

**O FECHAMENTO INTERPRETATIVO E O
TABELAMENTO DA INDENIZAÇÃO PELO
DANO MORAL COMO MECANISMOS DE
DESARTICULAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA
DE INCENTIVO AO TRABALHO DECENTE**

***THE INTERPRETATIVE CLOSURE THE MORAL
DAMAGE SCHEDULE AS MECHANISMS FOR
DISARTICULATING THE PUBLIC POLICY
OF ENCOURAGING DECENT WORK***

Caio Pryl Ocke*

RESUMO

O presente trabalho busca compreender os reflexos do fechamento interpretativo e o tabelamento da indenização por dano moral inaugurados pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) pela ótica das consequências negativas frente às políticas públicas, em especial a política pública de incentivo ao trabalho decente. Para isso, avaliou-se a função do dano moral na perspectiva do Direito do Trabalho e das políticas públicas e, em seguida, as consequências da nova legislação sob a ótica da teoria dos sistemas. Após tais conclusões, analisou-se o novo dano moral trabalhista na interpretação sob o âmbito dogmático em situações extremas, específicas ou em comparação. Em consideração final, entende-se que a nova sistemática do dano moral trabalhista diminuiu a complexidade e contingência do sistema ao limitar a liberdade de argumentação dos julgadores e tornou incongruente a aplicação de dispositivos legais antes utilizados como forma de estímulo à política pública do trabalho decente.

* Advogado. Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA). Pós-graduado em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduado em Direito pela UFBA. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito, sentido e complexidade social” (UFBA/CNPQ). E-mail: caioprylocke@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE

Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista. Trabalho decente. Teoria dos sistemas. Dano moral.

ABSTRACT

The present work seeks to understand the reflexes of the interpretative closure and the tabulation of moral damages inaugurated by the Labor Reform (Law No. 13,467/2017) through the perspective of the negative consequences facing public policies, in particular the public policy of encouraging decent work. For this, the role of moral damages from the perspective of Labor Law and public policies and the consequences of the new legislation from the perspective of systems theory were evaluated. After such conclusions, the new labor moral damage was analyzed in the interpretation under the dogmatic scope in extreme situations, specific or in comparison. In final consideration, it is understood that the new system of labor moral damages reduced the complexity and contingency of the system by limiting the judges' freedom of argument and made the application of legal provisions previously used as a way of stimulating public policy on decent work incongruous.

KEYWORDS

Labor Law. Labor Reform. Decent work. Niklas Luhmann. Moral damage.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Uma ressalva metodológica: a comunicação do Sistema do Direito;
 - 3 A função do dano moral trabalhista: contribuição judicial à política pública de fomento ao trabalho decente;
 - 4 A limitação interpretativa e o tabelamento do novo dano moral trabalhista: perda da complexidade e contingência do Sistema do Direito;
 - 5 O dano moral na Reforma Trabalhista no âmbito dogmático: situações extremas, específicas e de comparação;
 - 6 Considerações finais;
- Referências.

Data de submissão: 27/07/2022.

Data de aprovação: 23/10/2022.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista certamente foi um momento de destaque no Direito do Trabalho brasileiro, ocasionando uma mudança de postura frente ao modelo jurídico preexistente. Diversos pontos da legislação foram significativamente alterados, em especial o regramento específico do dano moral/extrapatrimonial trabalhista, que recebeu uma seção própria e diversas regras. Dentre essas regras e alterações, destacam-se o fechamento interpretativo e o tabelamento do dano moral presentes. Tais mudanças acabaram por impactar, com ou sem intenção dos legisladores, a política pública de fomento ao trabalho decente.

Este trabalho tem como objetivo analisar e conceituar tal política pública, além de entender qual a função do Poder Judiciário e a indenização pelo dano moral frente a ela. Em seguida, buscamos compreender, sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Luhmann e da dogmática, as dificuldades que levaram à conclusão de que essa política pública de fomento ao trabalho decente foi prejudicada pelas alterações promovidas pela Reforma.

Ao fim, espera-se que o presente trabalho contribua na aplicação técnica e profissional da Reforma por parte da advocacia por um ângulo diverso do já usual principiológico: o seu diálogo com as **políticas públicas** e o esvaziamento do papel do Poder Judiciário como fomentador dessas políticas diante da vigência dos novos dispositivos legais.

