

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/12/2012

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/34443-a-ind-stria-do-dano-moral>

Autore: José Geraldo da Fonseca

A Indústria do Dano Moral

A Indústria do Dano Moral

José Geraldo da Fonseca

Premissa

As pessoas andam com o ego à flor da pele. Qualquer problema corriqueiro, banal, que num outro contexto seria resolvido sem alarde, é agora motivo de processo. O crescente resgate da cidadania e a releitura da escritura de pessoa têm gerado no judiciário, especialmente o trabalhista, consequências imprevisíveis, curiosas e perversas. Massificados por uma enganosa propaganda oficial de que já não são cidadãos de segunda classe, mas destinatários naturais da ordem jurídica, todos julgam-se socialmente inteiros, e não mais meros apêndices de si mesmos, o que os deixa muito atentos aos seus direitos, mas, infelizmente, pouco ciosos dos seus deveres.

O acesso amplo e barato ao processo estimula a banalização das lides e o descompromisso com a ética judiciária. O processo moderno é, antes de tudo, palco de malandragem, espécie de jogo de adivinhações que transforma cada causa num teatro bufão onde nem sempre vence quem tem razão, mas o mais astuto, o que mais bem sabe manejar preliminares e atuar nos desvãos da ciência processual. A lide processual deixou de ser uma arena segura, com regras claras, armas iguais, onde cada litigante sabe de antemão o que esperar do oponente.

Não!

O processo moderno é uma “*caixa de Pandora*”.

No curso da lide, a provisória fragilidade de uma parte já não provoca na outra comiseração ou sentimento de equidade, nem o juiz se vê na obrigação de compensar juridicamente o economicamente desigual. Ninguém no processo está preocupado com a evidência de que certa situação jurídica desigual deve ser equilibrada para que ambos duelem com armas de mesmo calibre, para que a justiça prevaleça não porque o adversário foi mais ardiloso, malandro ou oportunista, mas porque estava do lado de quem agiu com lealdade, verdade e boa-fé.

Há dois réus confessos: os advogados e os juízes, nessa ordem. Os primeiros, porque pedem o que sabem não ser devido, escondidos sob um esquisito “dever de ofício” que os obrigaria a aceitar qualquer causa, defender qualquer razão, tudo em nome de uma equivocada profissão de fé que lhes asseguraria uma inexistente e quase divina imunidade profissional; os segundos, por deferirem o que lhes pedem, sem refletir, estudar, contar, pesar, medir.

Discussão

O juiz moderno deve ser consequencialista. Ser um juiz consequencialista significa não ignorar o fato de que o seu julgamento, certo ou errado, produz consequências práticas na vida civil, pelas quais ele é o único responsável. Ou seja: ser consequencialista é dar a cada um o seu segundo as leis e a prova dos autos, mas tendo sempre em mente que a sua sentença, embora em princípio seja válida apenas entre as partes, ultrapassa os limites daquelas folhas amareladas que compõem o processo, como instrumento da jurisdição, e repercute na vida prática, na vida que está além da janela do seu gabinete arejado, no dia a dia do homem comum, no preço das coisas, no comércio jurídico, nas situações corriqueiras que as pessoas amanhã cedo irão vivenciar na feira, no metrô, no supermercado, na escola dos filhos, no posto de gasolina, na fila do ônibus, nos contratos milionários das complexas transações internacionais e naquelas relações miúdas de vizinhança, apalavradas, como se dizia antigamente, no “fio do bigode”. Pior que isso: deve saber que num mundo jurídico instável e construído sob inspiração de uma jurisprudência líquida, volátil, nascida quase sempre de parto prematuro e tendo por paradigmas os interesses de ocasião, o mau exemplo serve sempre de bom exemplo, e uma jurisprudência torta, que sacraliza aquilo que o juiz supõe que deveria ser, ou queria que fosse, mas que não o é, serve de farol a um punhado de ações que desembocam no foro, uma depois da outra, sempre brandindo aquele julgado como um paradigma desastrado, e que outros juízes, premidos pelo excesso de trabalho, pelo tempo, pela preguiça intelectual, pelo desencanto com a toga ou pelas exigências cada vez mais absurdas dos órgãos que controlam a jurisdição, vão repetindo aquilo sem refletir, sem ponderar,

