



A TARIFAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

THE CHARGING OF OFF-BALANCED DAMAGES

SAMIRA ZEINEDIN CHWEIH

Doutoranda pela faculdade de Salamanca, Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação stricto sensu Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba Pós-Graduada pela Univel - União Educacional de Cascavel - Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel Advogada inscrita na OAB/PR sob n. 46.589; professora universitária, advogada, assessora e consultora jurídica, militante na área do direito trabalhista, previdenciário, cível, consumidor, contratos e família, Graduada pela União Dinâmica de Cataratas de Foz do Iguaçu/PR, no ano de 2006, Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil com ênfase em docência, pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel (UNIVEL) em 2008. É membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito (CONPEDI) e da Federação de Pós-graduandos em Direito (FEPODI). Presidente da Comissão dos Advogados Trabalhistas da OAB/PR - Subseção Foz Do Iguaçu/Pr

SARAH DO CARMO BANDICOLI

Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde pesquisa tecnologia, acesso à Justiça, processo eletrônico e seus desdobramentos. É graduada em Direito e pós graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Atua na área de Direito de Família, com ênfase em Direito Constitucional, Civil e Processo Civil.

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar o tabelamento do dano moral, no Brasil a partir da lei 13.467/2017 (reforma trabalhista). Para tanto, o dano será estudado, desde seu reconhecimento até a sua quantificação, tendo, como marco teórico o sistema espanhol de “*baremos de daño*”. A indenização por danos morais é ainda um dos assuntos mais frequentemente debatido entre os operadores do direito, e vem ocasionando problemas de grandes proporções. Verificando-se o lapso temporal entre a absoluta negação do instituto e o amplo reconhecimento, levando em consideração que o maior número de casos e ocorrências, foi relativamente curto. Bem como, analisando o “im” parcialidade do judiciário.

Palavras-chave: Dano; tabelamento; reforma trabalhista; instituto do dano; imparcialidade

ABSTRACT

The present work aims to study the moral damage table in Brazil from Law 13.467 /17 (labor reform). Therefore, the damage will be studied, from its recognition to its





quantification, having as a theoretical framework the Spanish “baremos de daño” system. Indemnity for pain and suffering is still one of the issues most frequently debated among legal practitioners, and has been causing major problems. Checking the time lapse between the absolute denial of the institute and the wide recognition, taking into account that the largest number of cases and occurrences, was relatively short. As well as, analyzing the “im” partiality of the judiciary.

Keywords: Damage; table; labor reform; damage institute; impartiality.

1. BREVE INTRODUÇÃO AO TEMA

O Direito, nas palavras do jurista Miguel Reale, enquanto ciência se positiva e se situa necessariamente em uma atitude realista ou empírica (no sentido de que não reduz o objeto às condicionalidades subjetivas, nem faz da correlação sujeito-objeto um seu problema essencial e prévio) já a atitude filosófica é, a nosso ver, necessariamente transcendental, pois, ao indagar das condições primeiras da realidade (da realidade jurídica, entre outras) só o pode fazer tendo em conta o sujeito cognoscente, em sua universalidade, e o objeto em correlação essencial com a subjetividade espiritual¹.

O fenômeno jurídico nunca é exclusivamente jurídico, ainda conforme Reale é: “Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal”.²

A linha de um estudo epistemológico que abarca a responsabilidade civil e o dano advindo dela, deve necessariamente ser analisada através dos fenômenos sociais e éticos. Com vistas a uma análise crítica do papel desempenhado por esse ramo do Direito no mundo de hoje, sem apego a dogmas e tradições que não mais atendem às expectativas sociais.

Uma vez que, a modernidade não é tão efetiva como quer fazer parecer a evolução humana, segundo Boaventura de Souza *o nosso tempo é um tempo paradoxal*.

¹REALE, Miguel, ^{SEP} *Filosofia do direito* - 19. ed. - São Paulo Saraiva, 1999. P.61

²REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 2000, p. 57.





