusas, com pedidos indenizatórios, notadamente com pretensões fundadas em responsabilidade civil por danos morais, em casos envolvendo relação de consumo, fundadas em vícios/defeitos e fatos de produtos ou serviços colocados no mercado de consumo, sem deixar de lado, é claro, as demandas decorrentes da relação civil comum, que ajudaram a inflar o quantitativo de ações judiciais, que tem em comum a identidade de pedido: indenização por danos morais.

Não havia um regramento processual específico quanto a formatação das demandas indenizatórias, circunstância que estimulava certos exageros, quando não abusos do direito de demandar, dado os excessivos pedidos indenizatórios por alegados danos morais.

Por vezes a relação jurídica de direito processual, não guardava proporcionalidade e correspondência com o bem da vida perseguido na relação jurídica de direito processual, ficando o valor da pretensão ao bel prazer do autor, que apontava no pedido, sem qualquer critério, o montante que pretendia a título de indenização.

Não bastasse, se admitia ação com pedido genérico, onde o autor pessoa física ou jurídica, não apontava na inicial o quantum que entendia ter direito, deixando ao puro arbítrio do magistrado a fixação do *quantum indenizatório*.

Cabia ao magistrado, apontar na sentença o quantum, devido a título de indenização por lesão a esfera subjetiva do autor, seja ele qual for o dano que tenha atingido a esfera da personalidade do agente.

E, nestes casos, mesmo diante de uma sentença de procedência integral do pedido, com valor arbitrado pelo magistrado, dentre os critérios apontados em sua fundamentação, ainda assim o autor da ação manejava recurso com objetivo de majoração de valores arbitrados em 1º Grau, a quem a jurisprudência garantia interesse recursal, mesmo diante de severas críticas da doutrina.

Críticas da doutrina, afinal, se o autor pediu para que o magistrado, com exclusividade, arbitrasse o dano moral, qual seria o interesse em recorrer? Já que, com o arbitramento de um valor qualquer, o autor em tese, teria atingido seu objetivo alcançado.

A pretensão teria sido integralmente atingida, notadamente porque o autor teve a oportunidade de escolha de, ele mesmo, atribuir valor a seu pedido, tendo porém optado em delegar a fixação do valor da indenização ao arbítrio do Juiz.

Certo então que o interesse recursal (utilidade) não estaria presente, posto que o autor teve sua pretensão integralmente atendida pela sentença.

Fredie Didier Jr, na vigência do CPC/73, lecionava que:

(...), se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R\$ 1,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar de interesse recursal."(DIDIER, Fredie. 2016. 54).

Porém, como já alardeado, a jurisprudência nacional majoritariamente apontava em sentido diverso, permitindo que o autor da ação, diante do valor arbitrado pelo magistrado em uma sentença de procedência integral, manejasse

recurso de apelação, buscando aumentar o valor da indenização junto ao Tribunal, como observamos no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

MORTE DE FILHA CAUSADA POR POLICIAL MILITAR. PEDIDO GENÉRICO. VALOR ARBITRADO. INCONFORMISMO. INTERESSE EM RECORRER. CONFIGURAÇÃO. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que, em ação indenizatória por danos morais em que o valor é arbitrado pelo magistrado, existe interesse recursal do autor objetivando a majoração do quantum indenizatório. (AgRg no REsp 605.255/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 437)

No mesmo sentido decidia o Tribunal de Justiça de Rondônia, conforme julgado que segue:

Responsabilidade civil. Preliminar. Ausência de interesse recursal. Rejeição. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Cessão de crédito. Exercício regular de direito. Dano moral não configurado. Dívida exigível. Em se tratando de recurso adesivo que discute o valor da indenização por dano moral, quando este não é indicado na petição inicial, há interesse recursal, ainda que inexistam a sucumbência recíproca. A inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, decorrente de dívida proveniente de contrato de cessão de crédito, não enseja dano moral ao inadimplente. Apelação, Processo nº 0005722-04.2015.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Raduan Miguel Filho, Data de julgamento: 09/05/2018

E, mesmo quando o autor da ação, diante de sua faculdade, apontava pedido certo de indenização por danos morais, em caso de procedência/sucumbência parcial, havia uma benevolência dos Tribunais que afastavam a condenação em honorários advocatícios, atribuindo o ônus de sucumbência de forma exclusiva ao réu, por entenderem que o valor do dano moral, embora indicado na inicial, só se tornaria certo com a sentença, tema que por muito tempo restou controvertido.

A controvérsia foi dirimida pela edição de uma súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu à época que se o autor atribuísse pedido certo na inicial e, o magistrado no momento da prolação da sentença fixasse valor inferior ao pedido, tal decisão não ensejaria sucumbência parcial.

Em outras palavras, se o autor pedisse R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais e o Juiz arbitrasse em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) ou outro valor que entendesse cabível, ainda assim, saía integralmente vitorioso, com sucumbência integralmente atribuído a parte ré.

Eis o teor da Súmula 326 do STJ - *Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*

O estímulo a indústria irresponsável de demandas com pedidos indenizatórios de dano moral, como se vê, foi impulsionada, de certa forma, pelas decisões judiciais que garantiam risco zero ao postulante, que demandava com pedidos genéricos ou indicação certa e estratosférica, sem se preocupar com as consequências de eventual sucumbência/procedência parcial.