sem dissecar os conceitos, sem separar o joio para verificar se as teses encontráveis no julgado que lhe serve de referência realmente reproduzem uma situação de fato idêntica, e não apenas semelhante àquela que examina, e se de fato se sustentam, se têm conteúdo, se não passam de um amontado de conceitos incompatíveis entre si, pinçados aqui e acolá de outros julgados igualmente equívocos, como se fossem ovelhinhas de desenho animado, pulando uma cerca imaginária apenas porque o que vai à frente fez a mesma coisa. Por isso, o juiz consequencialista deve abandonar a doutrina casuista, a lide midiática, o gosto pelo espalhafato e pela modernança que somente faz sentido na sua cabeça. Deve dar mais valor aos conceitos clássicos já sedimentados, à jurisprudência que vive nas águas calmas das ideias pacíficas dos tribunais superiores, e não de qualquer tribunal. Tudo sem perder o pé da realidade, porque o juiz consequencialista é, acima de tudo, homem do seu tempo.

Veja a questão do dano moral, por exemplo. Hoje em dia, tudo é motivo para indenizações desse tipo. Essas ações estão cada dia mais caricatas, despropositadas, equivocadas e milionárias. Na Justiça do Trabalho há uma indústria desse tipo de ação enchendo de ouro a burra dos advogados. Intencionalmente ou não, advogados, partes e juízes estão invertendo as premissas desse instituto, deformando a jurisdição e demonizando as empresas. Os trabalhadores são agora anjos de candura que gastam os dias polindo as penas alvas de suas asinhas angelicais enquanto entoam maviosas cantigas em harpas celestiais no Nirvana. Ao contrário do processo civil, o processo do trabalho não exige depósito prévio de custas, e isso faz de cada trabalhador um litigante em potencial. Litigar na Justiça do Trabalho é muito barato. Aqui, o crime compensa. Os juros são de 1% ao mês, contados de forma simples, os emolumentos dos atos processuais não são cobrados um por um, e as custas, para quem perde, quase nunca são cobradas, e, se o são, não obedecem a uma escala progressiva que vai onerando o bolso do perdedor tantos quantos sejam os atos que, por culpa de sua recalcitrância, tenham sido praticados no processo. São sempre de 2% sobre o valor da causa e o valor da causa é constantemente apequenado já na inicial exatamente para que o prejuízo no bolso seja menor em caso de perda da ação. Ninguém capitaliza juros ou aplica a taxa SELIC, embora haja lei para isso. O risco de perder uma demanda já não representa um moderador desse apetite processual porque o queixoso sabe, de antemão, especialmente no processo do trabalho, que não

terá de pagar nenhum centavo de custas ou emolumentos. Se for vencido, há leis que o dispensam dessa obrigação fiscal ou dos honorários do advogado da parte contrária, bastando afirmar que não tem condições de litigar sem prejuízo de seu sustento, ou do sustento da família.

Volto ao dano moral.

¿Será mesmo que advogados e juízes não sabem diferenciar dano moral de dano material? A construção de uma ordem jurídica justa assenta-se no princípio universal *neminem laedere*, que em latim significa “não prejudicar a ninguém”. Do ponto de vista material, dano é a efetiva diminuição de um patrimônio. Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Num conceito mais simplista, dano é a diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação tivesse sido cumprida exatamente como contratada. Em sentido geral, dano é toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos, seja o patrimônio, o corpo, a vida, a saúde, a honra, o crédito, o bem-estar, a capacidade de aquisição etc). Dano é pressuposto da responsabilidade civil. Onde não há dano, não há responsabilidade.