2 UMA RESSALVA METODOLÓGICA: a comunicação do Sistema do Direito

A Teoria dos Sistemas atua em um ambiente diverso das demais teorias sociais existentes, pois a comunicação intersistêmica não opera em signos e não se preocupa com a “ação social”, ou seja, atua na compreensão por meio do sentido em que é exposta; portanto, nem sempre será vista no que é “visível” ou positivo do ambiente sistêmico (LUHMANN, 2016b). Dessa forma, a teoria

acaba por operar em um ambiente acima das teorias da argumentação jurídica, que buscam trabalhar a informação a partir do debatido em julgados ou do que fora firmado em precedentes (ATIENZA, 2013). Essas teorias não conseguem trabalhar e traduzir o que se encontra “por trás” do que é dito, pois operam unicamente pela linguagem, e não pelo consenso/dissenso (LUHMANN, 1996). A comunicação sistêmica existirá mesmo que não haja palavras expressas dos atores jurídicos, no que se pode chamar de âmbito negativo.

Não se quer dizer que as decisões ou fundamentos utilizados pelos julgadores não sejam importantes ou não devam ser levados em consideração; pelo contrário, por meio deles o Sistema do Direito também operará. Porém, a falta de um julgamento ou, então, a ausência de um fundamento correlato em um julgado específico não invalida a argumentação utilizada neste trabalho, que analisa as expectativas depositadas no Sistema do Direito mediante uma informação (promulgação da Reforma Trabalhista) e sua irritação nas estruturas do sistema para atender e reduzir (ou não) a complexidade, que podem ser percebidas ou não mediante julgados e seus votos expressos.

Além disso, os julgados que, porventura, sejam utilizados para colaborar com a fundamentação deste trabalho ainda devem ser levados em consideração com parcimônia, pois é comum no ambiente jurisprudencial brasileiro a criação de zonas de autarquia por uma excessiva autocitação pelos julgadores (RODRIGUEZ, 2013), o que gera uma dificuldade de precisar o que foi efetivamente decidido (ROESLER; RÜBINGER-BETTI, 2014). Essa imprecisão no que fora julgado é a comprovação de que a comunicação é efetivamente sistêmica (consenso/dissenso) e “negativa”, pois, apesar da confusão ou ambiguidade dos julgados, **alguma coisa é comunicada**, e o sistema continua operando em **alguma** linha de precedentes.

Com base nessa teoria, este trabalho pode buscar compreender o fenômeno narrado não apenas por meio do que se

expressamente se faz e se julga, mas também no que se omite, no que se deixa de fazer ou, especialmente, espera-se que o Sistema do Direito o faça com base unicamente na promulgação e existência de uma nova lei que promova uma alta carga de irrisação sistêmica, como foi a Reforma.

3 A FUNÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA: contribuição judicial à política pública de fomento ao trabalho decente

Desde o início da vigência da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), na qual se instituiu o direito ao ambiente de trabalho saudável e seguro, e diante da interpretação subsidiária das demais normas cíveis e constitucionais, compreende-se que há uma proteção positivada no Direito brasileiro à integridade da personalidade do trabalhador no seu ambiente de trabalho, desde então. Décadas após a edição da CLT, em 1999, foi construído um conceito de “trabalho digno/decente” pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que seria o trabalho que atende, com dignidade, a todos os direitos do trabalhador, bem como lhe garante proteção social e respeito aos seus direitos fundamentais (COMISSÃO, 2008), um avanço ao desenvolvimento humano (BELTRAMELLI NETO; RODRIGUES, 2021). Assim, podemos dizer que a maior antítese do trabalho digno é o trabalho análogo à escravidão, no qual o trabalhador não recebe qualquer tipo de remuneração ou respeito por parte do empregador (SILVA; RODRIGUES; TIBALDI, 2018).

Tais proteções não partem apenas de legislações, pois também somam a **políticas públicas** – ações governamentais que são instituídas de forma a atingir um interesse público, derivadas da influência de diversos atores, estatais ou não (GELINSKI; SEIBEL, 2008) – de repressão ao ambiente de trabalho que não cumpre com tais regras, especialmente pela fiscalização ativa realizada pelas Delegacias Regionais do Trabalho.

Toda política pública tem três estágios muito bem definidos, quais sejam: formulação, implementação e avaliação. A primeira

fase trata da realização de debates, coleta de dados e exercício de influência de diversos atores na proposição de uma política pública. Em seguida, temos a implementação, fase na qual a política pública se torna ação governamental e deve ser iniciada e supervisionada. Por fim, avalia-se se a política implementada está adequada às finalidades que foram propostas originalmente (DAGNINO, 2002).

