

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO

VANESSA CRISTINA ARAÚJO FERNANDES

**A (IN) CONVENIÊNCIA DOS CHAMADOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS
TRABALHISTAS INTRODUZIDOS PELA LEI 13.467/17**

NATAL/RN

2018

VANESSA CRISTINA ARAÚJO FERNANDES

**A (IN) CONVENIÊNCIA DOS CHAMADOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS
TRABALHISTAS INTRODUZIDOS PELA LEI 13.467/17**

Trabalho de Conclusão de Curso da Pós Graduação Latu
senso em Direito apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para a
obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho
e Processual do Trabalho.

Orientador: Professor Dr. **Marcelo Maurício da Silva**

NATAL/RN

2018

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Fernandes, Vanessa Cristina Araújo.

A (in) conveniência dos chamados danos extrapatrimoniais trabalhistas introduzidos pela lei 13.467/17 / Vanessa Cristina Araújo Fernandes. – Natal, 2018.

92 f.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Maurício da Silva.

Monografia (Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Trabalho – Monografia. 2. Direito – Monografia. 3. Danos morais – Monografia. 4. Ciência – Monografia. 5. Lei – Monografia. I. Silva, Marcelo Maurício da. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 349.2

VANESSA CRISTINA ARAUJO FERNANDES

**A (IN) CONVENIÊNCIA DOS CHAMADOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS
TRABALHISTAS INTRODUZIDOS PELA LEI 13.467/17**

Trabalho de Conclusão de Curso da Pós Graduação Lato senso em Direito apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Nome Completo

Orientador

Prof. Nome Completo

Membro

Prof. Nome Completo

Membro

Dedico este trabalho àquele que se
permite enxergar questões sobre outro
prisma, e questionar-se sobre.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus primeiramente, por toda a bênção concebida durante a realização deste trabalho. Agradeço a esse curso de especialização, com toda a sua possibilidade de conhecer e de reconhecer pessoas tão dignas, que me influenciaram direta ou indiretamente durante essa realização. Uma oportunidade de conhecer a fundo a especialização a qual escolhi, de ficar mais próxima da sua essência. Uma experiência fantástica. Não há outra palavra para descrever o processo de pesquisa, de leitura, de conhecimento, e de tudo o mais que envolveu minha escrita. Então, agradeço também, a essa ciência do Direito em específico, ao qual virei mais fã do que já era. Agradeço ao meu orientador em especial, por toda dedicação, atenção, sensibilidade, por toda a iluminação que essa experiência memorável de orientação me proporcionou. Agradeço também, aos meus pais, por todo o apoio incondicional. Agradeço aos meus amigos queridos, por toda a ajuda e apoio. Há pessoas que me ajudaram e que nem sabe que me ajudaram, deixo meu agradecimento a elas também. De fato, a gratidão parece ser a memória do coração.

“Quando querem transformar
Dignidade em doença
Quando querem transformar
Inteligência em traição
Quando querem transformar
Estupidez em recompensa
Quando querem transformar
Esperança em maldição:
É o bem contra o mal.
E você de que lado está?”

(Renato Russo)

RESUMO

O presente trabalho explana a lei 13.467/17 e a Medida provisória 808/17, especificamente nos artigos que disciplinam os danos morais aplicados ao Direito do Trabalho. Objetiva, assim, traçar uma relação entre tais artigos e a ciência exposta, ao intermediar a finalidade, o alcance, a legitimidade, a possibilidade e as consequências trazidas pela nova abordagem reformista tão polêmica e impugnativa. Confronta, portanto, o novo prisma dado ao instituto dos danos morais, com a tal nova concepção trabalhista, a qual possui uma inexperiência no mínimo alarmante, além do que, aparentemente, promove uma ressignificação forçada e invasiva da própria essência do Direito do Trabalho, afastando-o do ideal de justiça social. À vista disso, a metodologia utilizada se caracteriza pela pesquisa bibliográfica, objetiva descritiva e aplicada, associada ao método dialético, partindo de análises acerca dos posicionamentos que nasceram a partir dessa nova legislação controversa, tendo em vista seu caráter contemporâneo. Aliada, ainda, com observações jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema. Ao concluir, sobretudo, o trabalho qualitativo, os resultados logrados com a análise final confirmaram a peculiar adequação aviltada da legislação trabalhista, disciplinando interpretações incoerentes com ela própria.

Palavras-chave: Trabalho, Direito, Danos Morais, Ciência, Lei.

ABSTRACT

The present work explains the law 13467/17 and the Provisional Measure 808/17, specifically in the articles that discipline the moral damages applied to Labor Law. It aims to draw a relationship between these articles and the science exposed, when mediating the purpose, the reach, legitimacy, possibility and consequences brought about by the new reformist approach which configures itself in a controversial and impugnative basis. Therefore it comes across the new position given to the institute of moral damages, with such a new labor conception, which has at least an alarming inexperience, in addition to what apparently promotes a forced and invasive re-signification of the very essence of Labor Law, away from the ideal of social justice. In view of this, the methodology used is characterized by descriptive and applied bibliographical research, associated to the dialectical method, starting from analyzes about the positions that were born from that novice controversial legislation, considering its contemporary character. Also allied with jurisprudential and doctrinal observations on the subject. In conclusion, qualitative work, the results achieved with the final analysis, confirmed the peculiar depreciation of the labor legislation, disciplining incoherent interpretations itself.

Keywords: Labor, Law, Moral Damages, Science, Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. O CONTROVERSO INSTITUTO DO DANO MORAL.....	14
3. OS INTRÍNSECOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	28
4. A LEI 13.467/17: DO DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA.....	39
5. O IMPOSSÍVEL PREÇO DO DANO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	70
6. CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS.....	90

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a elucidação da lei 13.467/17 em seu capítulo específico pertencente aos ditos danos extrapatrimoniais trabalhistas. Ademais, busca clarificar a Medida Provisória 808/17 em seus dispositivos atinentes ao tema. Parte, sobretudo, do método dialético, com pesquisa qualitativa, aplicada e objetiva descritiva, por meio da leitura e da observação, e, ao objetivar análises contextualizadas, utilizou-se para isto de leis, de doutrinas, bem como de jurisprudência. Usita-se, assim, de material bibliográfico já existente, bem como de outros recentes para evocar a contemporaneidade necessária, tendo em vista a data da lei em específico, além dos seus momentos surpreendentes, que ora caducaram e ora foram publicados novamente. Ademais, traça um paralelo com os danos morais em sua concepção clássica, a fim de expor, em até que nível e alcance, tal regulamentação seria adequada e para qual finalidade. Ao passo em que tenta transparecer a ciência do Direito do Trabalho, com toda a sua essência, com o propósito de demonstrar a recepção forçosa ou não, de tais artigos.

Tendo em vista pertencer a uma ampla discussão contemporânea, tal lei conhecida popularmente pela alcunha de “Lei da Reforma Trabalhista”, teve um grande impacto na vida dos brasileiros, por trazer uma nova abordagem de institutos preconizados há tanto tempo em nosso país, tão arduamente conquistados. E, por também, mexer quase que por completo, com os valores trabalhistas tão essenciais, e com os ideais constitucionais proeminentes, não passíveis de sofrerem modificações nem mesmo pelo cunho interpretativo. Além de, paralelamente, adentrar em questões tão fundamentais, deixando transparecer visivelmente qual a natureza das intenções que as mudanças introduzidas explicitam simbolicamente.

Desse modo, inicialmente traça uma breve rememoração dos principais pontos do instituto do dano moral, que possuem ainda hoje, uma natureza completamente complexa. Escolhidos propositalmente por necessidade de confrontá-los posteriormente com as principais mudanças trazidas, para uma necessidade de compreensão da proporcionalidade de uma possível violação da natureza de tais premissas, classicamente utilizadas em nosso país como pertencentes ao ramo do direito civil, ou usualmente em uma interdisciplinaridade compreensível e adequada.

