

Greison Salamon

Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (2002). Atualmente é Assessor de Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. (Texto gerado automaticamente pela aplicação CVLattes)

Oscar Francisco Alves Júnior

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2019). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (2008). Mestrado Profissional em Poder Judiciário (2010). Pós-graduação pela Fundación General Universidad de Salamanca/Espanha - USAL (2011). MBA em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2009). Especialização pela Faculdade Integrada de São Carlos - FADISC (1996). Bacharel em Teologia pela Universidade Metodista de São Paulo - UMESP (2014). Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - ITE (1992). É Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia desde 2001. Diretor-Adjunto da Escola Nacional dos Magistrados Estaduais (ENAMAGES). Coordenador da Pós-Graduação da Escola da Magistratura em Ji-Paraná (de 2008 a 2013 e 2017). Membro da Turma Recursal (de 2006 a 2013). Juiz Eleitoral (de 2009 a 2011). Professor na Escola da Magistratura (desde 2005). Professor na Pós-Graduação e graduação do Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (desde 2005).

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

Greison Salamon
Oscar Francisco Alves Júnior

RESUMO

Esta pesquisa tem por finalidade discorrer sobre a aplicação da regra normativa do ônus de sucumbência recíproca nas demandas fundadas em dano moral. O trabalho analisa a possibilidade de relativizar a regra sempre que o autor da causa atuar com boa fé, indicando pedido de forma proporcional as faixas de valores indenizatórios praticados pelo Tribunal de Justiça, através de um critério de ponderação que permita salvaguardar os princípios, afastando a regra casuística. A pesquisa busca ainda apresentar alternativas de solução de fixação do ônus de sucumbência recíproca, que atendam aos princípios da proibição de enriquecimento sem causa, causalidade e congruência entre a sentença e o pedido.

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

Introdução

O escopo do presente trabalho é tecer comentários sobre a aplicação do ônus de sucumbência nas demandas com pleito de indenização por danos morais, quando a sentença atribuir sucumbência recíproca as partes.

A importância do tema tem relação com vários aspectos, até porque dano é tudo aquilo que molesta a alma humana e fere gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade, nesse prisma parafraseando Yussef Said Cahali. Outrossim, quando levado ao Poder Judiciário para dirimir a controvérsia gera diversos

desdobramentos, dentre eles o valor da sucumbência, que é o objeto deste trabalho.

Como estratégia de apresentação da pesquisa o trabalho sistematiza a apresentação do tema em três partes. Primeiramente aborda a questão da Indústria do Dano Moral estabelecida no CPC/73 e na segunda parte discorre sobre Regra da Sucumbência Recíproca e, então, analisa a temática do Valor da Causa nas Ações de Indenização por Dano Moral e Poder de Modulação do Magistrado.

Para tanto se utilizou de pesquisa bibliográfica e documental, destacando que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu-se a possibilidade de condenação cruzada ao pagamento de honorários advocatícios nos casos em que houver sucumbência recíproca, sendo que o autor paga honorários ao advogado do réu e o réu paga honorários ao advogado do autor. Ainda, como inovação houve a obrigatoriedade de apontamento de pedido certo, como requisito da petição inicial, inclusive nas demandas que envolvem pleito indenizatório por danos morais.

Diante deste contexto questiona-se 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, também, 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, não estivessem presentes indícios de litigância de má-fé do demandante.

Por fim, 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.

Indústria do Dano Moral estabelecida no CPC/73

Após a Constituição Federal de 1988 e a codificação de consumo (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 vieram investir no Brasil.

Junto com esta crescente, ocorreu um desenvolvimento da jurisprudência nacional, alavancadas por decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que passaram a estimular ações em massa com pedidos indenizatórios, notadamente com pleito de reparação por alegados danos morais, em casos envolvendo abuso de direito ou danos decorrentes de vícios/defeitos de produtos ou serviços colocados no mercado de consumo, sem deixar de lado, é claro, as demandas decorrentes da relação civil comum.

Se admitia ação com pedido genérico, em que o autor pessoa física ou jurídica, deixava ao arbítrio do Magistrado a fixação do quantum indenizatório.

E, nestes casos, mesmo diante de uma sentença de procedência integral do pedido, com valor arbitrado pelo Magistrado, 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.

Defendia-se que se o autor pediu para que o Magistrado arbitrasse o dano moral, qual seria o interesse em recorrer, já que teve seu pleito integralmente atendido?

Dentre outros, 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."