É, por um lado, um tempo de grandes avanços e de transformações dramáticas, dramaticamente designadas por revolução da informação e da comunicação, revolução eletrônica, revolução genética e da biotecnologia. (...) o paradoxo está em que, se por um lado hoje parecem, mais do que nunca, reunidas as condições técnicas para cumprir as promessas da modernidade ocidental, como a promessa da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da paz, por outro lado, é cada vez mais evidente que tais promessas nunca estiveram tão longe de serem cumpridas como hoje.³

A partir dessa perspectiva, constata-se que a responsabilidade civil pode não estar cumprindo seu papel para aquele que sofreu o dano, e se defende a necessidade de uma mudança de paradigma no campo da responsabilidade civil, que, em sua concepção tradicional, se encontra fundada no modelo reparatório, onde a indenização privilegiada é a do dano material e não o dano moral, que tem sido visto como menos importante, ao ponto de se entender por sua tarifação, sepultando assim, os direitos humanos e o princípio da dignidade humana. Pois, o pedido de uma indenização por danos morais, consiste em tentar compensar de alguma forma aquele sofreu o dano, e tem cunho pedagógico para o que provocou o dano. Nesta linha de pensamento, pode mensurar o dano sofrido? É possível que o mesmo dano perpetuado, afete de formas diferentes pessoas atingidas por ele, levando como parâmetro para esta análise, os direitos da personalidade. Assim o presente estudo visa fazer um parâmetro entre o Direito Brasileiro e o direito comparado. A Espanha figura dentre os países europeus onde a interpretação dos danos morais é bem ampla e flexível. E naquele país há muito tempo, eles possuem o tabelamento dos danos para acidentes automobilísticos (*Cuantías de indemnizaciones por daños y perjuicios causados en accidentes de circulación*)

A Espanha é o único país europeu que possui um sistema de tabelamento vinculante de responsabilidade civil, o sistema de “*baremos de daño*”, diferentemente de

³ SOUSA SANTOS, Boaventura. (Org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. P. 27





outros países, que até possuem a previsão do tabelamento, mas este tem o cunho apenas de orientar, não se revelando obrigatório, como Itália, França e Alemanha.

No âmbito constitucional, a regulação dos direitos da personalidade iniciou-se na Constituição Espanhola de 1978, contudo, naquela oportunidade não houve menção expressa aos danos morais. A previsão expressa de dano moral e a possibilidade de indenizá-lo, surgiu com a Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio de 1982 que trata da proteção civil do direito à honra, privacidade pessoal e familiar e da própria imagem. Ainda na Espanha, a STS de 06 de dezembro de 1912 e a STS de 14 de Dezembro de 1917, esta última, em especial, porque inaugura o reconhecimento do dano moral puro na Espanha, dissociada da ideia de possíveis repercussões patrimoniais.

No Brasil há dois importantes diplomas legislativos que adotaram a tarifação como forma de fixação do quantum indenizatório: A Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) e o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62). Em 1999, O Projeto de lei no 150/99, renumerado, tomando assim o nº 7.124/02, pretendia criar uma tabela para os danos morais, cujos valores se situariam entre R\$ 20 mil reais e R\$ 180 mil reais. Porém o projeto não passou para o plano concreto, restando arquivado na casa legislativa. Já em 2004, O STJ se pronunciou através da Súmula 281 no seguinte sentido: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa de 13/05/2004. Desta forma o Brasil, no que tange ao *quantum* indenizatório, tanto a Constituição Federal como o Código Civil são omissos, já a doutrina e a jurisprudência adotam como regra o arbítrio judicial. Pois, o judiciário na pessoa do Juiz é essencial neste cenário, já que é ele, que diante do caso concreto fixará o valor que entender justo, de acordo com os critérios que subjetivamente acreditar corretos. Assim com advento da 13.467/2017 em seus artigos 223-A ao 223-G acrescidos a CLT, trouxe uma tarifação do dano moral, e com ela muitas divergências e discussões doutrinárias e jurisprudências sobre o assunto, sobretudo a questão da constitucionalidade de sua tarifação e da possibilidade de se criar um “*baremos de daño*, no Brasil.