O tema foi tratado por Luiz Dellore, que ao analisar a evolução da jurisprudência nacional a luz do CPC/73 destacou que:

De qualquer forma, a jurisprudência formada à luz do CPC1973 estimulava que o pedido de dano moral fosse formulado de forma irresponsável, dando origem a um fenômeno muitas vezes denominado “indústria do dano moral”. Isso porque: (i) cabia pedido de dano moral de forma genérica[6] (ou seja, sem especificar o valor que se pretendia receber); (ii) se o pedido fosse genérico, ainda assim haveria interesse recursal[7] (portanto, se a parte não indicou o valor que queria, e o juiz fixou em R\$ 1 mil, cabia recurso para majorar o valor); (iii) no caso de parcial procedência (fixação em valor abaixo do pleiteado), não haveria sucumbência do autor[8] (logo, se o autor pediu R\$ 50 mil de dano moral e a sentença condenou em R\$ 5 mil, apenas o réu arcaria com a sucumbência). Ora, isso (a) facilita que seja pedido o dano moral de forma genérica e, qualquer que seja o valor concedido, haja recurso e (b) estimula que haja pedidos elevados de dano moral, já que não haverá risco de sucumbência. Isso acarreta, portanto, uma litigância irresponsável, permitindo a “indústria do dano moral”: pedir o máximo possível (em 1º grau ou grau recursal), sem arcar com as consequências daí decorrentes. (<http://jota.info/novo-cpc-e-o-pedido-de-indenizacao-fim-da-industria-do-dano-moral>)

O Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105 de 16 de março de 2015, inovou o tema, impingindo uma obrigação ao autor da ação de indicar já na petição

inicial o valor certo que pretende a título de dano moral: *Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;*

De certa forma, a inovação se apresentou louvável, uma vez que sendo a moral um patrimônio imaterial, subjetivo, não poderia ser apreciada e valorada por um terceiro em sua amplitude, melhor então que o próprio autor lesado apontasse já na inicial, o valor que entenda possa recompensá-lo pelo dano que alega ter suportado.

Tal inovação, aparentemente colide com o teor da Súmula 326, já que no CPC/73 não havia esta previsão.

Em que pese os defensores da tese em contrária, que defendem que a Súmula ainda persiste, entendemos que a súmula foi superada com a entrada em vigor do CPC/2015.

Junto com a obrigatoriedade de indicação de pedido certo, o Legislador trouxe a vedação de compensação de honorários advocatícios quando a sentença atribuir sucumbência recíproca aos demandantes.

Neste sentido, dispõe o caput do art. 85 do CPC, que: *A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.* Traz na sequência em seu § 14 a norma que obsta a compensação de honorários advocatícios a saber:

§ 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.

A intenção do Legislador ao somar a obrigatoriedade de atribuição de pedido certo, vedando em contrapartida a possibilidade de compensação de honorários no caso de sucumbência parcial, nos leva a crer que, quis penalizar o autor ao pagamento de honorários advocatícios sobre a parcela que sucumbiu.

Não nos importa a finalidade da norma, mas sim as consequências práticas de sua aplicação, posto que o legislador deixou de fixar exceções, circunstância que não impede que o Magistrado no caso concreto, por critérios

ponderação afaste o regramento legal, dando prioridade aos princípios que nortearam a pretensão, dentre eles o da proporcionalidade e boa-fé.

Portanto, referido dispositivo inverte o cenário estabelecido pelo art. 21 do CPC/73 que permitia, diversamente, a compensação de honorários advocatícios nos casos de procedência parcial, como se nota:

Art. 21/CPC/73 - Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

A compensação de honorários, abarcada pelo CPC/73 sofria severas críticas da doutrina ante a previsão legal do art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) sob o fundamento de que os honorários advocatícios constituem verba autônoma, pertencente ao advogado e não da parte, daí defenderem ser indevida a compensação.

Tais críticas, porém não impediram que o Superior Tribunal de Justiça editasse a Súmula 306, reafirmando a possibilidade de compensação de honorários advocatícios, em caso de sucumbência recíproca, a saber:

Súmula 306 - Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

Doravante, com o CPC/2015 o cenário tende a mudar.

A menção expressa de vedação de compensação de honorários apresentada no §14 do art. 85 do novo código, tem como intenção, não apenas remunerar o causídico que atuou no feito, mas também acabar com a farra dos pedidos absurdos, muitas vezes exagerados de indenização por danos morais, impondo nos casos de sucumbência parcial a obrigatoriedade de pagamento de honorários pela parte que sucumbiu e, neste ponto a inovação se apresenta louvável.

Porém, nem sempre o autor da ação indica valores estratosféricos, que se afastam das faixas de valores praticados pelo Tribunal de Justiça, tão pouco atua desgarrado da proporcionalidade ou da boa fé.

A grande maioria dos valores dos pedidos atribuídos as ações em que se postula indenização por danos morais, possui valor compatível com os parâmetros e indicadores de valores praticados pelos juízes e Tribunal de Justiça e, para estes casos, em que o autor atuou com lisura, retidão, boa fé e proporcionalidade ao apontar o pedido é que entendemos que a regra de fixação do ônus de sucumbência recíproca deve ser excepcionada no caso concreto.

Exemplificando, para que possamos dimensionar o problema criado com a nova norma: em um caso concreto, com aplicação da regra do §14 do art. 85 do CPC/2015, por mera subsunção formal, tendo o autor indicado o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de pedido indenizatório por danos morais, e tendo recebido sentença com procedência parcial, com reconhecimento de dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil), terá em tese sucumbido em R\$90.000,00 (noventa mil reais), valor sobre o qual terá que pagar honorários advocatícios ao advogado da parte adversa, inclusive, com abatimento sobre o valor principal que vier a receber, dada a natureza alimentar dos honorários fixados em benefício do causídico.

Diante desta perspectiva, passaremos a abordar a problemática sobre a possibilidade de flexibilização do dispositivo que estabelece sucumbência recíproca, sempre que o pedido estiver alocado dentro da faixa de valores praticados pelos Juízes e Tribunal, respeitando assim a proporcionalidade inerente a natureza da demanda, bem como a boa fé que se espera.

2.1 - Obrigatoriedade de Pedido Certo

O CPC/2015 estabeleceu a obrigatoriedade do autor da ação indicar na petição inicial o pedido certo, ainda quando não possua conteúdo econômico imediato.