Posteriormente, situa-se na seara dos direitos da personalidade, tendo em vista serem de fundamental importância, por serem essencialmente a significação em si do ramo dos danos morais. De quais direitos estariam a serem discutidos, introduzidos, e possivelmente invadidos. Demonstrar a importância e o tratamento classicamente concedidos a esses direitos, bem como o grau de proteção e em que condições, se inserem como essencial para perceber em que sentido paira a possibilidade dos mesmos sofrerem alguma forma de disponibilização.

Em seguida, há a explanação da lei em si, com a apresentação dos artigos pertencentes ao capítulo denominado “Do Dano Extrapatrimonial”. Apresentando a relação da sua admissão com as prerrogativas da ciência ao qual pretendia se incorporar, bem como da própria ciência ao qual se origina, tendo em vista apresentar uma nova concepção do instituto dos danos morais no sentido mais significativo da palavra, pois, se apresenta de uma forma desbravadora e polêmica.

Em sede de última abordagem, há a finalização da apresentação dos artigos da lei objeto do presente trabalho, sobre o mesmo enfoque utilizado de finalidade prática, intenção ocultada, e consequências acarretadas. Continuando a flagrar o possível alcance proporcional, bem como a possibilidade legítima ou não, de tais fatos ocorrerem, alertando para a subversão ou não, da ciência do Direito do Trabalho.

2 O CONTROVERSO INSTITUTO DO DANO MORAL

O campo do dano moral encontra-se inserido no ramo da responsabilidade civil, configurando-se em um tema absolutamente complexo, inesgotável e intrigante. A sua importância se deve grande parte ante a sua própria necessidade, tendo em vista que sua existência é uma tentativa de se ver concretizada a justiça, que vem a ser o objetivo maior da ciência do Direito, possuindo um caráter bastante singular completamente necessário para a resolução de diversos casos que assolam o judiciário. Porém, esse caráter singular acaba por também adicionar ao ramo do dano moral, uma natureza muito subjetiva, traduzindo-se em um instituto amplamente controverso em quase toda a sua estrutura, condição esta que não pode vir a desvirtuar o seu caráter fundamental e necessário.

Devendo a premissa maior ser a de que não poderá haver uma violação, em que o Direito guiado e representado nesses casos pelo ramo da responsabilidade civil, se cale diante de injustiças. São significados que se confundem porque exatamente têm a justiça como objetivo em comum. Conforme leciona Maria Helena Diniz:

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas qualidades presentes e futuras, a um sujeito determinado, pois, como pondera José Antônio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que “todo direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”. O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. (2009, p. 05)

Dessa forma, age tutelando e restabelecendo, devendo apenas e principalmente analisar especificadamente as situações do caso concreto, negando

a aplicação de uma dita solução tabelada, sob o prisma da justiça social. Identificando o agente causador, a presença ou não do elemento culpa, o nexo de causalidade entre essa possível culpa e o dano advindo, que pode ser tanto na esfera patrimonial quanto especialmente moral.

De forma que, como observa Aragão citado por Porto (2007, p.75), o dano moral ultrapassa a mera inconveniência de atrito entre as partes, adentrando em uma esfera essencialmente cidadã, com valores fundamentais que se explicitam à medida que a responsabilidade atua como instrumento de defesa, de concretude social e política.

A responsabilidade é a obrigação do dever de indenizar e de se assumir a autoria do dano, todavia, não se confunde com o instituto da obrigação. A obrigação é a situação que se estabelece entre duas pessoas, com vínculos assumidos previamente, é a relação em si. Enquanto que a responsabilidade é a consequência do descumprimento que alguma dessas pessoas venha auferir. De acordo com Gonçalves (2011), enquanto uma nasce com a promessa do cumprimento, a outra nasce com o fato já desmascarado do descumprimento. Em que o dever jurídico originário é o instituto da obrigação, já o sucessivo que só surge com o descumprimento, é o ramo da responsabilidade. Ou seja, o inadimplemento é condição necessária para o nascimento da responsabilidade, uma é causa a outra é consequência.

Uma distinção não menos importante para enfatizar em até que ponto é o alcance do ramo do dano moral, é a diferenciação expressiva entre a responsabilidade civil e penal. Em que a penal busca proteger a sociedade e não a vítima, estabelecendo a ordem social ao afastar o agente causador. Fazer a justiça e puni-lo não seria aplicando-lhe uma indenização, como ocorre na responsabilidade civil, mas afastando-o do convívio em sociedade, pois, representa riscos a todo um conjunto de pessoas que a regem. Como destaca Delgado (2011), na civil o objetivo pretendido é estabelecer a situação anterior à violação que teve como alvo um particular, em seu direito, em que foi alterado o estado que se encontrava, pretendendo de forma justa e legítima, portanto, a reparação.

Assim, na responsabilidade civil, há a indenização da vítima responsabilizando o agente por fato que ele mesmo cometeu ou outra pessoa, não há esse caráter pessoal que há na responsabilidade penal. Pois, a preocupação é com a reparação do dano e não com a culpabilidade do agente, é sob esse prisma o

nascimento do sentido da indenização por dano moral. Assim, comprovado o dano e a invasão de direitos, haverá a atuação do Direito para restabelecer a situação anterior, até onde for possível. Ou não havendo mais a possibilidade concreta, instaurando um sentimento de compensação, com a necessária reparação advinda, de forma completamente proporcional e vinculativa somente ao elemento dano, conforme ecoam nos clássicos artigos do Código Civil de 2002¹.

A natureza desse instituto se mostra com características peculiares para atender de modo justo as particularidades que se submete, já que o campo da responsabilidade é necessário nos mais diversos ramos, tendo em vista o caráter complexo e ao mesmo tempo fundamental. Continuando como um tema enigmático exatamente por haver a ausência de noções, por ter a imprevisibilidade como sua própria essência, não havendo ainda entendimento completamente uniforme doutrinário e jurisprudencial exatamente pela inconstância e complexidade desse instituto, que ao mesmo tempo é constantemente adotado, refletindo nas mais diversas áreas da ciência do Direito, especialmente no Direito do Trabalho. Nesse sentido, apontam os autores Cristiano Chaves de farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto:

Cursamos uma era de incertezas em que a lógica empresarial e as inovações tecnológicas oprimem a pessoa, convertendo-a em um meio para a satisfação de interesses patrimoniais, esquecendo-se todos que o homem só ocupa a condição humana enquanto for um fim em si mesmo. Mais do que nunca releva o papel a ser exercitado pelo princípio da dignidade como cláusula geral de tutela a pessoa, modo se submeter as situações patrimoniais às situações existenciais, bem como a ordem econômica a padrões de legitimidade e conferir a necessária ponderação da autonomia privada ao princípio da solidariedade. (2015, p. 11)

O princípio da reparação integral da vítima aparece como um dos principais expoentes desse ramo, tendo em vista que assegura a vítima o direito não só de obter uma reparação, mas principalmente dessa reparação ser proporcional ao dano sofrido, dependendo tão somente da medição adequada e justa do magistrado, de modo a satisfazer por completo a vítima, aliás, por essa razão é importante quando

¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

assim for necessária a possibilidade de cumulação de dano material e moral, não deixando escapar nenhuma forma de direito que por ventura possa ter sido subtraído, refletindo a máxima segurança e plenitude da garantia de direitos. Afinal, o direito não existe para fazer meia justiça, ou incompleta justiça, ou é uma justiça de fato integral e ao mesmo tempo proporcional conforme as necessidades do caso, ou então não há justiça, conforme se observa no art. 944 do Código Civil².

Ressaltando que essa reparação não necessariamente nasce de um ato ilícito, pois, sem contrariar a regra geral, há de se levar em conta que um ato lícito também pode ser capaz de gerar o dever a uma reparação por ter violado um direito. Consoante às circunstâncias específicas do caso, pode possuir o mesmo condão de gerar um dano e de ser amparado pela justiça, configurando em um caso de responsabilidade civil (Gagliano; Pamplona Filho, 2014, p. 77).