2.DANO EXTRAPATRIMONIAL





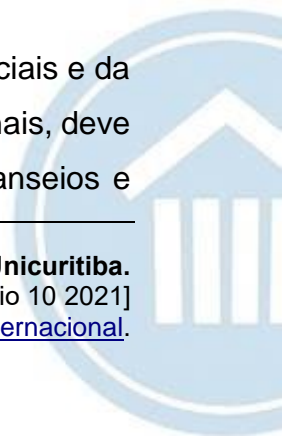
Antes da existência da jurisdição, quando havia um conflito sobre determinado bem da vida, havendo resistência à determinado pretensão, a solução se dava, nos primórdios civilizatórios, pelo emprego de instrumentos bélicos, através da autotutela. Com o desenvolvimento de instrumentos sociais de solução de conflito, surge a tutela jurisdicional do Estado, a atividade de regulação das relações entre sujeitos de uma organização, atribuída ao Poder Judiciário.

Dessa forma, a função jurisdicional, monopólio do Estado, deve solucionar litígios, na busca de dar ao detentor do direito objetivo aquilo que lhe pertence. Tendo base constitucional, possui a finalidade de constituir uma sociedade pautada na justiça e na solidariedade, sendo o processo e o conseqüente direito de ação essenciais à garantia dos direitos fundamentais da população.

No século XIX, na Era do positivismo jurídico, a jurisdição estava comprometida com valores do Estado liberal, a Constituição Espanhola de 1978, no entanto, contém a ordem jurídico-política fundamental do sistema social e que nega a ordem econômica liberal, afirmando que o Estado deverá intervir no domínio econômico para atender aos fins e objetivos instituídos pela Carta (AGRA, 2019)

Tal estratégia nacional de desenvolvimento pátrio, voltada para a utilização do Estado como um instrumento de ação coletiva (BRESSER-PEREIRA, 2006), é um sistema de proteção que tem por base a questão social, partindo do pressuposto de que as condições de vida dos indivíduos resultam não apenas de seus comportamentos individuais, mas também da organização social como um todo. A intervenção estatal, logo, faz parte da gerência de riscos sociais, visando um investimento social. A ênfase passa a se dar na responsabilidade estatal sobre os direitos sociais, a fim de se criar condições para os indivíduos resolverem as suas dificuldades, através da ingerência do Estado/Juiz.

Assim sendo, a despeito da desigualdade social, dos antagonismos sociais e da disfuncionalidade nas estruturas estatais, o Estado, em suas funções jurisdicionais, deve garantir o mínimo comum constitucional da sociedade, catalisando os seus anseios e





desenvolvendo o sentimento de pertinência a uma entidade coletiva, permitindo que direitos fundamentais, através de sua tutela, sejam assegurados (AGRA, 2019), é o denominado Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito pode ser entendido como uma forma estatal de concretização da soberania popular, sendo marcado pelo respeito aos direitos humanos, fundamentais à garantia da efetividade da dignidade da pessoa humana. Direitos Humanos que são fundamentais e naturais a todos os cidadãos.

Para tanto, o Estado se utiliza de mecanismos como a pena. O surgimento da pena confunde-se com o próprio início da formação social, como uma forma de corrigir aquele que causasse mal a outro indivíduo do grupo social. Ao considerarmos a história da humanidade, afirma-se que a pena se trata de um dado cultural e nunca se afastou do homem.

A organização social, ainda que mínima, era pautada por regras de conduta que deveriam ser observadas por todos os integrantes e, caso algum desobedecesse, sofreria uma sanção. É de extrema importância, nesse momento, trazer à tona que a palavra “pena” provém do grego *poínée* do latim *poena*, e significa dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança, podendo ser juridicamente conceituada como a: “[...] sanção afluiva imposta pelo Estado, através de processo, ao autor de um delito, como retribuição de seu ato ilícito e para evitar novos delitos” (MARQUES, 2002, p. 22).