Dessa forma, o Poder Judiciário pode atuar em qualquer um desses momentos, sendo este um dos maiores pontos de inflexão e debate na atuação judicial contemporânea, por se tratar de uma interferência em instituto eminentemente político e relacionado ao Poder Executivo. Tal atuação, quando realizada dentro dos contornos constitucionais e infraconstitucionais, constitui-se como mera judicialização de uma questão altamente complexa (BARROSO, 2009).

O dano moral, dentro desse contexto, é o “termômetro” judicial da política pública. Quando esta está mal implementada, quando a fiscalização é insuficiente e surge um ambiente de trabalho lesivo aos direitos da personalidade, o debate invariavelmente recai no Poder Judiciário, seja pela demanda individualizada do trabalhador que não foi assistido pelo poder público em algum momento, seja pela empresa ou órgão de fiscalização que busca a retirada ou cobrança das medidas cabíveis de pagar ou fazer/não fazer.

O juiz se depara com o caso individual de um trabalhador que passou por anos sofrendo em um ambiente que a lei entende como inadequado por uma falha do poder público. Não houve a devida fiscalização ativa ou faltaram mecanismos de prevenção. O Estado não cumpriu com o seu dever de concretizar direitos e quebrou a confiança do cidadão que lhe financiou (FARO, 2013). Estamos diante de uma fase atípica da “avaliação” da política pública, fora do âmbito governamental, que não pode ser ignorada, sob pena de esvaziá-la ainda mais.

Buscando resolver essa problemática, o julgador pode utilizar o argumento da política pública em sua decisão sem resvalar na discricionariedade, pois ela está em paralelo com os princípios, apenas tendo a diferença de que, enquanto os princípios tratam de mandados de otimização de direitos vinculados ao campo da moralidade, as políticas públicas seriam as orientações governamentais para um fim específico de melhoria de aspectos da vida social, econômica ou política da comunidade. Com isso, a integridade do direito pode ser alcançada em um caso difícil, com a aplicação dos princípios disponíveis, ou se debruçando sobre as políticas governamentais já impostas previamente (DWORKIN, 1999).

Tal possibilidade não é inédita no âmbito da Justiça do Trabalho; pelo contrário, o Tribunal Superior do Trabalho, por mais de uma vez, já se manifestara no sentido que esse ramo da justiça especializada é competente para a análise e implementação de políticas públicas, em específico, nos casos concretos, para erradicar o trabalho infantil sob a ótica da efetivação da política pública do trabalho decente, como lemos em Recurso de Revista nº 75700-37.2010.5.16.0009 (BRASIL, 2013) e nº 32100-09.2009.5.16.0006 (BRASIL, 2015), bem como em Embargos de Divergência no Recurso de Revista nº 44-21.2013.5.06.0018 (BRASIL, 2021). Todos esses julgados acabam por seguir o entendimento exposto no Agravo Regimental em Agravo de Recurso Extraordinário nº 639.337/SP – São Paulo, do Supremo Tribunal Federal, em que se discute o “local” do Poder Judiciário dentro das políticas públicas e permite sua intervenção excepcional quando o Legislativo e/ou Executivo acabam por comprometer a concretização e eficácia de direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 2011).

A fundamentação em políticas públicas não promoverá uma substituição da ação governamental pelo Judiciário, pois, em verdade, ele preencherá o espaço deixado pela omissão do governo, impondo uma sanção pecuniária, que exercerá duas funções – uma reparadora ao funcionário; outra, punitiva– para que tal fato não mais se repita no futuro em outros casos (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019), ambas às custas daquele agente

mais próximo e omissivo, que é o próprio empregador. Esta última função busca, de forma atípica, pontual e não homogênea, estimular a empresa a alterar o ambiente de trabalho danoso ou impedir que outras empresas imponham tal ambiente a seus funcionários.

Algumas críticas podem ser tecidas a esse pensamento por aproximar a atuação do Judiciário com a atuação do Executivo ao desvirtuar a lógica decisória de representação pela argumentação pura (ALEXY, 2015) para uma representação por decisões e consequências, algo próprio da política. Critica-se também a atitude do Judiciário ao conduzir ações políticas e não jurisdicionais (discursos de posse, entrevistas e falas fora do ambiente do processo) (CASTRO, 1997). Por exemplo, quando o presidente do TST condena os discursos de diminuição ou extinção da Justiça do Trabalho (GÓES; FERNANDES, 2022), existe uma mensagem que deseja ser passada aos legisladores. Todavia, tais críticas apenas revelam a complexa interação e relação do Judiciário com a política nacional e uma mudança de posicionamento do STF ocorrida nos anos 1990, que, desde então, busca maior intervenção e adequação da conduta estatal de forma a proteger direitos e impor deveres nas relações permeadas pela política (VIEIRA, 2018).