A regra normativa foi estendida para as pretensões indenizatórias, fundadas em dano moral, inovação trazida pelo Legislador, que possui diversas consequências práticas, dentre elas o reflexo direito no ônus decorrente da sucumbência.

Consta do Código Adjetivo Civil que: *Art. 322. O pedido deve ser certo.*

Muito embora não seja a intenção do presente trabalho discorrer sobre os elementos da petição inicial, certo porém que o apontamento de pelo menos um pedido pelo autor se faz necessário, por se tratar de requisito obrigatório a instrumentalizar a demanda, sob pena de a inicial ser considerada inepta.

A Consequência da atribuição de pedidos certos não se trata de preciosismo do legislador e implicará diretamente na atribuição do valor da causa, cujo montante corresponde exatamente a somada dos pedidos apontados na pretensão do autor.

É certo que não há causa sem valor ou de valor inestimável, mínimo, expressões equivocadas que se encontra na coloquialidade da praxe forense (DIDIER JR. Fredie. 2016. p. 563).

O Código Estabeleceu ainda no artigo 291 que: *A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.*

Significa dizer que mesmo em pretensões de cunho meramente declaratório ou mandamental, caberá ao autor atribuir um valor monetário. E, este valor atribuído na petição inicial, mormente possa não corresponder ao exato conteúdo econômico da pretensão, será a base de cálculo para aplicação de multas processuais, custas, honorários, podendo ainda servir para definição da competência do Juízo, etc.

Dentre as consequências apontadas, a que nos chama a atenção é a utilização do valor da causa como critério legal para fixação do ônus decorrente de sucumbência, já que o legislador tornou com o CPC/2015 obrigatório o apontamento do quantum pretendido a título de indenização por danos morais, o que não existia na codificação anterior, vejamos:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; (grifei)

Doravante, passaremos a análise da regra legal que apontou o ônus de sucumbência recíproca, notadamente nas pretensões indenizatórias fundadas em dano moral, enfrentando a possibilidade de excepcioná-la, a partir da análise de princípios jurídicos, por critério de ponderação, já que inexiste na legislação de regência hipótese autêntica que permita excepcioná-la.

2.2 - Regra da Sucumbência Recíproca

Como já delineado em linhas pretéritas, nas ações indenizatórias fundadas em dano moral, nos casos em que o autor receber procedência parcial (sucumbência recíproca), como doravante não se permite mais a compensação de honorários advocatícios o autor estará obrigado a pagar honorários ao advogado da parte adversa, sobre a diferença entre a indenização recebida e o valor certo que atribuiu a seu pedido.

É a regra que se extrai do § 2º e §14 do art. 85 do CPC, vejamos:

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 (...)

§ 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.

Pelo que se nota, a aplicação irrestrita da regra legal que ordena a aplicação do ônus de sucumbência, nos casos de sucumbência recíproca, aponta para diversas discrepâncias práticas, resultando em notória afronta aos princípios de justiça social, causalidade, boa fé e proporcionalidade.

O legislador deixou de prever situações fáticas que permitissem o afastamento da regra. A ausência de previsão pelo Legislador de exceções não significa, porém, que a regra deva ser aplicada a todo custo, em todas as causas em que houver sucumbência recíproca.

O sistema jurídico nacional, compõe-se de regras e princípios normativos, os quais devem estar em completa harmonia para que possam coexistir.

Portanto, são os princípios, enunciados de valores que se apresentam em apoio ao julgador, permitindo que ele através de um processo interpretativo e de ponderação, verifique se no caso concreto a regra deva ceder espaço ao princípio, conforme tese defendida por Ronald Dworkin, a saber:

(...) os princípios, diferentemente das regras, oferecerem sempre apoio ao juiz. Quando uma resposta com base em uma regra não for possível, seria ela dada com base em princípios. Como eles pertencem ao ordenamento jurídico, o juiz nunca teria poder discricionário, no sentido de não estar vinculado ao ordenamento jurídico. (...)o juiz não inventaria sua resposta, mas, com base nos princípios, descobriria quais direitos as partes possuem. (*apud*, Robert. Alexy. 2014. p.131)

Necessário, doravante, apurar como o critério de legalidade apontado no CPC/2015 para a fixação de responsabilização sucumbencial dos demandantes possa ser flexibilizado em caso de demanda com sucumbência parcial, envolvendo pretensão indenizatória por danos morais.

Seria o caso, como dito, de o Magistrado se deparar com colisão entre a regra que impõe o ônus de sucumbência recíproca e princípios jurídicos de direito fundamental, bem como processual.

Para ilustrar o debate, suponhamos que o autor "A" atribua valor certo ao seu pedido indenizatório por danos morais, como lhe obriga a lei (art. 291 c/c art.

292, V), no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por suposta negativação indevida de seu nome em cadastro restritivo de crédito praticado pela empresa "XX". Na sentença, o magistrado reconhece a responsabilidade da empresa "XX", porém entende que os danos morais que o autor "A" sofreu deva ser indenizado pelo valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Percebemos então que o autor sucumbiu em 50% da pretensão indenizatória. Pela aplicação da regra que impõe o ônus de sucumbência (§ 14 do art. 85) o magistrado deve condenar este autor ao pagamento de honorários ao advogado do réu em patamar que varia de 10% a 20% (§ 2º art. 85), sobre a parcela que sucumbiu, pouco importando se o pedido apontado na inicial tenha respeitado todos os parâmetros de indenização praticados pelo Tribunal de Justiça em casos análogos.