Foucault (1997), no livro *Vigiar e Punir*, relata que no período anterior à Idade Média, as penas eram firmadas em um princípio de sofrimento e correção, em que ocorriam castigos corporais, com dor excessiva, e não raros casos de morte entre os acusados. A privação de liberdade não tinha o conceito de pena e sim de uma simples forma de impedir a fuga até o julgamento. Na época, as instituições judiciais valiam-se de torres, fortalezas, calabouços, dentre outros.

Nesse direcionamento, define Leal (2004):

Em seu sentido filosófico, a pena tem sido definida como um castigo a ser suportado pelo indivíduo de um mal a seu próximo ou à sociedade. Do ponto de vista jurídico-penal, a aceção é a mesma: pena é o castigo, é reprimenda ao





indivíduo que agiu com culpa, violando uma norma de conduta estabelecida pelo Estado, representante dos interesses da coletiva ou de suas classes sociais. Podemos defini-la como uma medida de caráter repreensivo, consistente na privação de determinado bem jurídico, aplicado pelo Estado ao autor de uma infração (LEAL, 2004, p. 379).

Assegura-se que, para haver a convivência harmônica nas comunidades, desde as mais primitivas, foram adotadas regras visando o alcance do interesse comum. A fim de que essas diretrizes fossem eficientes, cada indivíduo deveria abrir mão de parte de sua liberdade em prol do conjunto.

Nesta esteira, o autor Souza (2013) corrobora:

Durante muito tempo, nas antigas civilizações a pena era executada de forma diversa, predominava como forma de castigo, a maior parte delas ocorria em locais insalubres, os encarceramentos eram subterrâneos e não havia condições mínimas de segurança. No entanto, como uma espécie de fase preliminar o encarceramento era feito principalmente por poços e masmorras (SOUZA, 2013, p. 03).

Da vingança privada ao período humanitário, a pena, assim como a sociedade, evoluiu no decorrer do tempo, ainda que de forma não sistemática e pontual, havendo sempre uma adequação às necessidades comunitárias. Cabe destacar que a aplicação da pena está sempre intimamente relacionada à ocorrência de um dano, seja este patrimonial ou extrapatrimonial, que, como mencionado, desrespeita direitos da sociedade civil tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

O dano é considerado, portanto, ato ilícito, de forma que, restando configurado, cabe ao agente que o cometeu repará-lo. Diferentemente do que ocorre na seara criminal, quando, por muitas vezes, o dano atinge valores como a segurança nacional, sendo necessário privar o agente de sua liberdade; na seara cível, onde não são comuns os crimes, o dano fere direitos que demandam reparações, ou seja, penas, de cunho patrimonial, sendo utilizadas medidas diversas da prisão, como a fixação de pagamento de indenização à vítima.

O instituto do dano se subdivide em dano patrimonial, que atinge o patrimônio, ou seja, bens materiais do indivíduo, e dano extrapatrimonial, que atinge, *a contrario*





sensu, bens imateriais do sujeito, como a honra e a dignidade. Por ser o objeto do presente estudo, será analisado nas seções seguintes.

2.1 CONCEITO E EXTENSÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O dano moral se distingue do dano material pelos seguintes aspectos:

(i) identificação ou da prova do dano, pois enquanto que o dano material exige prova cabal da sua ocorrência para que possa ter lugar posterior indenização, o dano extrapatrimonial não requer prova para configurar a responsabilização. [...] O segundo elemento diz respeito à (ii) natureza da indenização. A fim de indenizar o dano patrimonial busca-se a restauração in natura ou a restituição pelo equivalente pecuniário. A primeira, conforme alude Severo, constitui a forma mais perfeita de reposição do status quo ante, pois denota a atribuição de um bem materialmente equivalente ao bem lesado. O autor frisa que a reparação in natura ocorre excepcionalmente, pois na maioria dos casos é impossível voltar ao estado anterior ao dano, de forma que geralmente se faz a opção pela restituição pelo equivalente pecuniário. Com base nisso, a doutrina estabeleceu de forma mais ou menos homogênea que na ocorrência de danos patrimoniais opera-se o ressarcimento do dano, pois é plenamente possível atribuir um valor exato (ressarcimento pelo equivalente pecuniário) ou até mesmo restaurar o bem lesado ao estado anterior ao dano (ressarcimento in natura). Entretanto o mesmo não ocorre com os danos extrapatrimoniais, pois estes não são “ressarcíveis”, mas “compensáveis” [...]. O terceiro e último elemento que permite uma distinção mais clara entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial diz respeito a (iii) forma de liquidação. Se para os danos patrimoniais a liquidação se dá em perdas e danos, [...] para os danos extrapatrimoniais a liquidação se dá por arbitramento (BONATTO, 2011).