Dano moral é qualquer sofrimento que não seja causado por uma perda pecuniária. São inquietações graves do espírito, turbações de ânimo, desassossego aviltante e constrangedor que tira a pessoa do eixo de sua rotina a ponto de lhe impor sofrimento psicofísico cuja sequela seja facilmente identificável se comparado o comportamento atual e aquele outro, anterior à conduta ofensiva. É a “penosa sensação de ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam”. Na responsabilidade civil, a vítima tem de provar a ação ou a omissão culposa do agressor, o nexo de causalidade e o dano. Na responsabilidade civil do empregador por dano moral, o empregado

somente tem de provar o fato e o nexo de causalidade. Não se exige prova do dano (prejuízo concreto) porque a seqüela moral é subjetiva. O dano moral existe *in re ipsa*, isto é, deriva do próprio fato ofensivo, de tal sorte que, provada a ocorrência do fato lesivo, a seqüela moral aflora como presunção *hominis* (ou *facti*) que decorre das regras da experiência comum, daquilo que ordinariamente acontece. Provados, pois, o fato e o nexo causal, a dor moral é presumível, pois liga-se à esfera íntima da personalidade da vítima e somente ela é capaz de avaliar a sua extensão.

Nem todo dano é indenizável. Apenas o injusto o é. São danos justos, e portanto irreparáveis, os que provêm das forças da natureza ou do acaso (caso fortuito e força maior) e os definidos pelo direito como legítima defesa própria ou de terceiros, devolução da injúria, desforço pessoal, destruição de coisa para remoção de perigo, entre outro, ou aqueles causados pelo próprio lesado (culpa exclusiva da vítima). É claro que nem todo sofrimento, dissabor ou chateação em razão de uma ofensa típica dano moral. É necessário que a agressão extrapole os aborrecimentos normais de tantos quantos vivem em coletividade. O que se pode entender por “aborrecimentos normais” é também casuístico e depende de uma avaliação objetiva e subjetiva que somente o juiz pode fazer diante do caso concreto. A doutrina recomenda que, na avaliação de situações de fato onde se pede reparação moral, o juiz siga a lógica do razoável, isto é, que tome por paradigma o meio-termo entre o homem frio e insensível e o homem extremamente sensível.

A natureza jurídica da quantia em dinheiro que se pede por lesão moral é compensatória, e não indenizatória. A locução indenizar provém de *in + damnum*, isto é, sem dano, o que implicaria tornar as coisas ao exato ponto em que estavam se a lesão não tivesse ocorrido. Como na lesão moral isso não é possível, o juiz arbitra uma quantia que possa, ao mesmo tempo, compensar a dor moral da vítima e desestimular o agressor de reincidir na conduta lesiva. Não pode ser *restitutio in integrum* (restituição integral, indenização pelo todo) pela só-razão de que não se pode conhecer, exatamente, a extensão do dano, nem de *pretium doloris* (preço da dor) porque dor não se paga em dinheiro, mas a de um conforto material que não seja exorbitante a ponto de constituir-se em *lucro capiando* (captação de lucro) nem mingüado a ponto de deixar na vítima e no agressor a sensação de impunidade.

São comuns em processos trabalhistas o empregado pedir danos morais por falta de pagamento de horas extras, de verbas rescisórias, de ter sido preterido em promoções por critérios objetivos como não atingimento de metas de produção etc. O Boletim Informativo nº 34, do TST, relativo ao período de 11 a 19 de dezembro de 2012 reproduz ementa em que certa empresa foi condenada a pagar ao empregado indenização por danos morais apenas porque o empregado trabalhava vestindo uma camiseta promocional de um produto revendido pela empresa. O equívoco do TST é manifesto, *data venia*. Não há dano moral algum. Vejamos a ementa:

“Dano moral. Configuração. Uso indevido da imagem. Uniforme com propagandas comerciais. Ausência de autorização.

A veiculação de propagandas comerciais de fornecedores da empresa nos uniformes, sem que haja concordância do empregado, configura utilização indevida da imagem do trabalhador a ensejar o direito à indenização por dano moral, nos termos dos arts. 20 do CC e 5º, X, da CF, sendo desnecessária a demonstração concreta de prejuízo. Com esse entendimento, a SBDI-I, em sua composição plena, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, relator, Brito Pereira e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. TST-E-RR-40540-81.2006.5.01.0049, SBDI-I, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 13.12.2012”

Julgamentos assim apenas contribuem para transformar o processo numa espécie de *lucro capiendo*, isto é, uma espécie macabra de loteria na base do “se colar, colou”.

É preciso dar um basta!