Observem que, o autor esta obrigado pela norma adjetiva civil a atribuir valor certo na petição inicial, para as demandas indenizatórias por dano moral e, mesmo que atribua valor compatível com os patamares, faixas de indenização que o Tribunal de Justiça pratica, se no momento da decisão o Magistrado, diante de seu poder discricionário e processo interpretativo fixar indenização em valor inferior ao pedido, o autor terá sucumbido e terá que arcar com honorários advocatícios sobre esta parcela.

Pela regra legal (§ 14 do art. 85), fechada, casuística, mostra-se irrelevante se o autor atribuiu o valor do pedido na inicial com boa fé (dentro das faixas de valores praticados pelo Tribunal e Justiça); desconsidera-se também o princípio da causalidade, que impõe a quem deu causa a propositura da ação suportar eventuais custas e honorários de sucumbência, rompendo com valores que atentam contra o sentimento de justiça social.

Foi o autor que deu causa a propositura da ação? Ou foi a empresa XX, por ter negativado o nome do consumidor indevidamente no cadastro restritivo de crédito?

O fato do Magistrado, no caso concreto atribuir valor a indenização por dano moral em valor diferente do postulado na inicial, embora dentro da faixa de decisões praticadas é fator suficiente a ensejar a procedência parcial?

A regra normativa fixada pelo legislador não previu exceções. Tornou o núcleo da norma duro, casuístico, fechado o que, todavia, não impede, como dito, que lhe sejam atribuídas exceções com base nos princípios normativos que orientam o sistema jurídico.

Nas hipóteses em que o autor tenha respeitado os critérios de faixas de valores de indenizações fixados pelo Tribunal de Justiça ou até mesmo, pelas faixas praticadas pelos Magistrados de 1º Grau na Comarca onde demanda, não poderia lhe ser imposto o ônus de sucumbência recíproca, em afronta ao princípio da boa-fé, causalidade e proporcionalidade, este último observado em suas facetas :adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para estabelecimento da faixa de valores, obviamente que os julgados discrepantes, isolados, com fixação de indenizações fora da faixa média, devem ser desconsiderados.

O legislador previu instrumento processual adequado para se estabelecer a média de valores indenizatórios. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, deve ser utilizado pelo Tribunal para pacificar o entendimento, estabelecendo faixas de valores para as demandas de massa, orientando os Magistrados de 1º Grau e garantindo segurança jurídica ao jurisdicionado.

A Luz do Código de Processo Civil, mostra-se perfeitamente cabível o IRDR visando solucionar demandas repetitivas que apontam para risco a isonomia e segurança jurídica: *art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.*

Ao analisarmos os julgados do Tribunal de Justiça de Rondônia, para simples casos de negativação indevida no Cadastro Restritivo de Crédito, existem decisões discrepantes que afrontam a isonomia e segurança jurídica, com faixas de valores que variam de R\$10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), em média:

Telefonia. Débito. Inexistência. Negativação em órgão restritivo de crédito.
Dano moral. Procedência. Valor. Manutenção. No caso dos autos, não há

demonstração ou indícios de maior repercussão em razão do ocorrido, contudo, deve-se lembrar que a condenação por dano moral tem objetivos claros, no sentido de servir de lenitivo à vítima e de impor uma sanção ao ofensor, além de manifestar um propósito pedagógico para este último, a fim de que não mais proceda da forma equivocada.

Deste modo, entendo que o valor deve **ser arbitrado em R\$10.000,00**, atende a um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, mostrando-se afinado ao patamar usualmente adotado por esta Câmara para casos semelhantes, de modo que deve ser mantido. Diante do exposto, nego provimento ao recurso. Apelação, Processo nº 0000739-44.2015.822.0006, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de julgamento: 17/05/2018 .

Em outra oportunidade o Tribunal de Justiça majorou a indenização para o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), conforme segue:

Apelação cível. Débito. Inexistência. Dano moral. Inscrição indevida. Revelia. Fatos. Veracidade. Presunção. Manutenção. Condenação. Valor. Majoração. Honorários. Percentual. Inadequação. Má-fé. Requisitos. Demonstração. Ausência. Destarte, não existindo, no ordenamento jurídico, parâmetros para a valoração do dano moral, sabendo que este se configura no abalo psíquico, é prudente fixá-lo, sem receio de configurar enriquecimento ilícito, nesse caso, tomando por base: a) a responsabilidade objetiva da requerida; b) o abalo psíquico sofrido pelo autor; c) o porte e a condição financeira da empresa requerida. Assim, entendo que a indenização pelo dano moral deve ser majorado para R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a fim de desestimular a apelante da prática de condutas similares.

Por todo o exposto, nego provimento ao apelo da empresa requerida e dou provimento ao recurso do autor, **para majorar a condenação por danos morais para R\$25.000,00**, aplicar os juros a partir do evento danoso e majorar os honorários de advogados para 20% do valor da condenação. Mantenho a sentença nos seus demais fundamentos.

Apelação, Processo nº 0010231-34.2013.822.0005, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Moreira Chagas, Data de julgamento: 11/05/2016.

Denota-se flagrante urgência no estabelecimento de parâmetros objetivos a serem fixados pelo Tribunal de Justiça, notadamente nas hipóteses de ação em massa, como forma de evitar afronta a equidade e justiça social.

Portanto, no exemplo supra, o autor "A", ao atribuir o valor certo ao pedido, como exigido pelo legislador, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atendeu aos paradigmas praticados pelo Tribunal de Justiça, atuando com boa-fé e proporcionalidade, respeitando os parâmetros praticados.

Diferentemente seria, se o autor da ação atribuísse o valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) a título de pedido de indenização por danos morais, por uma mera negativação indevida, o que fugiria da faixa de valores praticados, demonstrando, ao contrário, que litiga em má-fé.

Não estamos a falar da boa-fé subjetiva (estado psicológico, um fato), mas sim da boa-fé objetiva, princípio geral do direito, regra de conduta, que impõe aos sujeitos processuais manter condutas de acordo com os padrões sociais de honestidade, lisura e correção.