Sendo um dos conceitos mais divergentes da teoria da responsabilidade civil, é, recorrentemente, associado a danos cujos objetos sejam os direitos de personalidade (SEVERO, 1996), já que, para muitos, “fora dos direitos de personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais” (LÔBO, 2002, p 364). Para os fins deste estudo, não se concebe uma visão reducionista de interdependência absoluta entre os danos extrapatrimoniais e os direitos de personalidade, já que “nem todo atentado a direitos da personalidade em geral é apto a gerar dano de cunho moral” (BITTAR, 1999, p. 61), podendo o dano extrapatrimonial, também chamado dano moral decorrer de lesão a outros direitos e interesses.





Num primeiro momento, o ordenamento jurídico apresentou dificuldades na aceitação de um dano moral, que, apesar de invisível, existe; após muito tempo, muitos erros e até injustiças, os meios jurídicos aceitaram a existência de tal dano. Assim, inicialmente, o conceito de dano extrapatrimonial se pautava no pensamento diferencial, que também incidia sobre a noção de indenização e que pregava, de acordo com Friedrich Mommsen (1875), que o dano seria medido pela “diferença entre o valor do patrimônio de uma pessoa, em determinado momento, e a quantidade deste patrimônio na época em questão, sem a interferência de um certo evento prejudicial”. Essa teoria pode ser sintetizada em quatro sentenças:

A STS 6 de outubro de 1962 (RJ 3603), para o qual o prejuízo sofrido pela vítima consiste na diferença entre a situação atual do patrimônio que recebeu a lesão e aquele que teria o evento prejudicial. A STS de 14 de dezembro de 1950 (RJ 1702), segundo a qual, deve ser entendido como danifica qualquer diminuição nos bens da vítima, seja vem de uma perda - dano emergente - ou de uma privação de lucro-perda de lucro- ". A STS de 2 de abril de 1997 (RJ 2727) 10, que oferece um esboço do conceito de dano: "... a ampla dicção do artigo 1106 do CC produz que a entidade do compensação ... cobre todos os danos econômicos sofridos pela credor, que consiste na diferença entre a situação atual do patrimônio que recebeu a lesão e aquele que teria o evento prejudicial, seja pela diminuição efetiva do ativo, seja pelo ganho perdido ou frustrado, mas sempre compreendendo totalmente o consequências do ato lesivo, na medida em que a indenização se destina a devolver o patrimônio afetado à disposição em que seria encontrado, caso não ter mediado a infração ou ato ilícito (restitutio in integrum) ".E a STS de 14 de abril de 1981 (RJ 1539): "O dano indenizável constitui, de seu e, em princípio, um conceito jurídico unitário, com a impossibilidade derivada dividi-lo em setores de reparação, a critério e conveniência do responsável...". (LLAMAS POMBO, 2010)

Por ser muito abrangente, já que amplia a extensão do dano para toda a diferença de patrimônio existente, para a vítima, entre o momento anterior e posterior à ocorrência do ato ilícito, tal entendimento vem paulatinamente sendo substituído. Isso porque a extensão do dano, que pode ser entendida como a gravidade do fato em si, ou seja, da dimensão que o dano toma para a vítima, é um dos critérios, juntamente com o grau de culpa e a condição socioeconômica do agente, para a quantificação e fixação do valor indenizatório, o qual convencionou-se chamar, pela doutrina e jurisprudência, *quantum debeat*. Assim, o conceito diferencial de dano moral, diante da ampliação da extensão





do dano em si e, conseqüentemente, da valor da indenização moral correspondente poderia abrir margem para o enriquecimento ilícito das vítimas.