Em conclusão parcial, pode-se afirmar que a indenização pelo dano moral trabalhista trata da contribuição pontual do Judiciário na busca por punir e reparar pela não implementação ou não fiscalização da política pública de fomento ao trabalho decente, algo que, apesar de não ser uma atitude homogênea, acaba por valorizar e dar concretude maior a um dever estatal que foi negligenciado.

4 A LIMITAÇÃO INTERPRETATIVA E O TABELAMENTO DO NOVO DANO MORAL TRABALHISTA: perda da complexidade e contingência do Sistema do Direito

Com o advento da Reforma Trabalhista, nome popular para a Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017), houve uma alteração significativa

na disciplina dos danos extrapatrimoniais laborais. Da leitura do novo Título II-A da CLT, temos dois problemas: um fechamento interpretativo (art. 223-A), que impede o julgador de utilizar outros dispositivos legais ou interpretações sistêmicas com outros âmbitos jurídicos, e um tabelamento de indenização pelos danos morais (art. 223-G), que acaba por limitar e determinar parâmetros fixos à punição pelo julgador, de forma atrelada ao salário percebido pelo trabalhador.

Os dispositivos, assim como tantos outros da Reforma Trabalhista, servem ao propósito explícito de limitadores à atuação do Judiciário exatamente naquelas condutas empresariais graves praticadas em desfavor dos funcionários. É sabido que a Reforma fora fruto de uma pressão forte do empresariado, por uma maior previsibilidade e limitação da Justiça do Trabalho – mais de 34% das emendas foram redigidas integralmente por sindicatos patronais (MAGALHÃES; COSTA; LAMBRANHO; CHAVES, 2017) –, e que a Reforma deixou a desejar no quesito geração de empregos (OLIVEIRA, 2021). Sem dúvidas, acabou por reforçar a tendência econômico-jurídica global de limitar o benefício de muitos em benefício do direito de poucos (SEN, 2010).

Para compreendermos a dimensão do problema trazido, há que se entender a indenização por danos morais por outra faceta: a de conexão do Sistema do Direito com amoral.

A responsabilização pelo dano moral segue a lógica interpretativa de qualquer outro tipo de responsabilização: analisam-se a conduta, o nexos causal e o dano (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019). Enquanto as duas primeiras análises são técnicas jurídicas, o dano moral, diferentemente de danos de outra natureza, esvazia-se de conteúdo jurídico em sua fundamentação. Isso ocorre porque a análise sobre o abalo psíquico daquele que pleiteia a responsabilização perpassa pela empatia do julgador ao caso. Ressalte-se que o Sistema do Direito é amoral, pois não detém nenhum tipo de objetivo de busca pela justiça; porém, ele precisa, constantemente, validar-se perante a

população para que possa se reproduzir e reconhecer as alternativas possíveis, ou seja, a justiça é um elemento de contingência que mantém o sistema ativo e limita as opções possíveis de escolha (LUHMANN, 2016a).

Quando o julgador se encontra diante de um caso de dano moral, seus fundamentos serão analisados pela sociedade como um todo em busca de aceitação, o que força o julgador a utilizar em sua comunicação (decisão) também elementos da moral (apreço/desprezo) para aumentar a complexidade do sistema e decidir adequadamente (LUHMANN, 2013). Em paralelo, devemos limitar a arbitrariedade¹ do julgador nesses casos ao impor que ele esteja adstrito aos princípios jurídicos e políticas públicas, elementos de conexão com a moral e a política governamental (DWORKIN, 1999), sempre se colocando num contexto social adequado e presente em sua sociedade (SEN, 2011). Utilizando-se de tais elementos, o juiz deverá verificar a situação apresentada e, por meio de uma argumentação sobre justiça, (a) analisar se há ou não um dano moral a ser reconhecido e (b) quantificar esse dano e lhe impor a indenização respectiva.