Havendo a necessidade de enfatizar a diferença entre a responsabilidade objetiva e subjetiva, tendo em vista que há outro elemento não tão importante quanto o dano, porém, que é motivo recorrente de controvérsia, o elemento da culpa. Que em alguns casos é até mesmo dispensável como é o caso da responsabilidade civil objetiva. Surpreendentemente, acaba por definir o amparo da lei em muitos casos, pois, coincidência ou não, quando se trata de responsabilidade subjetiva com percepção de danos morais, o sentido expressivo dos julgados é o de não conferi-los à pretensão da vítima, negando-os em larga escala, por fundamentar que se não se consegue exaustivamente comprovar a culpa do agente, não haveria então de se falar em danos morais. Configurando-se ainda em um tema bastante controvertido, que nem em sede de tribunais encontra concordância³.

A natureza dos atos jurídicos não é de suma importância, tal qual é a consequência deles advinda, qual seja a própria invasão de direitos, o próprio dano.

² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

³ RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ASSALTO A ÔNIBUS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE CULPA DO EMPREGADOR. O Tribunal Regional Do Trabalho da 4ª Região divergiu do entendimento firmado no âmbito desta corte, de modo que deve ser reformada a decisão, a fim de excluir a indenização por danos morais decorrentes de assaltos sofridos pelo reclamante no exercício da função de cobrador de transporte público coletivo. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 1112-36.2012.5.04.0005, Relator: Emmanoel Pereira. Data de julgamento: 29/04/2015. 5ª Turma. Data de Publicação: DEJT 08/05/2015).

Que vem a ser elemento primordial para a configuração da responsabilidade, não há como se falar em responsabilidade civil sem a presença desse elemento, pois, sem prejuízo não há o dever de indenizar, não há o reconhecimento da obrigação de reparar. Perde-se a própria essência ante a ausência desse componente. De outro lado, deve-se alertar sobre a diferença entre violação e conduta danosa. Sobre esse tema, observa Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 2002 aperfeiçoou o conceito de ato ilícito, ao dizer que o pratica quem “violar direito e causar dano a outrem” (art. 186), substituindo o “ou” (“violar direito ou causar dano a outrem”), que constava do art. 159 do diploma anterior. Com efeito, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. (2009, p. 33)

A substituição foi pontual, na medida em que ensinou que a violação de um direito não necessariamente causa um dano, e nesse diapasão enfatizou que só receberá a indenização se de fato restar configurado o dano. Afirmando em outras palavras que a violação de um direito não enseja uma indenização. Entrelaçando intimamente dano e indenização, e enfatizando que sem um dano concreto não há o dever de reparar, embora tenha havido uma violação. É assumir o caráter reparador e não automático das indenizações, que não podem existir para alguma forma de enriquecimento ilícito.

Tanto a ação jurídica seja ela lícita ou ilícita quanto o dano são de suma importância para estar configurada a responsabilidade civil, mas o que de fato a justifica é a ligação entre esses dois elementos, esse liame é o nexo de causalidade, elemento tão fundamental quanto ou até mais, pois, ele provoca uma ligação entre causa e efeito, sendo absolutamente necessário a sua comprovação para merecer a reparação⁴.

O nexo de causalidade se faz de suma importância para a ação não resultar em um caso de improcedência, ou para não restar configurado algo que inevitavelmente iria ocorrer de qualquer maneira. Uma excludente de

⁴ DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO EMPREGADOR. O nexo de causalidade entre a doença e as atividades exercidas pelo empregado constitui requisito imprescindível à responsabilização civil do empregador. Sua constatação dá-se, principalmente, por intermédio de prova técnica, cujas conclusões só podem ser infirmadas de prova robusta em sentido diverso. (TRT 18, RO – 000168-33.2012.5.18.0221, Relator: Paulo Pimenta, 2ª Turma, Data do Julgamento: 23/04/2015).

responsabilidade, por exemplo, sem nenhum tipo de influência do agente, justificando-se em um caso fortuito ou força maior, ou culpa exclusiva da vítima, ou até mesmo ser o caso de culpa concorrente, tema que reclama atenção especial tendo em vista possuir também tal qual o dano moral, uma natureza intangível disfarçada de uma aparente objetividade. Em que tanto o agente quanto a vítima concorrem para o evento danoso, cada um tem a sua parcela de culpa na ação, e por essa razão merecem indenizações proporcionais conforme sua atividade danosa, conforme se verifica pelo artigo 945 do Código Civil⁵.

O dano tem que necessariamente ser fruto da conduta comissiva ou omissiva do agente, porém, no caso da culpa concorrente ambos contribuem, havendo um juízo de proporcionalidade na indenização daí advinda, porém, o que ocorre é uma tendência do poder judiciário de classificar as indenizações em metade, como se obedecesse a um efeito automático que não majora as circunstâncias do caso concreto, como se elas fossem dispensáveis e em todo caso de culpa concorrente tivesse autor e vítima contribuído em 50% sempre, sem exceção, para o dano concorrer. Distribuição matemática no mínimo controversa, pois, em um terreno de responsabilidade civil a inconstância é o elemento que se faz presente a todo o momento, não se podendo atribuir um efeito expresso e de praxe, ou seja, uma forma de tarifação, a uma ciência tão complexa, a um instituto que exige a observância do caso concreto para assim poder se justificar. Nesse sentido, observa Carlos Maximiliano:

Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta. [...] A interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. (2011, p. 08)

O magistrado não poderia lançar mão dessa visão simplista, ainda mais em um caso de indenização por culpa concorrente que envolva danos morais e não só os materiais, momento ainda mais controvertido em que não se pode haver a aplicação da matemática roubando o lugar da aplicação da justiça. É absolutamente

⁵ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

necessário haver a investigação do caso concreto e nunca se aplicar de imediato essa expressão salomônica, calculista de metade para cada parte. Porém, como em toda generalização há a tendência ao erro, há de ressaltar, dessa forma, que pode haver casos em que naturalmente a divisão em 50% pode se justificar, pois foi feita a devida análise do caso concreto, não somente uma obediência calculista⁶.

O papel do magistrado dessa forma, é mais do que importante, é fundamental. O órgão jurisdicional é incumbido de ao aplicar as leis, interpretá-las e aplicá-las sob a melhor forma possível de adequação ao caso concreto. Porém, fazer com que as leis reflitam com perfeição o caso concreto é uma função que recebe muitas vezes e em tom de crítica o apelido de automática. Tema bastante alarmante por si só e principalmente quando se está diante da responsabilidade civil, em que não há como não falar em necessidade da função real do juiz, pois é algo que está intimamente ligado, e pelo qual não há como ser dissociado. Tendo em vista o caráter oscilante desse ramo, a inconstância se faz presente a cada caso que desafia o judiciário brasileiro, não podendo haver essa ideia de automação tão difundida. Conforme aponta Delgado ao citar João Casillo:

É necessário, entretanto, que, desde logo, fique claro que, salvo naquelas hipóteses onde a lei expressamente fixe determinados valores ou pontos de referência, sempre prevalecerá a liberdade do magistrado para aferir o dano e indicar a correspondente indenização, isto porque será muito difícil encontrarem-se vítimas iguais e danos exatamente equivalentes, em circunstâncias idênticas. (2011, p.421)

Nesse diapasão, surge o princípio da investidura fática, em que uma pessoa absolutamente legitimada no cargo complexo em que ocupa deverá usar de todo o seu conhecimento para exercer sua atividade de maneira a ser justa e equânime, como se ousasse utopicamente se colocar no lugar da vítima e do agente para então poder fazer a adequada sentença para aquele caso específico que lhe apresenta,

⁶ CIVIL CULPA CONCORRENTE EQUIDISTANTE, SEGUNDO EXEGESE PRETORIANA REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO PELA METADE DANO MORAL REDUZIDO SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA EM RAZÃO DA CONCORRÊNCIA DE CULPAS. 1. Considerando a capacidade econômica das partes, a extensão do dano e o grau de reprovabilidade da conduta negligente da concessionária, tem-se que a indenização tem de ser reduzida para R\$- 67.800,00, reduzidos à metade em razão da culpa concorrente do “de cujus”, com o que se alcança a reparação do dano em suas duas vertentes a compensatória (minimizando a angústia experimentada pela jurisdicionada) e sancionatória (desestimulando a autora do ilícito a reincidir no ato danoso) sem constituir modo de enriquecimento indevido. (APL – 91583-91.56.2007.8.26.0000, Relator: Artur Marques. Data de Julgamento: 27/01/2014, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/01/2014).

principalmente, quando trabalhar com números não for a primeira opção, como é o caso do dano moral. O significado de empatia provavelmente é a melhor forma que enfatiza esse princípio, ou seja, não somente ver o caso apresentado refletido nos olhos das partes, mas tentar ver o caso apresentado com os olhos do outro propriamente, com os olhos da vítima e com os olhos do agente, para poder só assim, fazer a justiça se concretizar ao ditar sua sentença ao final do processo.