A boa-fé objetiva deve ser analisada externamente, não importando qual o sentimento do agente, bastando verificar se o sujeito processual agiu de acordo com os padrões de comportamento (*standards*) impostos ou exigidos pelo direito em determinado local e em determinada situação de espaço e tempo. (Cavalcante, Márcio André Lopes, 2012).

É exatamente esta a discussão apontada. Atribuindo o autor da ação pedido de dano moral certo, dentro dos paradigmas praticados pelos juízes e Tribunal, em respeito a boa fé e proporcionalidade, como poderia sucumbir?

O Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu uma cláusula geral da boa-fé objetiva, norma de conduta a ser observada pelos sujeitos do processo, inclusive pelo magistrado, como se depreende do artigo 5º: *Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*

Positivado no novo Código de Processo Civil, o princípio da boa-fé objetiva pode ser extraído também de outros princípios e normas de direito fundamental constitucional.

Joan Pico i Junoy defende que o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva. Do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito ao processo com todas as garantias. Essa é também a posição do STF: RE 464.963-2/GO. (apud, DIDIER, Fredie, 2016. p.110).

Fredie Didier Jr, após discorrer sobre as diversas posições dogmáticas de enquadramento constitucional do princípio da boa-fé processual, arremata que:

(...) caracterização do devido processo legal como uma cláusula geral é pacífica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela jurisprudência. É com base nesta garantia que, no direito estadunidense, se construiu o dever de boa-fé processual como conteúdo da garantia da *fair trial*. A referência ao *due process of law* como fundamento para reprimir os comportamentos temerários é frequente nos países da *common law*. Em tais países, a cláusula geral do devido processo legal é diretamente aplicada pelas cortes como um padrão geral para a avaliação de práticas processuais inadequadas.(DIDIER, Fredie. 2016.p.111).

O princípio da boa-fé objetiva é, portanto, norma jurídica que deve ser observada, garantia aos sujeitos do processo de atuação legal, proba, escoreita.

Deve ser somado a proporcionalidade, com a qual o Juiz irá analisar se o pedido é *adequado* ao caso concreto; se é *necessário* a tutela do direito material do demandante, bem como se apresenta em grau de razoabilidade com faixas de valores praticados, servindo como fundamento da aplicação da ponderação como critério para afastamento da regra legal.

Atente-se ainda ao princípio da causalidade, que estabelece como regra que o ônus do processo, em deve ser suportado por quem deu causa a propositura da ação, que em demandas indenizatórias se apura pela identificação da responsabilidade e não apenas pelo valor do dano abstratamente estimado.

A discrepância entre o pedido estimado pelo autor e o entendimento do Magistrado no momento do arbitramento, não pode ser fator para aplicação da regra pura da subsunção, quando a pretensão estiver apontada pelo autor em grau de proporcionalidade e compatibilidade com os parâmetros (*standards*) praticados. É o caso do Magistrado, através de um processo hermenêutico, utilizando-se de uma

interpretação sistemática verificar que a regra se apresenta imune ao campo de incidência dos princípios, caso contrário, deverá a fim de dirimir o conflito entre as normas, aplicar a ponderação, afastando a regra e garantindo a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, proporcionalidade que tem berço em normas de direito constitucional fundamental.

Portanto, a mera subsunção do dispositivo legal que impõe o ônus de sucumbência recíproca não se apresenta como a solução mais adequada, exigindo o caso a aplicação da ponderação, que nada mais é do que o núcleo do princípio da proporcionalidade, analisada em sua tríade adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que permite a atribuição de exceções a regra legal.

Proporcionalidade que também tem origem na norma fundamental da cláusula do devido processo legal, na acepção substancial do *due process of law*, e que foi positivada de forma expressa no Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 8, onde verifica-se:

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.

O princípio da proporcionalidade, como decorrência da acepção substantiva do *due process of law* é vista ainda pelo Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de proibição de excesso, verdadeiro fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado. (HC 103529 - STF).

Evidente que as decisões judiciais podem se apoiar nos princípios jurídicos, podendo inclusive ser restringida ou suprimida norma jurídica, sempre que a regra venha colidir com algum princípio. E, como os princípios integram o ordenamento jurídico, o magistrado não estaria de posse de um poder discricionário absoluto, estando, portanto, vinculado ao ordenamento jurídico (Alexy, Robert).

Com base em um princípio, toda regra pode tornar-se inaplicável em circunstâncias especiais, como no caso sob análise, que a regra da fixação cruzada

de honorários advocatícios deva ser visto com ponderação, a depender da circunstância do caso concreto.

Neste sentido são os ensinamentos de Robert Alexy, em estudos a partir da teoria da ponderação apresentada por Dworkin, a saber:

Se a inaplicabilidade de uma regra com base em um princípio não significa que ela se torna simplesmente inválida, então isso significa que, com base no princípio, uma cláusula de exceção à regra é estatuída. (Alexy, ROBERT. 2014. p.134)

O próprio Código de Processo Civil conferiu ao Magistrado Instrumento para permitir que atue no caso concreto, aplicando quando necessário a ponderação, visando afastar norma jurídica, ao se deparar com colisão entre normas:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

O Legislador, se preocupou, portanto em estabelecer uma cláusula geral, que permita ao Magistrado atuar, sempre que se deparar no caso concreto com colisão entre normas jurídicas (regras e princípios).

Por óbvio que, faticamente seria impossível estabelecer exceções legais a todas as regras jurídicas criadas, até porque não se pode precisar em quais hipóteses haveria colisão com princípios de direito, e até mesmo colisão com outras regras.