Dessa forma, quando há uma limitação da interpretação do juiz ou tabelamento da indenização pelos danos morais, o que se busca é garantir uma maior expectativa de normativas no sistema (LUHMANN, 2016a) exatamente no elemento mais incerto da “equação” da responsabilidade civil – a percepção e quantificação

¹ Não desconhecemos a crítica de Luhmann de que as normas programáticas e princípios jurídicos seriam uma abertura desnecessária e pouco contribuiriam para as operações do sistema (LUHMANN, 2013). Todavia, tal posição, apesar de merecer o devido apreço, faz com que o Direito seja aplicado pela pura e simples aplicação. Deve haver, ao menos, um mínimo de aspiração de legitimidade nas decisões judiciais, pois é por meio delas que temos a representação perante os outros setores (ALEXY, 2015), bem como é impossível haver uma previsão de todas as situações sociais que serão levadas ao ambiente jurídico, o que é solucionado pelos princípios jurídicos. Assim, afastamos a crítica de Luhmann neste trabalho para trazer os princípios como elementos de contingência que, ao lado do senso de justiça, são inafastáveis do sistema.

do dano moral para impor-lhe a indenização respectiva –, ao passo que se elimina o elemento de contingência do sistema, tornando-o não inclusivo ao sistema social como um todo.

No que toca ao fechamento interpretativo, o art. 223-A faz com que o julgador não possa se utilizar de nenhuma outra norma que não aquelas presentes no Título II-A da CLT, incluindo-se princípios jurídicos trabalhistas consagrados de interpretação pela norma mais favorável (RODRIGUEZ, 2015) e políticas públicas governamentais, tal como a do trabalho decente. Diminui-se a complexidade do Sistema do Direito ao se limitarem as suas possibilidades de decisão e retira dele o elemento de contingência ao se limitarem os nortes possíveis que podem ser tomados pelos julgadores. A lei estaria fazendo com que o Sistema do Direito caminhe em sentido contrário ao da sociedade: enquanto essa se torna cada vez mais complexa, com relações de emprego em mutação, ambientes de trabalho virtuais e salários em criptomoedas, o direito, no tocante ao dano moral trabalhista, torna-se simples e passível de não corresponder às expectativas normativas do corpo social (GONÇALVES, 2008). O direito cresce à medida que é irritado pelas demais interações com os demais sistemas, o que não ocorrerá tendo em vista o fechamento de interpretação, como pretendido pelo art. 223-A.

De outro lado, apesar de a Teoria dos Sistemas criticar o fechamento interpretativo, o tabelamento da indenização pelo dano moral proposto no art. 223-G é bem recepcionado por Luhmann, pois define o cálculo do dano com base em elementos de certeza e segurança, possibilitando uma previsibilidade.

Isso, todavia, não impede que as demais consequências negativas sejam geradas, como, por exemplo, a falta de aceitação por parte dos demais sistemas sociais que **esperam** mais do direito em determinadas situações. Além disso, sob a ótica do Sistema do Direito brasileiro, a **incerteza prévia** sobre a quantificação do dano moral é um elemento **desejado e aceito**, pois permite a reparação ampla do dano causado, como fora sumulado pelo STJ

em Súmula nº 281 (BRASIL, 2004) e decidido pelo STF na ADPF nº 130/DF (BRASIL, 2009) e RE nº 447.584/RJ (BRASIL, 2006), que trataram da Lei de Liberdade de Imprensa e rechaçaram seu tabelamento da indenização pelo dano moral. Nesse contexto, a expectativa das demais estruturas do sistema brasileiro é de que a **incerteza prévia** da quantificação do dano moral se mantenha de forma a atender os dispositivos constitucionais e buscar, ainda que de maneira parcial, uma auto legitimação do sistema brasileiro (NEVES, 2018).

Em conclusão parcial, o fechamento interpretativo e o tabelamento da indenização pelo dano moral propostos pela Reforma Trabalhista são duas inovações que acabam por diminuir, significativamente, a complexidade do Sistema do Direito ao limitarem as possibilidades de decisão e eliminarem a contingência sistêmica, impedindo que sejam utilizados outros dispositivos abertos ao campo da moralidade (princípios jurídicos) e da política (políticas públicas) nas decisões dos juízes trabalhistas.

5 O DANO MORAL NA REFORMA TRABALHISTA NO ÂMBITO DOGMÁTICO: situações extremas, específicas e de comparação

Como visto, a Reforma Trabalhista trouxe problemas ao Sistema do Direito Trabalhista como um todo, bem como foi fruto de pressão de setores econômicos por uma maior previsibilidade do sistema. Assim, criaram-se incongruências do ponto de vista dogmático que, cumuladas com o fechamento interpretativo e o tabelamento da indenização pelo dano moral, limitam a fiscalização judicial da política pública para um trabalho decente em seu momento prático de aplicação.