Um tema menos controverso é a essência da função do dano moral, que se toma como ponto de partida possuir uma natureza dúplice, a compensatória e a pedagógico-preventiva. A natureza da função compensatória traria exatamente essa forma de indenização em um terreno moral, se confundindo com o próprio objetivo desse instituto, ou seja, trazer o sentimento de justiça à vítima. A delicadeza paira exatamente na proporcionalidade dessa indenização, já que todo o seu fundamento é em um campo complexo e não em um racional e específico e de simples fundamentação. Em que além de reparar o dano, a vítima ganhe uma forma de reconhecimento de sua dor, reconhecimento da culpabilidade do agente e reconhecimento de que o direito existe e serve para de fato concretizar o prometido. Dessa forma, segundo Diniz (2009) a reparação pecuniária assumiria a face da plenitude do Direito, atuando como uma punição devidamente justa.

A natureza pedagógico-preventiva se situa no outro polo da relação, objetiva uma forma de ensinar ao agente causador do dano, que condutas como a provocada não são aceitas juridicamente e que são passíveis de reparação, ao mesmo tempo em que tenta timidamente inibir o repetimento de condutas similares. Acentuando que o caráter de violação de qualquer direito ainda que ou principalmente de cunho moral, não encontrará a impunidade em uma dita sociedade justa e igualitária. Especialmente um direito como tal, que possui um caráter fundamental, que merece todo reconhecimento e primazia. Sendo preferível ou menos repugnante a ideia de uma compensação pecuniária a uma lesão de cunho moral do que simplesmente impulsionar o lesionador a repetir condutas tais, em nome de uma liberdade ilegal (Gagliano; Pamplona Filho, 2014, p. 126).

De forma que a natureza da liquidação do dano moral não irá estabelecer de maneira automática o equilíbrio social objetivado pela responsabilidade civil, não trará o estado anterior antes da violação de um direito. A indenização desse ramo

não se situa no âmbito do restabelecimento, só há uma opção como forma de justiça, o cabimento de uma possível reparação, que só ocorrerá por meio da indenização. Nesse sentido, o artigo constitucional que abre margem ao direito de indenização, bem como a uma devida proporção, ressaltando não haver margem a qualquer forma de tarifação, é o art. 5º da Constituição Federal em seu inciso V⁷.

Como reitera Delgado (2011) o valor da Constituição para o Brasil é algo eminente, dessa forma a admissão da indenização por danos morais na Constituição de 1988 foi algo de fundamental importância, uma conquista incomparável. Nesse sentido, o direito a uma indenização que legitimamente possa vir a ser objeto no judiciário, enfatiza o caráter reparador do dano moral, dependendo do competente arbítrio do magistrado, já que não pode haver de maneira ao menos constitucional, um boleto de pagamento com valores previamente tabelados prevendo o tipo de dor e de dano que se encaixem em perfeita proporção, dividido em patamares previamente estabelecidos.

O magistrado vale ressaltar que até o momento, está autorizado sim, a arbitrar um valor de indenização por danos morais, ou seja, de cumprir a sua função destinada, livre de achismos viciados ou de pontos de referência tabelados, ou seja, cumprindo o emanado nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais civilistas, já citados.

De outro lado, o sentimento de angústia, aflição, constrangimento, ou seja, as dores consequenciais dos danos morais são humanamente impossíveis de serem aferidas como meio de prova para se punir outro ser humano. Não há como fazer justiça baseada na ausência de certezas, se aquela dor de fato é real, ou se é só um motivo inventado de má fé para se conseguir uma indenização desproporcional e sem segurança jurídica de fato. Como assevera Porto (2007) contribuiria para o enriquecimento ilícito de fato, e dessa forma não se poderia falar em concretude da finalidade do Direito, propriamente da Justiça.

Injustiça seria nesse caso, punir outra pessoa baseado tão simplesmente na dor interior que um outro ser humano diz sentir, esse tipo de dúvida o judiciário não

⁷ Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

pode se curvar, e esse tipo de insegurança por mais que seja uma característica de um instituto complexo, não é passível de ser aceita, pois, o direito serve para reger situações verdadeiras e que de fato aconteceram, em que uma violação é existente, e nesse caso é essa violação que não pode ser só demonstrada, tem que ser comprovada, senão o direito não seria mais que uma marionete nas mãos de cidadãos mal intencionados.

Assim como a função do magistrado não pode ser vista de uma maneira ilimitada, em possíveis arbitrariedades, usando como justificativa a obscuridade do dano moral, devendo fundamentar cada decisão. Como observa Venosa (2009), nesse diapasão específico o juiz de fato não pode contar com algo similar a fórmulas que prontamente o auxiliariam, de modo que primordialmente possui o dever de em cada particular caso que o desafie, sentir verdadeiramente a conjuntura social específica que clama por direitos.

Dessa forma, o juiz se encontra adstrito a cumprir essencialmente a sua própria função, ou seja, fundamentar exaustivamente a sua decisão à solução do caso concreto, sem desproporção. Assim, o magistrado necessita irrefutavelmente da comprovação do dano nesses casos que envolvem danos extrapatrimoniais, bastando a comprovação da ofensa para a percepção de uma reparação por danos morais. Isto é, os sentimentos experimentados pela vítima são mera consequência natural, não menos importantes, mas apenas não têm a força necessária para se constituir em pretensão judiciária pelo simples fato de não se saber em até que ponto real esses sentimentos são verdadeiros e proporcionais. É a necessidade de uma forma de segurança jurídica. Nas sábias palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante. (2014, p. 399)

Assim, além da necessária função do juiz, a solução encontrada de fato irrefutável para se evitar a soma de processos em que a dramaturgia e os desvios

de caráter não lotem o judiciário brasileiro em busca de indenizações por danos morais, em que a dor funcionaria como um meio de prova esdrúxulo é a solução que se situa no campo da comprovação do dano. Já que não existe ainda, vale salientar que de forma pacificamente constitucional, uma fita métrica de dor capaz de justificar o valor das indenizações⁸.