Portanto, esta cláusula de exceção à regra da sucumbência recíproca nas ações de indenização por danos morais deve ser estabelecida, sempre que houver sucumbência parcial do autor da ação que, atuando com padrão de comportamento em respeito a boa fé, proporcionalidade, indicou na petição inicial valor compatível com a faixa praticada pelos magistrados de 1º Grau ou pelo Tribunal, exceção que também, melhor atenderia ao conteúdo normativo do princípio da causalidade e proibição de enriquecimento sem causa.

A boa fé, enquanto cláusula geral, vem para reforçar o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão do Poder Judiciário deve atuar ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir de casos concretos que lhe são apresentados (DIDIER JR, Fredie. 2016.p 53).

Certo então que a superação da regra legal se apresenta possível, diante das peculiaridades do caso concreto, cabendo ao magistrado identificar os elementos que permitam afastar a regra legal em abono os princípios da boa fé, proporcionalidade e causalidade, visando atender ao sentimento de justiça e pacificação social.

III – MODULAÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SENTENÇA E SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

Ao lado das partes e causa de pedir, o pedido se apresenta como elemento da demanda e sua falta, acarreta a inépcia, ensejando a rejeição da petição inicial.

O pedido, mais do que requisito da petição inicial, corresponde ao próprio bem da vida buscado em Juízo e servirá para cálculo do valor da causa. Ademais, não há causa sem valor, assim como não há causa de valor inestimável ou mínimo. (DIDIER JR. Fredie. 2016. p. 563.)

O Novo Código de Processo Civil, estabeleceu no artigo 322 que o pedido deve ser certo, indicando ainda o legislador, que nas ações indenizatórias fundadas em dano moral, o autor deve indicar exatamente o valor que pretende seja o réu condenado a indenizá-lo (art. 292, V).

Esta novidade trazida pelo legislador tornou o pedido por danos morais, uma espécie de pedido certo, contrariando, como bem aponta Daniel Amorim Assumpção Neves a posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça que admitia nestes casos o pedido genérico STJ, 4ª Turma, Resp 645.729/RJ) (ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. 2016. p.459).

Doravante, o autor ao quantificar o valor que pretende a título de indenização por danos morais, deve apontar o quanto pretende receber, exigência legal que ocasiona consequências práticas no plano da sucumbência.

A moral, a dor, honra, estado anímico, etc., são sentimentos atreladas a esfera individual de cada indivíduo.

Nesta perspectiva é que Fredie Didier Jr, defende em harmonia com o Novo Código que cabe ao próprio autor da ação quantificar o valor do dano moral, apontando como função do magistrado julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido:

Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a “dor moral” que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta “dor” poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em

pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante dizer quanto deve ser o montante. (DIDIER JR, Fredie. 2016. p.590).

Portanto, a exigência legal para atribuição de pedido e valor da causa certos nas demandas indenizatórias por dano moral, obriga o autor da ação a indicar o quanto pretende a título de indenização por dano moral.

Logo em atenção ao princípio da congruência, caberia ao magistrado apreciar os pressupostos da responsabilidade civil, apontando ser o réu o causador ou não do dano atribuído, sem se imiscuir no quantum indenizatório.

Por sua vez, o autor, caberia respeitar os parâmetros indicados pela jurisprudência em casos análogos, bem como a proporcionalidade em atenção as circunstâncias do caso concreto em respeito a boa-fé objetiva.

A sentença deve guardar estrita correspondência com o pedido, não havendo fundamento lógico-jurídico que permita afastar este raciocínio para as demandas indenizatórias fundadas em dano moral, quando o autor tenha atribuído pedido proporcional ao direito substancial em discussão.

O artigo 141 e art. 492 do Código de Processo Civil, trata do princípio da inércia e da congruência, respectivamente, que juntos impõe a correlação entre a sentença proferida pelo juiz e os limites objetivos indicados nos pedidos pelas partes demandantes.

Dispõe o art. 141 do CPC que: *O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito lei exige iniciativa da parte.*

Já o art. 492, “caput”, estabelece que: *É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

Tais dispositivos estabelecem que a sentença deve guardar estrita correspondência com o pedido apresentado pela parte, não podendo ainda, em regra, o magistrado atuar de ofício em demandas que exigem atuação da parte.

Conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco: (...) *decidir nos limites da demanda proposta (...) significa não ir além ou fora deles, nem ficar aquém*” (apud DIDIER JR., Fredie. 2016. p.366)

A exigência legal de atribuição de pedido certo nas demandas por danos morais, deve servir como limite não apenas ao autor da causa, mas também ao próprio Estado Julgador, cuja discricionariedade estaria adstrita a verificação de compatibilidade entre o pedido e os parâmetros indicados pelo Tribunal Local.

Importante que se estabeleça critérios objetivos para definição do quantum indenizatório, notadamente em demandas repetitivas, em massa, o que pode ser feito por intermédio de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, uma vez que a variação de decisões, como se viu no capítulo II desta monografia, apresenta nítido risco a isonomia e segurança jurídica (art. 976, II do CPC/2015).

Há, portanto, flagrante necessidade de o Tribunal de Justiça, o quanto antes modular as faixas de valores compatíveis com os casos corriqueiramente apresentados a julgamento, como forma de estabelecer padrões indenizatórios em casos análogos, garantindo maior isonomia e segurança jurídica nas decisões judiciais e por consequência ao jurisdicionado, destinatários da tutela jurisdicional.

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao analisar o princípio da congruência ressalta que, sua inobservância gera a nulidade da sentença:

É nula a sentença que concede a mais ou diferente do que foi pedido, como também há nulidade na sentença fundada em causa de pedir não narrada pelo autor, na sentença que atinge terceiros que não participaram do processo ou que não julga a demanda relativamente a certos demandantes. (ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. 2016. p.818).

Esta incongruência estabelecida entre a exigência legal de atribuição de pedido certo nas demandas indenizatórias fundadas em dano moral e a discricionariedade dos magistrados em atribuir o valor do dano moral, ultrapassa a dificuldade de fixação do quantum indenizatório, incidindo diretamente no ônus de sucumbência.