Dessa forma, o conceito do dano extrapatrimonial passou a ser entendido como:

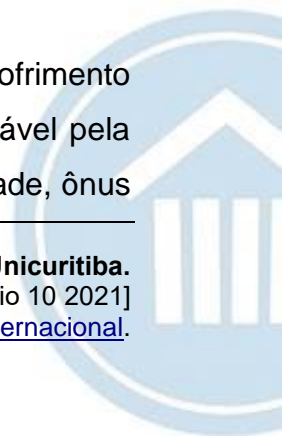
[...] a categoria de lesões e danos que a pessoa sofre em seu patrimônio ideal, em sua psique, em seu ânimo. Não se exterioriza materialmente, mas existe, e pode ser perfeitamente detectado em muitos casos. DE PLÁCIDO E SILVA, visualiza o dano moral como a ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família. Corroborando tal entendimento, acerca da visualização do dano moral, MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA define dano moral como prejuízo de ordem não patrimonial, suscetível de indenização. Esta espécie de dano lesiona, principalmente, a intimidade, a honra e o bom nome do indivíduo ou de sua família (COITINHO, 2013, p. 184).

No entanto, apesar da conceituação surgida após o aceite jurisprudencial e doutrinário da definição de que “o dano moral compreende os danos que afetam o íntimo das pessoas, seu âmago, sua estrutura psicológica, espiritual” (COITINHO, 2013), esta não deve ser tida como acabada e hermética, já que está em constante desenvolvimento – como a sociedade, as penas e os demais conceitos jurídicos, que, por sua própria natureza e a fim de se ajustarem ao surgimento de novas condutas, permitem variações e flexibilizações.

Atualmente, portanto, o conceito e, conseqüentemente, o entendimento da extensão dos danos extrapatrimoniais são resultado de uma ponderação que mistura, casuisticamente, dados objetivos ou objetiváveis, como indicações do sistema jurídico, o juízo de experiência, dados derivados do próprio contrato, o recurso aos precedentes, etc., com elementos subjetivos, concernentes à figura do lesado e do lesante (BONATTO, 2011).

2.1.2 Dano extrapatrimonial nas relações de trabalho

Os direitos extrapatrimoniais, inerentes valores morais, que tratam do sofrimento psíquico, devem ser aferidos através da identificação da causa e do responsável pela mesma. O que é considerado na análise dano e se possui o nexo de causalidade, ônus





de quem alega(teoria da reponsabilidade subjetiva) estes já se iniciam na pré-contratação.

2.1.3 Dano pré-contratual

O critério decisivo para delimitar o tipo de responsabilidade civil é aquele que identifica se a indenização decorre de um direito relativo ou de um direito geral e absoluto. (DALLEGRAVE NETO, 2005, p. 132).

Um dever absoluto e geral de não lesar, provem do arcabouço jurídico, e como tal extensivo a todos, geralmente correspondente a um direito real ou de personalidade, assim eventual lesão dele decorrente se enquadrará na responsabilidade civil extracontratual.

Ao contrário quando dever de não lesar é relativo, onde sua base é o conteúdo obrigacional ou até mesmo de um dever especial dos sujeitos de um contrato que se findou ou ainda das tratativas negociais, desta forma o dano resultante será reparado sob o fundamento de violação ao princípio da boa-fé.

Para Karl Larenz o dever de boa-fé, se dirige tanto ao credor, quanto ao devedor e aos demais participantes da relação jurídica, ainda que se dê nas tratativas iniciais como ocorre nos pré-contratos:

“tal dever (de boa-fé) em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só a letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar, dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação a e a uma consciência honrada⁴”

Se confirma o que sempre foi defendido, de que a boa-fé objetiva é aquela inerente ao contrato (art. 422 do Código Civil). Demonstrando claramente que o dano

⁴LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.





pré-contratual não decorre de violação do contrato de trabalho e sim da ofensa a um dever de conduta, inerente ao princípio da boa-fé objetiva. Já quando se tratará de um direito relativo, as partes determinadas pela situação negocial delimitada, a responsabilidade civil será a do tipo contratual.