Ao mesmo tempo, vale ressaltar que essa espécie de dano não perde seu valor ao receber uma reparação financeira arbitrada pelo juiz. Pois, há ainda o pensamento ingênuo que se dor não tem preço, não poderia então haver uma indenização pecuniária que a fizesse sumir. Porém, do mesmo jeito que o dano é utilizado como parâmetro para as indenizações, o dinheiro é utilizado como reparador, tendo em vista que esse instituto existe não é para pagar a dor, já que irrefutavelmente dor não se paga. Como destaca Rodrigo Mendes Delgado ao citar o eminente Pontes de Miranda:

O jurista Pontes de Miranda, um dos mais cultos e brilhantes juristas que o Brasil já teve, à sua época já se manifestava com indignação acerca da não reparação dos danos morais, nestes termos: “Mais contra a razão ou o sentimento seria ter-se como irressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse (sic) moral e intelectual acima do interesse (sic) econômico, porque se trata de ser humano. (2011, p. 129)

A razão maior desse específico ramo é provavelmente para de alguma forma ser alcançado pelo direito o que essa ciência se propôs a fazer desde quando surgiu, existe para restabelecer o equilíbrio social, para de alguma forma frear a violação à alma humana que por vezes passa despercebida, existe para fazer valer mais uma vez os princípios constitucionais elencados em nossa Constituição Cidadã, tendo como primazia o ser humano, que por coincidência parece ser ou deveria ser preocupação primeira de todos os ordenamentos jurídicos mundo afora. Como expressa Mazzuoli (2014), os direitos humanos estão intimamente entrelaçados com a própria essência do Direito, emanam da dignidade que qualquer

⁸ INDENIZAÇÃO - DANO MORAL – PROVA – DESNECESSIDADE. “Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim, impõe-se a condenação, sob pena de violação do art. 334 do Código de Processo Civil.” INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - QUANTIFICAÇÃO. O valor do dano moral deve ser arbitrado com moderação e dentro dos valores de razoabilidade, tendo em vista o grau de culpa, a realidade da hipótese e suas peculiaridades. Recurso improvido. (APL 75381-12.2009.8.26.0224, Relator: Orlando Pistori. Data de julgamento: 18/01/2012, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/01/2012).

pessoa naturalmente carrega, conferindo validade e eficácia de maneira espontânea.

Porém, essa seara ainda continua a ser motivo de polêmica, de problematização e por vezes sinônimo de banalidade, de chacota, de dramaturgia. A dor da alma humana, a dignidade clamada, os direitos fundamentais desrespeitados, não podem ser encarados como uma simples frivolidade de um trabalhador. No brilhante apontamento de Maria Helena Diniz ao citar Arthur Oscar De Oliveira Deda:

Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como o dano material, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena. Se a responsabilidade civil constitui uma sanção, não há por que não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e de compensação. [...] há danos cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiro, mas a lesão a um direito de personalidade, visto que não podem avaliar a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa. O dano moral que se traduz em ressarcimento pecuniário não afeta, a priori, valores econômicos, embora possa vir a repercutir neles. (2009, p. 61)

Dessa forma, o caráter do dinheiro equivocadamente se reveste da máxima coloquialmente difundida ‘indústria do dano moral’, em uma possível exploração do dano moral, sendo um tema cada vez mais recorrente, tendo em vista o caráter delicado e com bases que apresentam muita oscilação, as quais não pode fundamentar-se de maneira concisa e determinada esse instituto. O que acaba por se confundir com a essência do direito, já que ante a necessidade de um caso concreto que possa se justificar, também há a complexidade da imprevisão, ora, as leis são criadas sem ter o caso concreto nas mãos, dessa forma, a inconstância é um conhecido que não pode ser usado como justificativa para promover um caráter ainda mais frágil. Devendo se optar pela não equivalência, já que as circunstâncias de cada particular serão imprevisivelmente singulares. Nesse sentido, alerta Lenio Luiz Streck:

Há uma proliferação de manuais, que procuram “explicar” o Direito a partir de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais (portanto, metafísicos). Ocorre, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. (2007, p. 83)

De outro lado, a tal 'indústria do dano moral' se mostra realista em casos em que o empregado abusa do seu direito em uma tentativa desonesta de transformar a dor não tão sentida quanto aparenta quando do momento de suas pretensões pecuniárias, aproveitando o caráter sensível desse tipo de ramo. Razão pela qual em nome de uma defesa exacerbada para demonstrar a não 'maleabilidade tola' do judiciário, esse instituto é tão atacado para ter uma forma de noção ou de segurança que provoque uma certa forma de controle nas pretensões não tão dignas que assolam o judiciário. Além do que, como assevera Delgado (2011), quem deveria se preocupar com tais manifestações que podem se equiparar a distúrbios emocionais, não seria o poder judiciário. Os órgãos competentes para tratar desse tipo de enfermidade, são naturalmente os órgãos da saúde. Resguardando à tutela judiciária apenas pretensões de fato legítimas e relevantes.

Tendo em vista que não é qualquer mero dissabor, qualquer dor mínima, que enseja a reparação ou qualifica aquela dor em de fato um dano moral. Vale salientar que não se confunde com atividades que pela natureza do trabalho legalmente exercido não são exatamente agradáveis, mas são de conhecimento anterior, lícitas e próprias das atividades desenvolvidas. A dor moral não é uma chateação pela demora de poucos minutos em uma fila, é o desgaste que violenta a alma humana, a perturbação que invade a paz de espírito, saindo do campo normal e se transformando em angústia, fazendo com que o empregado seja perseguido pelo sentimento provocado⁹.

Assim, para reger as pretensões legítimas situadas no âmbito moral é que impera a necessidade de tal instituto, como uma forma de minimizar uma forma de impunidade, com os mandos e desmandos crescentes que assolam os locais de trabalho pelo Brasil, que inflam os maus empregadores promovendo-os com um poder que não é permitido pela nossa legislação, mas que pelo caráter volúvel desse ramo, se acham legitimados a poder usar. Como se a violência com outra

⁹ APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO. O dano moral que a lei quer indenizável é a ofensa de caráter extraordinário, capaz de afetar as relações psíquicas, a tranquilidade, os sentimentos e os afetos da pessoa. É a lesão da personalidade moral. Meros dissabores ou aborrecimentos a que todos estão sujeitos no dia-a-dia da vida moderna não podem ser havidos como configuradores do dano moral passível de indenização pecuniária, sob pena de banalização do instituto. (Apelação Cível nº 048020091475, 4ª Câmara Cível do TJES, Rel. Des. Dair José Bragunze de Oliveira. J. 10.08.2004, unânime, DJ 22.10.2004).

alma humana só porque esta está ligada por um contrato recebendo uma forma de contraprestação pelo trabalho oferecido, os legitimasse, conferindo uma licença para condutas tais passarem despercebidas, sem sofrerem as consequências adequadas¹⁰.

Danos que são irrefutavelmente importantes, defesos em lei, que não são mera banalidade, característica constantemente empregada ao dano moral. Cedendo lugar dessa forma, ao reconhecimento e de defesa dos direitos, de concretude dos preceitos constitucionais e trabalhistas tão arduamente conquistados, é nesse diapasão, o sentido que deveria ser enxergado o termo coloquial e pejorativo de a 'indústria do dano moral', como um grito sufocado por anos que invade o judiciário trabalhista para não calar a dignidade invadida. Nas brilhantes palavras de Vólia Bomfim Cassar:

Direito do Trabalho é um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. (2014, p. 05).

¹⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. [...] A Constituição Federal, no art. 7º, XXII, consagra como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, o que, sem sombra de dúvidas, abrange a observância da jornada legal e a concessão do descanso semanal remunerado. A inobservância a tais preceitos, além de causar prejuízos materiais aos empregados envolvidos, acarreta danos morais coletivos, consistentes na lesão do patrimônio moral de toda coletividade dos trabalhadores da autarquia, assim como da própria sociedade, em virtude das condutas violadoras da ordem jurídica e social. (TRT-3. RO 0000655-43.2013.5.03.0022. Sétima Turma. Data de Publicação: 26/08/2014. Rel.: Fernando Luiz G. Rios Neto) (BRASIL, 2014).

3 OS INTRÍNSECOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A significação da essência do instituto não se mostra tão complexa, pois, se fundamenta basicamente na invasão dos direitos da personalidade, se materializando em um rol que, frisa-se, não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Tal rol objeto de análise, pertence ao inciso¹¹ X da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, sendo premissa fundamental para se conceituar quais os bens extrapatrimoniais são violados quando ocorre um dano de natureza moral. A importância de tais bens elencados constitucionalmente, se torna ainda mais pulsante quando analisado o peculiar rol trazido pela lei¹² 13.467/17, em seus artigos específicos 223-C e 223-D. Ressaltando que o 223-C, se encontra com uma espécie de nova abordagem¹³ a ser explanada.