Por dogmática há que se compreender como o ramo do Direito que tem como função utilizar-se de casos abstratos para descrever, sistematizar e fornecer critérios para aplicação de uma parte do ordenamento (ATIENZA, 2013). Neste trabalho, portanto, foca-se na dificuldade de aplicação das normas vigentes a certos

casos, que chamaremos de situação extrema, situação específica e situação de comparação.

Em um primeiro ponto, a maior incongruência criada pela Reforma é que, apesar do maior exemplo de trabalho indigno ou degradante é o trabalho análogo à escravidão, este ainda pode ser relativizado e sua punição diminuída pelos ditames legais da Reforma. Como sabido, esse tipo de labor é caracterizado pela junção de duas características: a obrigatoriedade do trabalho e a condição degradante da atividade (DEBONA; DUARTE, 2017; MIRÁGLIA, 2011). Há uma jornada de trabalho abusiva, sem descansos ou remunerações. O ser humano é levado à condição de instrumento para o lucro do seu aliciador. Tal trabalho é, evidentemente, uma quebra do pacto ao trabalho decente e, portanto, deve ser rechaçado fortemente por todos os setores que aplicam tal política pública.

É comum que os juízes do trabalho, ao sentenciarem em um caso que envolva essa questão, determinem o pagamento da indenização pelo dano moral, por ser um instrumento de compensação pelo tempo sofrido de trabalho degradante, e chamem a atenção do poder público por ter faltado com sua fiscalização por um tempo excessivo. Ocorre que, com o novo texto legal, o dano deve ser mensurado sobre o salário do trabalho; daí, questiona-se: qual salário? Não há salário a ser utilizado, tampouco um parâmetro viável para arbitrá-lo. Sequer é possível considerar a utilização de um salário-mínimo, pois não é porque o trabalho é degradante que deve ser remunerado ao mínimo legal pelo nosso ordenamento.

Nessa linha de raciocínio, em conformidade com as relações trabalhistas degradantes e contrárias ao trabalho decente, são identificadas por auditores fiscais dos setores do Executivo ou pelos fiscais do Ministério Público do Trabalho. Essas fiscalizações levam a ações judiciais de natureza coletiva pleiteando a condenação em danos morais coletivos e reversão do valor ao Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT). Ocorre que, conforme a regra

da limitação da indenização pelo dano moral atrelada ao salário recebido, tais condenações perderiam seu caráter pedagógico e punitivo de impedir a reiteração do ato no futuro, por serem forçadas a limitar à tarifação legal, o que pode gerar um “planejamento” de risco das empresas na sua prática empresarial para manutenção de tais ilegalidades.

A primeira desarticulação da política pública do trabalho decente vem na dificuldade em precisar uma indenização sobre um salário inexistente de um labor degradante, o que entendemos como uma situação extrema.

Em seguida, diferentemente da Medida Provisória nº 808/2017, que inaugurou a Reforma Trabalhista, no texto definitivo da alteração legislativa, em seu art. 223-C, não se encontram presentes a etnia, a idade ou o critério de nacionalidade como elementos aptos a configurar um tratamento discriminatório frente a uma conduta patronal que possa lesar a dignidade do trabalhador nesse aspecto.

A legislação impede que essas características sejam usadas, retirando a conquista histórica de grupos minoritários que buscam maior integração no mercado de trabalho, tais como os agrupamentos indígenas e quilombolas, ou grupos que foram comumente menosprezados pelas empresas por critérios escusos, tais como os negros, idosos e imigrantes. Alguns buscam minorar essas omissões ao caracterizá-las como atecnias legislativas que podem ser corrigidas na aplicação hermenêutica (DELGADO, 2019).

Portanto, a segunda desarticulação da política pública do trabalho decente vem na dificuldade maior em proteger as discriminações relacionadas à etnia, à idade e à nacionalidade quando não são expressamente protegidas pela legislação, o que entendemos como uma situação específica.

Ao fim, a Reforma trouxe institutos inexistentes em outros ramos do Direito quando tratamos do dano moral, quais sejam, os incisos do art. 223-G (BRASIL, 2017). Neles, a legislação determina

que o juiz deve, por exemplo, considerar atitudes redutoras do ofensor, contudo, sem analisar se houve efetiva diminuição do dano com tais atitudes.