Para Ana Prata tanto no pré-contrato como na sua execução existe uma relação jurídica, assim, eventual indenização dela resultante, tem-se um direito relativo e não a um eventual direito absoluto e geral de não lesar:

“a relação entre aqueles que negociam com vista à conclusão de um contrato, ou o celebram, nada tem de semelhante com a relação ocasional com que se estabelece entre sujeitos não ligados por uma relação jurídica, antes se aproximando da relação contratual ou para-contratual”⁵

Entendimento este, que não tem muitos adeptos, pois parte da doutrina nega esta tese, afirmando que no início das tratativas preliminares as partes não estão sujeitas a qualquer relação jurídica e, vez que, ainda, não há obrigação formal(contrato), mas apenas um dever comum presumido de boa-fé.

Contudo, no âmbito das tratativas que visam a constituição do contrato de trabalho, mais precisamente, no momento da entrevista do candidato ao emprego, as partes encontram-se na condição de pré-contratantes. Deste modo, advindo algum dano decorrente desse momento abrangerá o agente e a vítima na condição jurídica de trabalhador e empregador, infringindo o princípio da boa-fé, como um direito relativo que é, e não geral e absoluto aos pré-contratantes.

2.1.4 Dano Contratual

Os danos advindos, do serviço prestado pelo trabalhador, no efetivo labor que fora pactuado no contrato entre as partes, denominado dano contratual, alusivo as determinações consoantes a responsabilidade civil contratual, começando pela cláusula

⁵ PRATA, Ana. Notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Lisboa (sem editora), 1991.pag. 212. Apud: Luiz Roldão de Freitas Gomes. Elementos de responsabilidade civil. In: Curso de direito civil. Coordenador: Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, págs. 264.





geral de boa-fé (artigo 422 do Código Civil) , que preceitua a lealdade e probidade das partes envolvidas em todas as fases do contrato de trabalho. Calúnia, difamação viola a boa-fé que deve pautar a relação contratual laboral, que uma vez, infringidos sujeitam as partes o dever de reparar o dano causado.

Um dos danos de grande relevância, causados ao trabalhador, encontra-se principalmente na saúde do mesmo, além de afetar a integridade psicofísica do trabalhador, tira do mesmo do convívio social e familiar. Considerando que a saúde, o lazer e a vida em sociedade, são bens jurídicos protegidos constitucionalmente, tratando-se, portanto, de bens jurídicos que devem ser protegidos. Bens estes que quando afetados, dão azo à reparação de natureza moral ou patrimonial, e nesta esteira, tem-se que a integridade física do trabalhador, direito intrínseco à personalidade, é um bem que encontra-se no rol da proteção constitucional, conforme disposto artigo 7º, XXXVIII c/c art. 927 do CC.

Uma vez, observada a dimensão do dano, conforme dispõe o artigo 944, do Código Civil Brasileiro, a quantificação deste deve ser verificada, nos termos, do agora, art. 223-G da CLT, advindo da lei 13.467/2017, sendo que este dispõe de como deve ser a análise dos fatos, para que se verificar a ocorrência ou não Dano, a são eles: a natureza do bem jurídico tutelado; a intensidade do sofrimento ou da humilhação; a possibilidade de superação física ou psicológica; os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; o grau de dolo ou culpa; a ocorrência de retratação espontânea; o esforço efetivo para minimizar a ofensa; o perdão, tácito ou expresso; e o grau de publicidade da ofensa.