O rol constitucional é irrefutavelmente premissa fundamental, porém, deve-se alertar que o sentido não encontra um fim em si mesmo, não se encerra com as palavras do inciso, como preceitua o inciso segundo¹⁴ do artigo 5º. Pois, devido a sua natureza significativa, não teria como o texto constitucional ter abarcado todos os direitos que o ser humano é merecedor e possa vir a invocar para se proteger e exercer legitimamente seu direito, pois, seria necessária a certeza imprevisível dos

¹¹ Art. 5º. X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

¹² Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. [...] Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. 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.

¹³ MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. [...] Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural. (NR)

¹⁴ Art. 5º. § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

casos concretos que ainda nem ocorreram. Ideal em consonância com o inciso é o defendido pelo autor Valerio de Oliveira Mazzuoli:

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”. (2014, p. 172)

Compreendendo direitos que tentam explicitar a esfera moral do ser humano, compondo os chamados sentimentos da alma, que ao serem elencados flagra-se uma tentativa de promover uma certa tangibilidade, revestindo-se dos chamados direitos da personalidade. De acordo com Gonçalves (2014) quando ocorre um dano moral, a lesão é sentida no ofendido acarretando uma dor que o atinge como pessoa, sendo os bens lesionados exatamente os pertencentes aos direitos da personalidade, tais como a intimidade, dignidade, honra, entre outros.

É indubitavelmente correto pensar que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas se mostram como direitos mais do que importantes, de fato fundamentais. A evidência desses, em especial na nossa Constituição não é à toa, são provavelmente os mais significativos, porém, como tudo que cerca o dano à alma humana é rico e complexo demais para encontrar seu fim nesses direitos elencados, é como se a Constituição trouxesse um sentido de mínimo necessário. Um mínimo necessário que deve ter sempre, constantemente, o patamar de mais importante e por isso mesmo o caráter de não ser digno de sofrer violação, exigindo o máximo de respeito pelos cidadãos de uma dita sociedade justa, com especial observância dos cidadãos denominados legisladores infraconstitucionais. Como observa Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

O constitucionalismo se define como a proposta e reivindicação política de limitar o poder do Estado mediante a criação de uma Constituição que não possa ser modificada pelo legislador e garanta os direitos dos cidadãos e a democracia representativa. [...] A rigidez constitucional, eventualmente reforçada pela imutabilidade de certos dispositivos fundamentais, garante que o legislador ordinário será submetido à Constituição. [...] Disso decorre que o legislador é o primeiro e mais natural guardião da supremacia Constitucional. (2013, p. 17)

O que se faz necessário compreender é que não é porque a Constituição traz esse ideal de condensação que outras previsões não devam ser respeitadas ou

mesmo nem consideradas direitos, garantias e prerrogativas inerentes ao ser humano, que compõe a sua personalidade, lhes sendo intrínsecas e dignos de reverência, permitindo a adição interpretativa de outras garantias fundamentais que por ventura sejam tão merecedoras quanto as elencadas. Já que os direitos de personalidade constituem-se em algo inato que não obedece a permissões, pois, não há necessidade tendo em vista essa natureza intrínseca. Como observa Maria Helena Diniz ao citar Goffredo Telles Jr. (2009), a personalidade é a base da qual irradiam outros direitos, se constituindo em algo primário, inato, sendo absolutamente necessário para o exercício dos demais direitos. De modo que nem se caracteriza em uma possibilidade de direito, simplesmente porque não é um direito, é uma condição própria da pessoa.

Dessa forma, o dano moral pode traduzir-se interpretativamente na lesão aos fundamentos da personalidade. Já que a personalidade humana encontra-se intimamente ligada a essência de qualquer ser humano, aliás, sendo uma própria extensão da condição de ser pessoa, não podendo desse modo, sofrer alguma forma de violação. Lesão que se por ventura vier a ocorrer configurar-se-ia em danos extrapatrimoniais. Como observa o autor Paulo Luiz Netto Lôbo aludido pelos autores Gagliano e Pamplona Filho (2014), não haveria de se falar em algum dano moral que não fosse uma lesão aos direitos da personalidade, segundo os autores seriam direitos que se dividiriam em integridade psíquica, moral e física.

Destacando que as prerrogativas da personalidade atuam tanto no âmbito individual de um ser humano enquanto pessoa, na seara da consciência e integridades, e no âmbito social, isto é, regendo o ser humano enquanto cidadão de uma sociedade, e acima de tudo preservando-o. Vale salientar, portanto, que normalmente cada sociedade teria seus próprios direitos que seriam fruto de suas crenças, valores e costumes, porém, há valores como o da personalidade, que são irrefutavelmente tão relevantes, fazendo com que muitas sociedades indistintamente os tenham disciplinados. Tornando-os alvos de completa proteção, exatamente por possuírem um cunho tão fundamental e proeminente. Conforme destaca Porto (2007) os direitos da personalidade nasceram da intensificação do choque entre os interesses do Estado e dos indivíduos, na medida em que aumentou a complexidade entre as relações sociais e individuais, afetando a sociedade como um todo, e desse

modo a ação humana passou a ser alvo do Estado, e naturalmente clamou a regulamentação legítima do Direito.

Não podendo depender assim, da vontade osciladora de qualquer pessoa que por ventura se encontre investido em um cargo que privilegiasse alguma forma de legitimidade para adentrar na esfera de institutos consagrados, aparentemente subvertendo-os, tomado sob um pensamento equivocado de que haveria a possibilidade de dispor sobre algo que não há a mínima abertura para ser tolhido e adaptado às vontades viciadas impulsionadas por motivos no mínimos controversos. Tal qual parece ser a ideia da tarificação dos danos morais e de peculiares novas disposições de um rol de direitos específicos. De forma que, os direitos da personalidade possuem um caráter essencial e ao mesmo tempo de supremacia caracterizando-se na impossibilidade, ao menos constitucional, de se ter seu conceito invadido, diminuído e curvado às pretensões ilegítimas. Conforme leciona Marcos Lacerda Almeida Filho:

Apesar de independentes, os poderes do Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação, a lealdade institucional e evitando as práticas de guerrilha institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. (2014, p.52)

Afinal, não é à toa que os direitos da personalidade estão elencados no órgão máximo de nossa República Federativa, tal qual é a Constituição Federal. Vale salientar que o Código Civil de 2002 inseriu capítulo específico para tutelar os direitos da personalidade, ante o vislumbamento de um reforço em nível infraconstitucional de uma exposição expressa e específica. Configurando-se em uma tentativa de atenuar as violações que ocorrem de maneiras despercebidas, ao mesmo tempo em que tenta anunciar um caráter pedagógico ao seu descumprimento¹⁵.

¹⁵ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815) (BRASIL, 2002).

Atribuindo-se duas características específicas a esses direitos, a da intransmissibilidade e da imprescritibilidade, conferindo desse modo um caráter ainda mais relevante a esse instituto, tendo em vista que nem mesmo o tempo pode se mostrar como obstáculo para a concretização desse direito, além do que a plenitude dos elementos da personalidade não podem ser usados por outra pessoa, já que ante a sua essência constitui um direito protegido absolutamente inerente. Segundo Gonçalves (2014) direitos tais, inatos ao ser humano, merecem uma proteção legal, ressaltando que desde sempre tiveram sua importância reconhecida tanto pela jurisprudência, doutrina e pelo ordenamento jurídico.

Reforçando que o dano moral é a tutela acionada pra proteger os ditos direitos da personalidade, porém, convém destacar que a tipificação ‘danos morais’ para toda e qualquer ofensa aos direitos da personalidade, por mais que o englobamento destes seja legítimo, pode se mostrar um pouco generalizante, na medida em que há outros danos específicos que podem ser invocados para reger esse tipo de violação de maneira mais particularizada. Tendo em vista, conforme explanado, que são muitos os direitos que podem suscitar como uma lesão à alma humana, e pelos quais qualquer ser humano é legitimamente merecedor.