Vejam o exemplo: autor atribuí pedido certo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em demanda fundada em dano moral por negativação indevida nos cadastros restritivos de crédito, respeitando as faixas de valores (paradigmas) praticados ou estabelecidos pelo Tribunal de Justiça. Se no momento da sentença, o Magistrado frente ao seu poder discricionário de modular o valor pedido, condenar o réu em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), terá o autor sucumbido em 50% (cinquenta por cento) da demanda, tendo o autor que suportar o pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte adversa sobre esta parcela.

Oras, se o pedido é certo, exigido legalmente, tendo sido apresentado dentro dos paradigmas estabelecidos, como poderia o Juiz ao sentenciar atribuir valor indenizatório diverso, em total desrespeito ao princípio da congruência, ao pedido certo legalmente exigido? E mais, condenando o autor em honorários de sucumbência?

O que se sustenta é que, tendo o autor a obrigação de atribuir pedido certo, nas demandas fundadas em dano moral, dentro dos paradigmas praticados, em total observância a boa-fé objetiva, padrão de conduta que deve ser observada por todos os sujeitos do processo, não poderia o magistrado fixar indenização diversa, sob pena de nulidade da sentença por desrespeito a congruência.

O magistrado, dotado da função jurisdicional, a quem cabe dizer o direito no caso concreto, tem a liberdade de apreciação das provas, decorrência da adoção do princípio do livre convencimento motivado.

Toda decisão judicial deve guardar pertinência com as normas de direito fundamental, situação que nos permite concluir que a regra de atribuição de pedido certo nas demandas fundadas em dano moral deve ser relativizada enquanto não se estabelecerem parâmetros aceitáveis de faixas indenizatórias, cabendo aos magistrados coerência em suas decisões, como forma de orientar as partes no momento da propositura da ação.

Os juízes, dotados de sentimentos, valores, experiências sociais diversas, não podem aplicar sentenças discrepantes, atribuindo valores diversos para casos semelhantes, fato que ocasionaria patente lesão a isonomia, segurança jurídica, boa-fé, todos corolários lógicos da dignidade da pessoa humana.

Portanto, patente a necessidade de se estabelecer exceções, seja através de alteração legislativa, seja através de critérios de ponderação e ou a universalização de paradigmas a serem observados.

Ou se flexibiliza a regra que impõe o ônus de atribuição de pedido certo ou a regra que impõe o ônus de sucumbência recíproca, posto que ambas juntas colocam o autor da ação refém da discricionariedade dos Juízes, que não tem observado sequer os paradigmas praticados pelo Tribunal local.

Por fim, uma terceira hipótese, seria a possibilidade de adequação do pedido em abstrato, já no recebimento da petição inicial, o que doravante será analisado.

3.1 - Modulação do Pedido Indenizatório em Abstrato

Ao tratar sobre o tema da discricionariedade o eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello lesiona que:

Discricionariedade, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferido ao mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. 2007. p.88).

Embora tenha o autor na petição inicial indicado um valor certo, como lhe determina a legislação processual, pelas praticas costumeiras o que se verifica na atuação dos magistrados é uma atuação discricionária, em que ao bel prazer, dentro de critérios por vezes subjetivos apontam o valor indenizatório na sentença.

A discricionariedade, embora não deva ser razão de decidir, somada ao princípio do livre convencimento motivado é o fundamento maior que tem permitido ao Magistrado modular na sentença o valor pleiteado a título de indenização por danos morais.

É, portanto, na sentença que o julgador, após análise de circunstâncias fáticas, parâmetros praticados, provas, princípio da proporcionalidade e demais critérios adotados têm tornado definitivo o valor a ser indenizado a título de danos morais ao autor.

A diminuição do valor apontado na inicial, como visto, refletirá diretamente no ônus de sucumbência.

Este “poder de modulação, de corrigir o valor do pedido na sentença, todavia não se mostra compatível com as regras atuais de direito, como visto.

Há porém, possibilidade de o magistrado corrigir o valor do pedido, em abstrato, antes mesmo da formação da relação jurídica.

O artigo 292, §º3, do CPC, permite ao magistrado a alteração do valor da causa, quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou proveito econômico perseguido pelo autor.

Seria a hipótese em que o autor postula valores dissociados dos parâmetros praticados pelo Tribunal de Justiça, o que autorizaria ao Magistrado a correção do valor da causa *ex officio*.

Vejamos o que dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

§ 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

O Tribunal de Justiça de Rondônia já teve a oportunidade de enfrentar a questão, firmando tese no sentido de que o valor da causa, nos casos em que interfira na competência absoluta, pode ser modificado de ofício pelo Magistrado.

Tratava o caso de uma ação declaratória de inexigibilidade de débito fiscal cumulado com indenização por danos morais em que o autor para fugir da competência absoluta do Juizado da Fazenda Pública, atribuiu valor estratosférico ao pedido de indenização, superando assim o valor de alçada do Juizado, fixado

pela Lei 12.153/2009, que limita a competência para causas de até 60 (sessenta) salários-mínimos.

Na ocasião, o Tribunal entendeu como legítima a redução do valor dos danos morais pelo Magistrado, limitado aos paradigmas praticados e remetendo os autos ao Juizado da Fazenda, a saber:

Conflito de competência. Ação anulatória de débito fiscal. Valor da Causa. Readequação. Dano Moral. Arbitramento. Readequação de ofício. Possibilidade. Alçada do Juizado Especial da Fazenda Pública. Competência absoluta. Conexão. Execução Fiscal. Impossibilidade. Tratando-se de matéria de ordem pública, é lícito ao juiz promover, de ofício, a readequação do valor atribuído a causa, mormente quando dela depende a fixação de competência. Tendo em vista que o quantum a título de indenização por danos morais depende de arbitramento do juiz, razoável é que a sua fixação seja realizada conforme precedentes, considerando-se os valores habitualmente fixados. (Câmaras Especiais Reunidas. CC. 0800178-34.20.17.8.22.0000. Rel. Des. Roosevelt Queiroz Costa. julgado em 10/11/2017).