No que se refere à possibilidade da aplicação do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, na legislação trabalhista brasileira, esta passou a dispor expressamente sobre o assunto, com a vinda da reforma trabalhista lei 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas, CLT, lê-se:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)





Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a auto estima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º. Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º. A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - a natureza do bem jurídico tutelado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - a possibilidade de superação física ou psicológica; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VII - o grau de dolo ou culpa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VIII - a ocorrência de retratação espontânea; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

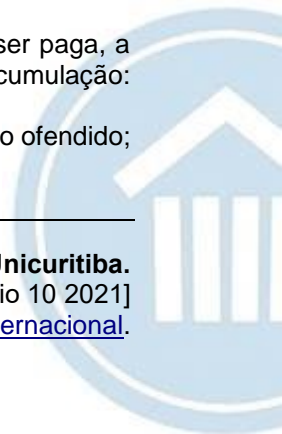
X - o perdão, tácito ou expresso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XII - o grau de publicidade da ofensa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º. Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)





II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º. Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º. Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943).

Nesta esteira, caberia ao juiz, após analisar as peculiaridades do dano ocorrido e avalia-las nos termos da lei, ainda, somado ao disposto em lei, se terá mais subsídios, que virão através da instrução processual, onde possibilita ao magistrado fixar os valores a título de indenização, com a devida indicação dos fundamentos, que levaram a sua convicção.

De todo modo, mesmo que o percurso legal de apreciação dos fatos assinale diretrizes de segurança, que em tese, seriam o suficiente para trazer um grau de verossimilidade ao julgamento, é fato que nas ações a respeito do dano extrapatrimonial o julgamento imprima de modo pessoal, o pensamento, os sentimentos e o dom de empatia de cada magistrado.

Contudo, o foco está nos novos artigos supra dispostos, que passaram a fazer parte da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira que a opção do legislador reformista foi pela tarifação dos danos extrapatrimoniais oriundos das relações trabalhistas.

Pois, cabe uma análise, na nova metodologia trazida pela chamada Reforma Trabalhista, que tem por finalidade disciplinar a forma de mensurar e tabelar os danos extrapatrimoniais. O que será feito em três teses distintas, contudo complementares: no plano da constitucionalidade, e as diretrizes principiologicas advindas da Constituição Federal de 1988, e quanto a sua aplicabilidade, bem como, em relação os tabelamentos/legislações feitos no exterior se podem ser adaptáveis a realidade brasileira.





REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. A política econômica como instrumento para realização da Constituição Econômica. Belo Horizonte. Revista Forum de Direito Financeiro Econômico – RFDFE, Editora Forum, 2019, pp 161 a 184.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil dos danos morais. 3. ed. rev., atualz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

BONATTO, Fernanda Muraro. A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do quantum debeat. Direito & Justiça, v. 37, n. 2, 2011.

BRESSER-PEREIRA. L. C. O novo desenvolvimento e a ortodoxia convencional. São Paulo em perspectiva, São Paulo, v. 20, n. 3, pp 5 – 24, jul/set 2006.

BARBOSA. Rui. Atos inconstitucionais. 2ª Edição. Campinas: Russell, 2004;

BARROSO. Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004;

DALAZEN. João Oreste. Dano moral trabalhista e tarifação da indenização. *In*: Lições de direito e processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2017;

COITINHO, Juliana Fehrenbach. Dano moral: do reconhecimento à problemática da quantificação. Editorial de la Universidad de Granada, 2013.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 2005

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

LEAL, J. J. Direito Penal Geral. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. Verdade, Memória e Justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). Grandes Temas da Atualidade: Dano Moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002

LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Revista trimestral de direito civil, v. 6, p. 80, 2000.

LLAMAS POMBO, Eugenio. Formas de reparación del daño. Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación, v. 12, n. 9, p. 3-39, 2010.





MARQUES, J. F. Tratado de Direito Penal. Campinas: Millenium, 2002. v. 3.

PÉREZ. Jesús González. La dignidad de la persona. 3ª Edición. Madrid: Civitas, 2017;

SEVERO, Sérgio. Os Danos Extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUZA, A. P. Função Ressocializadora Da Pena. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/direito/funcao-ressocializadora-pena.htm>.