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 se observa no seguinte julgado:

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)

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, grande parte dos Tribunais afastava a condenação em honorários advocatícios, 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 atribuisse 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, o autor pedia R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, o Juiz arbitrava em R\$50.000,00 (cinquenta mil) ou outro valor que entendesse cabível e assim saía integralmente vitorioso.

Nesse sentido, 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 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), o que de certa forma se apresenta louvável, uma vez que sendo a moral um patrimônio imaterial, subjetivo, não poderia ser apreciada e valorada por um terceiro em sua amplitude.

Somada a obrigatoriedade de indicação de pedido certo, trouxe ainda o CPC/2015 a vedação expressa de compensação de honorários advocatícios quando a sentença atribuir sucumbência recíproca aos

demandantes:

Art. 85, § 14 do Código de Processo Civil de 2015: 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.

O referido dispositivo inverte o cenário estabelecido pelo artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973 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, muito criticada pela doutrina ante a previsão legal do art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) de serem os honorários de titularidade do advogado e não da parte, foi reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça com a edição da 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.

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.

Contudo, necessário se faz destacar que nem sempre o autor da ação indica valores estratosféricos, ou seja, que se afastam das faixas de valores praticados pelo Tribunal de Justiça.

A grande maioria dos valores dos pedidos atribuídos nas ações em que se postula indenização por danos morais, possui valor compatível com o parâmetro médio de valores praticados pelos juízes e Tribunal de Justiça e, para estes casos, a presente pesquisa entende que a regra de fixação do ônus de sucumbência deve ser excepcionada, conforme

se explicita na sequência.

Em um processo, com aplicação da regra, 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), valor sobre o qual terá que pagar honorários advocatícios ao advogado da parte adversa, inclusive, com abatimento sobre o valor principal, dada a natureza alimentar dos honorários fixados em benefício do causídico.

Diante desta perspectiva, passa-se 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 acolhidos pelos julgados dos juízes e Tribunal.

Regra da Sucumbência Recíproca

Como já adiantado, o CPC/2015 estabeleceu a obrigatoriedade do autor da ação indicar na petição inicial o pedido certo (caput, art. 322), ainda quando não possua conteúdo econômico imediato (art. 291), regra normativa que foi estendida para as pretensões indenizatórias, inclusive nas ações fundadas em dano moral (art. 292, V), o que irá refletir diretamente no ônus de sucumbência.

Portanto, nas ações indenizatórias fundadas em dano moral, nos casos em que o autor receber procedência parcial, como doravante não se permite mais a compensação de honorários advocatícios (§ 14 do art. 85) o autor estará obrigado a pagar honorários ao advogado da parte adversa, sobre a diferença entre a indenização recebida e o valor atribuído a causa.

Pelo que se nota, a aplicação irrestrita da regra de fixação de honorários advocatícios quando houver sucumbência recíproca não nos parece a melhor solução, notadamente quando observamos a colisão desta regra com princípios normativos.

Sabe-se que o ordenamento jurídico é composto de normas

jurídicas, que por sua vez se dividem em normas-regras e normas-princípios.

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

Diversamente, os princípios possuem conteúdo normativo abstrato, vago, aberto, que permitem 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.

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.

Portanto, se o Ordenamento Jurídico é composto de normas de duas espécies, para que a aplicação válida de uma regra seja indiscutível, deve respeitar os princípios normativos que integram este mesmo sistema.

Não é dado ao aplicador do direito aplicar uma norma sem antes perquirir, 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.

Sempre que a regra colidir com princípios jurídicos, deve ser realizado um processo argumentativo e de fundamentação para que se verifique a possibilidade ou não de manutenção ou afastamento

desta regra.

Para ilustrar o debate, suponha-se 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\$ 10.000,00 (dez 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\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Percebe-se então que o autor sucumbiu em 50% da pretensão indenizatória, determinando a regra da fixação de honorários advocatícios (§ 14 do art. 85) que 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, mesmo que o pedido apontado na inicial tenha respeitado todos os parâmetros de indenização praticados pelo Tribunal de Justiça em casos análogos.

Observe-se que o autor está 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 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), irrelevante se o autor atribuiu o valor do pedido na inicial com boa fé (dentro das faixas de valores praticados pelo Tribunal de Justiça); desconsidera-se também o princípio da causalidade, que impõe a quem deu causa a propositura da ação suportar custas e honorários de sucumbência.

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 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.

Para estabelecimento da faixa de valores, 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.