Isso faz com que o julgador tenha que beneficiar o ofensor que foi contrário à política pública ou omissor e tentou reduzir o dano (inciso IX), forçou um perdão do trabalhador (inciso X) ou impediu que ela se tornasse pública (inciso XII), em detrimento daquele que tomou todas as condutas necessárias, conforme o previsto na política pública, para que o dano não ocorresse, apesar de ter ocorrido.

Assim, a terceira desarticulação da política pública do trabalho decente seria essa consideração obrigatória para que o Poder Judiciário prestigie aqueles que não seguiram a política pública previamente, o que entendemos como uma situação de comparação.

Em conclusão parcial, sob o ponto de vista dogmático – que é a aplicação direta dos comandos legais –, o fechamento interpretativo e o tabelamento da indenização, juntamente com incongruências da Reforma, fazem com que haja dificuldades práticas na determinação dos danos morais em situações extremas de lesão ao trabalho decente, como a inexistência de salário, situações específicas de ofensa à dignidade do trabalhador e o beneficiamento indevido de sujeitos contrários ou omissos à política pública em detrimento daqueles que a seguiram com rigor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Trabalhista certamente foi um momento de destaque no Direito do Trabalho brasileiro por ser uma evidente reconfiguração do modelo até então praticado no Brasil. No que toca ao dano moral trabalhista, primeiramente, concluímos pela sua utilização como instrumento judicial de fiscalização das políticas públicas, sendo, em verdade, um instrumento de correção da falta ou demora da aplicação dessas aos casos concretos. Após isso,

foi estabelecido o que se entendia por política pública do trabalho decente, sua extensão e aplicação em território brasileiro. Ao fim, verificamos que o fechamento interpretativo e o tabelamento do dano moral, novidades da Reforma, fizeram com que a fiscalização judicial para a aplicação da política pública do trabalho decente fosse intensamente prejudicada de duas maneiras: em primeiro, sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Luhmann, diminuíram-se a complexidade e a contingência do sistema ao se limitar a liberdade de argumentação dos juízes, em especial para a moralidade e política; em segundo, sob a ótica dogmática, a aplicação de diversos dispositivos legais tornou-se incongruente ou contrária a essa política pública em situações extremas (trabalho escravo), específicas (grupos minoritários trabalhistas) ou em comparação (beneficiando os que a violam).

A partir de tais conclusões, acreditamos que é possível abrir um caminho de argumentação suficiente para eventuais questionamentos legais e/ou constitucionais por parte dos atores jurídicos frente ao Poder Judiciário de forma a permitir um amplo debate pelo afastamento (ou não) de tais normas pelos métodos cabíveis, notadamente a declaração de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 15 de abr. de 2022.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio; RODRIGUES, Mônica Nogueira. Trabalho decente: comportamento ético, política pública ou bem juridicamente tutelado? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 470-494, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6738/pdf>. Acesso em: 09 de abr. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 09 de abr. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 281**: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Segunda Seção, DJ 13/05/2004. Brasília, DF: STJ, [2004]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental em Agravo de Recurso Extraordinário n. 639337/SP – São Paulo**. Criança de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público - doutrina - jurisprudência - obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) - legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação

de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - princípio “jura novitcuria” - invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade - recurso de agravo improvido. Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional [...]. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello, DJ 23/08/2011. Brasília, DF: STF, [2011]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário n. 447584/RJ - Rio de Janeiro**. Indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Segunda Turma. Relator: Min. Cezar Peluso, 28 de novembro de 2006. DJ 28/11/2006. Brasília, DF: STF, [2006]. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409800>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF – Distrito Federal**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação.

Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional dentre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, dentre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei nº 5.250/1967

pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação. Tribunal Pleno. [...]. Relator: Min. Carlos Britto, DJ 30/04/2009. Brasília, DF: STF, [2009]. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcgclclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2. Turma). **Recurso de Revista n. 32100-09.2009.5.16.0006 – Maranhão**. Competência da justiça do trabalho. Ação civil pública ajuizada pelo ministério público do trabalho, visando impor ao ente público a obrigação de adotar políticas públicas para erradicação e prevenção do trabalho infantil. Litígio inserido na expressão “relações de trabalho”, ”, prevista no artigo 114, incisos I e IX, da Constituição Federal. 2ª Turma. Redator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 11/09/2011. Brasília, DF: TST, [2015]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/11f823dd92308c54910cf5e9575ab0e2>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Recurso de Revista n. 75700-37.2010.5.16.0009 – Maranhão**. Recurso de revista. Ação civil pública. Competência da justiça do trabalho. Efetivação de princípios e regras constitucionais e internacionais ratificados, relativos à pessoa humana e às relações de trabalho. Trabalho decente e combate imediato e prioritário ao trabalho infantil e às piores formas de trabalho do adolescente. OIT: constituição de 1919; declaração da Filadélfia de 1944; declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998; convenção 182 da OIT. Efetividade jurídica no plano das relações de trabalho. 3ª Turma. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 20/09/2013. Brasília, DF: TST, [2013]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/668ed7fcc3b40af086f36c08bf3027ee>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Divergência no Recurso de Revista n. 44-21.2013.5.06.0018** – Pernambuco. Recurso de embargos interposto pelo ministério público do trabalho. Competência material da justiça do trabalho. Ação civil pública. Imposição de obrigações de fazer ao município reclamado. Implementação de políticas públicas para erradicação do trabalho infantil. Jurisprudência atual da sbdi-1 do TST. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator: Ministro Lelio Bentes Correa, DEJT 12/11/2021. Brasília, DF: TST, [2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/4d431fed1985d4c91282a5beba2d26a1>. Acesso em: 04 abr. 2023.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista Brasileira de Ciências Sociais - **RBCS**, São Paulo, n. 34, jun. 1997. Disponível em: http://anpocs.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1909&Itemid=867. Acesso em: 10 de abr. de 2022.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente**: a experiência brasileira recente. Brasília, DF: CEPAL, 2008. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28396/S3310981E552008_es.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 de abr. de 2022.

DAGNINO, Renato. **Gestão estratégica da inovação**: metodologias para análise e implementação. Taubaté: Cabral, 2002.

DEBONA, Larissa Luiza; DUARTE, Odair. Trabalho análogo ao de escravo. *In*: Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais, 5, 2017, Cascavel. **[Anais eletrônicos...]**. Cascavel: Centro Universitário da FAG, 2017. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c14878d392.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

FARO, Júlio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2161/pdf_1. Acesso em: 09 de abr. de 2022.

GELINSKI, Carmem Rosário Ortiz G; SEIBEL, Erni José. Formulação de Políticas Públicas: Questões metodológicas Relevantes. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 42, n. 1 e n. 2, p. 227-240, abr./out. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/2178-4582.2008v42n1-2p227>. Acesso em: 15 de abr. de 2022.

GOÉS, S.; FERNANDES, R. Não aceitaremos diminuir a Justiça do Trabalho, diz novo presidente do TST. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 de fev. 2022. Defesa das Prerrogativas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-27/entrevista-emmanoel-pereira-presidente-tst>. Acesso em: 05 de abr. 2022.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Evolução, contingência e direito**. FGV Direito Rio – Textos para discussão, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/1725>. Acesso em: 10 de abr. de 2022.

LUHMANN, Niklas. **La ciência de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La moral de la sociedad**. Tradução de Iván Rodríguez Ortega. Madrid: Trotta, 2013.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. **Sistema sociais**: Esboço de uma teoria geral. Tradução de Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marcos Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016b.

MAGALHÃES, Aline; COSTA, Breno; LAMBRANHO, Lúcio; CHAVES, Reinaldo. Lobistas de bancos, indústrias e transportes estão por trás das emendas da reforma trabalhista. **The Intercept Brasil**, 25 de abr. 2017. Disponível em: <https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 02 de abr. de 2022.

MIRÁGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo**: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2011.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução de Antônio Luiz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

OLIVEIRA, Isaac de. 4 anos depois, reforma trabalhista não gerou 'boom' 'de empregos prometido. **UOL**, São Paulo, 07 de out. 2021. Empregos e Carreiras. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2021/10/07/reforma-trabalhista-michel-temer-empregos-4-anos.htm>. Acesso em: 02 de abr. de 2022.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI n. 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Revista de Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 3, p. 663-694, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v19n3.p663-694>. Acesso em: 01 de fev. de 2019.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Amanda Carolina Souza; RODRIGUES, Débhora Renata Nunes; TIBALDI, Saul Duarte. Nudges e políticas públicas: um mecanismo de combate ao trabalho em condição análoga à de escravo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 266-286. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5317/3968>. Acesso em: 10 de abr. de 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.