De modo que, a expressão ‘danos extrapatrimoniais’ pareceria ser a perfeitamente adequada para reger qualquer violação aos direitos da personalidade, tendo em vista que incluiria o próprio dano moral, além de outros danos que atuam de maneira mais especificada, tais como o dano de imagem, dano estético e o dano existencial. Porém, alertam Gagliano e Pamplona Filho (2014) que ‘danos extrapatrimoniais’ seria uma concepção equivocada ao nomear qualquer dano entendido como de cunho moral, uma generalização inclusive usada constantemente no campo jurídico, porém não plenamente correta. Devendo-se optar pela expressão ‘dano não material’ para só dessa forma reger com a perfeição adequada, os bens que verdadeiramente em qualquer interpretação, não se referem aos bens de natureza patrimonial. Exatamente para explicar o sentido inverso entre patrimônio material e imaterial.

Nesse sentido, a explanação das espécies e destaque das características controversas do ramo do dano moral bem como a primazia dos direitos da personalidade, se justifica ante a própria necessidade de se verificar o alcance e

prerrogativas desse instituto, para uma melhor forma de compreensão da suposta invasão que não só a tarifação, como também toda a disciplina feita do artigo 223-A ao 223-G que utopicamente se destinaria a uma regência dos chamados danos extrapatrimoniais, previstos na lei 13.467/17 provavelmente alastrará. Ressaltando a diferenciação das espécies, bem como o real conceito de dano extrapatrimonial, tendo em vista que aparentemente, o legislador infraconstitucional optou por abarcar todo e qualquer dano moral ao estipular um capítulo nomeado especificamente “Do Dano Extrapatrimonial” responsável pela abertura inicial sistematizada de toda essa controvérsia em particular.

Dessa forma, vale salientar que o dano denominado existencial, dano estético e o dano de imagem, não se constituem como espécies propriamente ditas de dano, tendo em vista que a classificação dos danos só obedece ao dano moral e material. O que não significa dizer, todavia, que esses danos se confundem propriamente com o dano moral puro. Pois, há diferenças substanciais que merecem a ênfase, tendo em vista que os objetivos de cada um regem situações especificamente diferentes por mais que estejam ligados pelo caráter não material. No entanto, alerta Anderson Schreiber:

Se, por um lado revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro, faz nascer, em toda parte, um temor – antevisto por Stefano Rodotà – de que a multiplicidade de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência. Com efeito, as últimas décadas têm demonstrado que a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência podem ir bem longe. (2012, p. 94)

Desse modo, originalmente se constitui no chamado dano existencial a lesão que retira do empregado a possibilidade de se viver propriamente dita, retira a plenitude de sua dignidade, na medida em que fundamentado por um ato ilícito de um empregador que exige mais do que é regulamentado em lei, impondo ao empregado horas a mais de trabalho, sem a devida tutela do direito daí advinda, resultando em uma anulação das horas para a sua própria vida. Que seria merecedor de fato para sua saúde física e mental, que seriam efetivamente necessárias, para que ele pudesse realmente ter uma vida além do trabalho, e não resumindo sua própria vida apenas em horas dedicadas ao trabalho, afastando, por

consequente, prerrogativas que vale salientar, seriam possíveis de serem realizadas, como por exemplo, ver o filho crescer.

Já o dano de imagem configura-se em um direito expressamente assegurado no art. 5º, X, da Constituição Federal, se caracterizando por um dano que ocorre pela falta de autorização da pessoa que flagra o uso de sua imagem, nas manifestações da esfera física, mas que acaba por invadir por consequência também sua esfera moral, bem como a sua honra, consoante disciplina do art. 20 do Código Civil¹⁶. Podendo se exemplificar não só o uso ilícito da imagem estritamente física, mas também o uso indevido de um filme, fotografia, pintura, escultura, ou seja, qualquer meio que se faça representar pela imagem de uma pessoa, que não tem a ciência de que está sendo invadida¹⁷.

Nesse diapasão, surge o controvertido dano estético em que se configura em uma lesão física, situada na aparência da vítima que ultrapassa qualquer interpretação de beleza, tendo em vista que esse conceito é muito subjetivo. É algo exteriorizado que incomoda, que causa repugnância, vergonha, que supera a esfera física e invade a esfera moral da pessoa, perseguindo a sua paz de espírito, tanto é que mesmo que não alcance o patamar de atrapalhar ou mesmo diminuir completamente a sua capacidade para o trabalho, ainda sim, esse tipo de indenização em decorrência dessa espécie de dano lhe será devida. Contudo, se de fato impedir a plenitude de suas funções para o trabalho, a vítima receberá concomitantemente ao lado do dano estético, a percepção da indenização material de que se faz merecedora, alertando, todavia, o caráter de englobamento do dano estético pelo dano moral. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

¹⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815) (BRASIL, 2002).

¹⁷ DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE IMAGEM APÓS EXTINTO CONTRATO DE CESSÃO DE USO. DANO MORAL IN RE IPSA. ARTIGOS ANALISADOS 11, 20 E 398 DO CC. [...] 3. Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ofensa injusta à dignidade da pessoa humana 4. A violação do direito à imagem, decorrente da sua utilização para fins comerciais sem a prévia autorização, caracteriza dano moral in re ipsa a ser compensado (Súmula 403 STJ) [...] (RESP 1337961 RJ 2011/0228795-5. T3 – Terceira Turma. DJE 03/06/2014. Data de Julgamento: 03/04/2014. Rel: Ministra Nancy Andrighi.) (BRASIL, 2014).

Não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do moral, mas apenas de um aspecto deste. Há situações em que o dano estético acarreta o dano patrimonial à vítima, incapacitando-a para o exercício da sua profissão (caso da atriz cinematográfica ou de TV, da modelo, da cantora que, em virtude um acidente automobilístico, fica deformada), como ainda dano moral (tristeza e humilhação). Admite-se, nessa hipótese, a cumulação do dano patrimonial com o estético, este como espécie do dano moral. (2014, p. 454)

No entanto, havia uma certa discordância nesse englobamento de dano estético e dano moral e na cumulação daí advinda. Pois, vale ressaltar que aparentemente o ramo do dano estético não é completamente autônomo e dependente, encontrando fundamento e respaldo no dano moral, não haveria de se falar, portanto, na cumulação de ambos já que constituem fundamentalmente um só, em que o dano estético nasceria do dano moral, sendo apenas um meio específico de tutelar uma dada situação.

Todavia, há entendimentos jurisprudenciais firmados no sentido de atribuir ao dano estético um conceito por assim dizer independente, em que esse dano seria livre para encontrar conceito próprio sem fazer margem necessária com o dano moral e assim poder até mesmo ser cumulado com este. Tema ainda controverso, devendo-se constantemente levar em consideração o cuidado para não haver a possível ocorrência do bis in idem, isto é, uma dupla punição a uma mesma conduta. Porém, a possibilidade desse tipo de cumulação se encontra plenamente possível de ser realizada, inclusive havendo pensamento sumulado nesse aspecto, admitindo de forma simples a cumulação¹⁸.

Nesse diapasão, vale ressaltar, que o dano moral até mesmo em seu conceito próprio obedece a uma classificação, podendo ser direto ou indireto. Compreendendo-se a ofensa aos direitos da personalidade no dano moral tido como direto. Uma vez que se caracteriza por violar de fato sentimentos da alma humana, que significam a essência do ser humano, impossíveis de serem dissociados tais

¹⁸ DANOS ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO COM DANO MORAL. Os danos estéticos se referem a alterações na estrutura física do ofendido, capaz de provocar-lhe um afeiamento, repulsa, ou apenas, distinção em relação aos demais, em que pese ainda haja dissenso quanto à ocorrência do dano estético em alterações internas (por exemplo, a perda de um rim). Após razoável polêmica, a jurisprudência majoritária reconhece o caráter automático desses danos, possibilitando a sua indenização em cumulação com a indenização pelos danos morais (Súmula 387, STJ). Apelo da ré a que se nega apelo nesse aspecto. (RO 0001357-89.2012.5.01.0018 RJ. Relator: Des. Marcelo Antero de Carvalho. Órgão Julgador: Décima Turma. Data de Publicação: 15/02/2016. Data de Julgamento: 25/01/2016) (BRASIL, 2016).

como a liberdade, a honra, a imagem. As diferenças dessas classificações se situam, no entanto, no caráter da lesão, em qual elemento primeiramente essa violação atacou.