Embora a decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia tenha sido proferida em um conflito de competência, o Magistrado de forma fundamentada, atento aos princípios norteadores (boa fé e proporcionalidade) tendo ainda, como critério objetivo os parâmetros de valores que habitualmente são praticados pelo Tribunal já no despacho inicial teria o dever de corrigir o valor apontado.

Tal atitude, acaso confirmado na sentença responsabilidade da parte ré, culminaria na total congruência entre a sentença e o valor já modulado, com sucumbência integral da parte ré.

Impediria que o autor, titular da pretensão contra o réu não tenha que suportar o pagamento de honorários, por ter sucumbido em uma ação onde atuou dentro dos critérios de legalidade, boa fé e proporcionalidade, respeitando-se com isso o princípio da causalidade, e atingindo a pacificação social, propiciando sentimento de justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminho percorrido até aqui implicou pesquisar o desenvolvimento do sistema normativo, dentre o período da criação do Estado de Direito Liberal com a adoção da legalidade fechada como única fonte do direito, garantindo assim os ideais de liberdade que as classes sociais buscavam, rompendo com o regime absolutista e autoritário do Poder Monarca, até o atingimento do pós-positivismo e o reconhecimento da força normativa dos princípios.

Nas demandas com pleito de indenização por danos morais, quando a sentença atribuir procedência parcial, passou a ter novo regramento jurídico com o Código de Processo Civil.

Estabeleceu-se a possibilidade de condenação cruzada ao pagamento de honorários advocatícios, nos casos em que houver sucumbência recíproca. Autor paga honorários ao advogado do réu e, o réu paga honorários ao advogado do autor.

Inovou-se ainda, quanto a obrigatoriedade de apontamento de pedido certo, como requisito da petição inicial, inclusive nas demandas fundadas em pedido indenizatório por danos morais.

Com o reconhecimento da dicotomia entre regras e princípios como espécie normativa observou-se a colisão existente entre a regra que impõe aplicação do ônus de sucumbência e princípios jurídicos de direito fundamental e processual.

A nova regra de fixação de honorários advocatícios, afrontaria princípios expressos e implícitos, como o da proporcionalidade, boa fé, causalidade, congruência, proibição de enriquecimento sem causa, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Frente ao conflito de normas, a técnica da ponderação objetiva deve afastar o conteúdo normativo da regra que fixa a sucumbência recíproca, notadamente quando o pedido, embora certo, estiver dentro de paradigmas praticados pelos Juízes ou Tribunal de Justiça perante o qual se demanda, devendo ainda ser observado o comportamento processual do autor, que deve estar atrelado a boa-fé e proporcionalidade.

Verificamos que a sentença deve guardar exata correspondência com o pedido apontado como certo, desde que proporcional ao direito material em discussão e respeitados os paradigmas fixados em respeito a isonomia e segurança jurídica e, em especial ao princípio da congruência legalmente estabelecido.

Percebemos que tem se mostrado necessária o estabelecimento de exceções ao sistema que norteia a atribuição de valor a causa e definição do valor indenizatório, seja através de alteração legislativa, seja através de critérios de ponderação ou ainda pela adequação do pedido em abstrato, já no recebimento da petição inicial.

Por certo que as hipóteses para evitar as consequências práticas indesejáveis apontam para a flexibilização da regra que impõe o ônus de atribuição de pedido certo ou a regra que impõe o ônus de sucumbência recíproca, posto que ambas juntas colocam o autor da ação refém da discricionariedade do Juiz.

Doravante, teremos que aguardar o enfrentamento destas questões pelos Tribunais do país, a fim de apontar se a técnica da ponderação, com fundamento nos princípios, notadamente de direito fundamental, permitem afastar a regra do ônus de sucumbência recíproca, nos casos discutidos no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Ed. Forense. 2014.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador. Ed. JusPODIVM, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Ed. Ícone. São Paulo. 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 132.105 de 16 de março de 2015. Brasília. DF: Senado, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Boa-Fé Objetiva No Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/09/boa-fe-objetiva-no-processo-civil.html/boa-fe-objetiva-no-processo-civil.html>>. Acessado em: 25/04/2018.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

DELLORE, Luiz. **Novo CPC e o Pedido de Indenização: Fim da Indústria do Dano Moral**. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-e-o-pedido-de-indenizacao-fim-da-industria-do-dano-moral>>. Acessado em 13/03/2018.

DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 12 ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 11ª ed. Salvador. JusPODIVM, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 14ª ed. Salvador. Jus PODIVM. 2016.

GOMES, Daniela Vasconcellos. **A distinção de regras e princípios da visão de J.J.Comes Canotilho**. Disponível em: Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318>>. Acesso em 13/03/2018.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. **Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Processo Civil**. Vol.1. 2ª Tiragem. São Paulo. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33 ed. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5º ed. Ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Ed. Juruá. Curitiba. 2016.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Gerada mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

S159p Salamon, Greison.

Ponderação a regra da sucumbência recíproca nas ações de indenização fundadas em dano moral / Greison Salamon. -- Ji-Paraná, RO, 2018.

53, f. : il.

Orientador(a): Prof. Oscar Francisco Alves Júnior

Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito) - Escola da Magistratura de Rondônia – EMERON

1. Normatividade Aberta. 2. Danos Morais. 3. Sucumbência Recíproca. 4. Ponderação. I. Alves Júnior, Oscar Francisco. II. Título.

347.13