Observe-se no exemplo dado, ao analisar os julgados do Tribunal de Justiça de Rondônia, para casos de negativação indevida no Cadastro Restritivo de Crédito, existem decisões com faixas de valores que variam de R\$10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), em média.

Certo que o autor "A", ao atribuir o valor certo ao pedido, como exigido pelo legislador, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atendeu aos paradigmas praticados pelo Tribunal de Justiça, atuando com boa-fé, respeitando os parâmetros praticados.

Diferentemente seria, se o autor da ação atribuisse o valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) a título 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 se está aqui 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, 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 norma jurídica que deve ser observado, garantia aos sujeitos do processo de atuação legal, proba, escoreita, que somado a proporcionalidade, fundamento da aplicação da ponderação como critério para afastamento da regra legal.

O princípio da causalidade, boa-fé, impõem a quem deu causa suportar as consequências do processo judicial. A discrepância entre o pedido autoral 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 caso do Magistrado, através de um processo hermenêutico, utilizando-se de uma interpretação sistemática verificar se a regra se apresenta imune ao campo de incidência dos princípios. Caso contrário, deverá com o objetivo de dirimir o conflito entre as normas, aplicar a ponderação, afastando a regra, e garantindo a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, 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 restrição de normas regras através da aplicação de princípios.

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 restringidas ou suprimidas normas jurídicas, 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 vista 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)

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 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.

Portanto, 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).

Valor da Causa nas Ações de Indenização por Dano Moral e Poder de Modulação do Magistrado

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 apontado na inicial servirá como base para o valor da causa. Não há causa sem valor, assim como não há causa de valor inestimável ou mínimo. (DIDIER JR. Fredie. 2016. p. 563.)

Acontece que o Novo Código de Processo Civil estabeleceu no artigo 322 que o pedido deve ser certo, indicando ainda em seu art. 292, inciso V que nas ações indenizatórias fundadas em dano moral, o autor deve indicar o valor pretendido.

Esta novidade trazida pelo legislador tornou o pedido por danos morais, uma espécie de pedido certo, contrariando, como bem aponta Daniel Amorim Assumpção Neves, posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça que admite 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 da indenização por danos morais, deverá 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 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, já apontado como certo, desde que, é claro, não discrepe dos parâmetros indicados pelo Tribunal, 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 em conjunto com o artigo 492 do Código de Processo Civil, tratam do princípio da inércia e da congruência, que impõem a correlação entre a sentença proferida pelo juiz e causa de pedir, pedidos e partes do processo, todos elementos da demanda.

Dispõe o artigo 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 artigo 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 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. 11ª ed. 2016. p.366)

A exigência legal de atribuição de pedido certo as demandas por danos morais, deve servir como limite ao órgão julgador, cuja discricionariedade estaria adstrita a verificação de compatibilidade entre o pedido e os parâmetros indicados pelo Tribunal em incidentes

de IRDR, passível de ser estabelecido, uma vez que a variação de decisões apresenta nítido risco a isonomia e segurança jurídica (art. 976, II do CPC/2015).

Daí a 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.

Observe-se o exemplo: autor atribui 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.

Ora, se o pedido é certo, exigido legalmente, tendo sido

apresentado dentro dos paradigmas estabelecidos, como poderia o Juiz sentenciar atribuindo 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 sendo o 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, fundada no livre convencimento motivado não pode ficar restrito as regras fechadas, casuísticas estabelecidas pelo legislador ordinário.

O ordenamento jurídico é amplo, 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, sob pena de as partes ficarem entregues a livre discricionariedade dos juízes, dotados de sentimentos, valores, experiências sociais diversas, ocasionando patente lesão a isonomia, segurança jurídica, boa-fé, todos corolários lógicos da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do ônus de sucumbência, nas demandas com pleito de indenização por danos morais, quando a sentença atribuir procedência parcial as partes 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.

As novas regras de fixação de honorários advocatícios, pelo que analisado, afrontaria princípios estabelecidos ou 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 afastar o conteúdo normativo da regra que fixa a sucumbência recíproca, notadamente quando o pedido, embora certo, estivesse dentro de paradigmas praticados pelos Juízes ou Tribunal de Justiça perante o qual se demanda e, ainda, não estivessem presentes indícios de litigância de má-fé do demandante.

A pesquisa verificou 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.

Doravante, necessário se faz 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.

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. <http://www.dizerodireito.com.br/2012/09/boa-fe-objetiva-no-processo-civil.html>

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

DIDIER JR., Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

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.