Como expressam os autores Gagliano e Pamplona Filho (2014), o dano moral indireto se caracteriza também por ser a ofensa de cunho moral naturalmente, porém, tem como elemento primário o ataque a um bem material, que vem a se tornar um dano moral, pois, provoca posteriormente como consequência, um ataque de cunho moral. Podendo se verificar quando, por exemplo, a vítima em um primeiro momento sofre uma violação a um objeto, dessa forma a um simples bem material, porém, devido ao valor sentimental que nutria por aquele objeto violado, portanto um sentimento de caráter moral, a lesão se estende, superando a esfera simplesmente econômica, material, e se caracterizando dessa forma, como um dano moral.

A configuração de um dano moral seja ele direto ou indireto, resultando em uma ofensa aos direitos da personalidade como não poderia deixar de ser sob pena de fugir a essência desse ramo, não deixa de ser controvertida. Todavia, vale ressaltar que essa configuração pode ocorrer quando há a presença imbatível do risco, mesmo estando ausente a ocorrência efetiva do dano, o risco nesse caso se reveste de um dano anunciado. Disciplina que o artigo 223-B da referida lei parece desconhecer, a ser explanado posteriormente.

Um risco capaz de fazer com que o empregado sofra a angústia de saber que aquela situação é arriscada, não pela natureza inerente dela, mas tão somente porque não foram aplicados corretamente todos os meios de proteção e segurança adequados, fazendo com que o empregado sofra pela tragédia anunciada que possa vir a ocorrer, mesmo que de fato essa lesão não ocorra. Porém, vale salientar que não é qualquer ameaça de risco, é um risco realmente capaz de acontecer, que nasce mesmo de uma atividade lícita. E que nesses casos específicos assumem o papel de um dano, pronto então para configurar o dano moral e ser merecedor de uma indenização proporcional, ou seja, nesse diapasão específico pode-se dizer que basta o risco.

Ressaltando que não se confunde com o alertado anteriormente, com a natureza própria do serviço, pois, se é algo intrínseco ao trabalho, torna o empregado apenas merecedor dos adicionais de insalubridade ou periculosidade daí

advindos, não se tratando à primeira vista em percepção de danos morais. O risco aqui percorrido se refere a um trabalho que empurra o empregado para uma condição perigosa, causando sentimentos perturbadores e ferindo por consequência sua paz de espírito, e dessa forma, se concretizando em dano moral. Já que o trabalho não pode ser confundido com situação perigosa, nem mesmo quando se faz necessário pela sua essência, sendo apenas uma consequência. Conforme leciona Maria Helena Diniz:

É preciso deixar bem claro que o perigo deve resultar do exercício da atividade e não do comportamento do agente. Como pontifica Marco Comporti, a atividade perigosa é a que contém notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média, revelada por meio de estatísticas e elementos técnicos e da experiência comum. Logo, todo aquele que desenvolve atividade lícita que possa gerar perigo para outrem deverá responder pelo risco, exonerando-se o lesado da prova da culpa do lesante. A vítima deverá apenas provar o nexo causal, não se admitindo qualquer escusa subjetiva do imputado. (2009, p. 52)

Qualquer trabalhador, um motorista, por exemplo, que trabalhasse em um carro da empresa e esse meio de trabalho estivesse sem a proteção adequada, como por exemplo, o cinto de segurança estivesse com problemas e por isso não pudesse ser utilizado ou então os freios do carro não estivessem funcionando, mas não havia a ciência, provocando uma alta possibilidade de o dano vir a se concretizar. Desse modo, não precisaria efetivamente o dano ocorrer para haver a percepção de uma reparação por danos morais pela vítima do efeito danoso, pois, como antes percorrido, o risco nesse tipo de caso tem licença justa para se revestir de dano, havendo assim, a comprovação necessária do dano moral, mesmo que o acidente automobilístico não tenha efetivamente se concretizado. Configurando uma ofensa aos elementos da personalidade por uma responsabilidade objetiva, em que o elemento risco se faz proeminente, que inclusive para se reger de forma completa dadas situações, há o vislumbamento da cumulação das responsabilidades¹⁹.

¹⁹ DOENÇA OCUPACIONAL. CULPA DO EMPREGADOR CUMULADA COM RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS E PENSIONAMENTO. Demonstrada a culpa do empregador por não adotar um meio ambiente de trabalho seguro, propiciando com tal negligência o desenvolvimento da doença ocupacional de sua empregada, e ainda, constatada que a atividade da Autora estava sujeita a uma maior exposição ao risco, a doença adquirida pela Autora se insere no risco da atividade desempenhada pela Ré, o que atrai também a sua responsabilidade objetiva pela moléstia obtida no curso da atividade profissional, nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. (RO 0211200-46.2008.5.01.0241 RJ. Órgão Julgador: Sétima Turma. Data de Publicação 24/07/2014. Data de Julgamento: 16/06/2014. Relator: Monica Batista Vieira Puglia) (BRASIL, 2014).

Assim, aparentemente não resta dúvida que as espécies de danos extrapatrimoniais, ou em um sentido mais correto da expressão, danos não materiais, conseguiram vislumbrar o alcance de repercussão do patamar de importância que os danos materiais recebem, diminuindo esse desnível tão acentuado de forma a reconhecer que os danos da alma, por assim dizer os danos que compreendem os direitos da personalidade, são tão merecedores quanto ou até mais. Tendo em vista que, se faz necessário acreditar que a dor da alma humana é maior do que danos emergentes e lucros cessantes, fazendo com que um dano moral seja aparentemente muito mais digno do que um dano material. Nas palavras de Rodrigo Mendes Delgado:

Num primeiro momento, apenas os bens materiais é que tinham a devida proteção do ordenamento jurídico. Tanto que, consoante já dito acima, os Tribunais brasileiros apenas deferiam indenização em caso de danos materiais, é dizer, em caso de danos que provocassem uma diminuição na vida financeira do lesado. Isso, inegavelmente, é decorrente de uma visão materialista, ancorada no espírito capitalista reinante na sociedade moderna. (2011, p. 217)

Enquanto que os danos morais representam não só uma diminuição na vida financeira do lesado, mas propriamente na vida do lesado, violando bens proeminentemente mais importantes, situados no terreno da personalidade. Ao que tudo indica, é exatamente por esse caráter, que se pode afirmar ser no mínimo aviltante, acreditar no recebimento de uma forma de tarifação dos danos morais, conforme é a problemática específica mais nefasta oriunda da referida lei 13.467/17²⁰ conhecida não erroneamente por lei da reforma trabalhista. Seja qual parâmetro for a base de tal tarifação²¹. Assim, primordialmente, convém destacar a brilhante afirmação dos autores Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

A exclusividade enfrenta uma objeção. Se o legislador for o único a determinar o que vale como constitucional, há forte risco de abuso. Afinal de contas, a vontade dele seria transformada em vontade constitucional. Ele seria “juiz em causa própria”, oferecendo uma garantia moral e não jurídica. (2013, p.22)

²⁰ Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

²¹ MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

4. A LEI 13.467/17: DO DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA

A própria denominação dano extrapatrimonial “trabalhista” nesse aspecto, é um conceito que já se difundiu, porém, já sobrepõe um sentido errado, tendo em vista que particulariza, especifica e restringe. O instituto do dano moral conforme explanado, ecoa do ramo da responsabilidade civil, porém, como há o seu caráter altamente necessário, acaba por irradiar para os mais diferentes ramos, sem maiores obstáculos. Em contrapartida, não é nesse sentido natural e justificável de interdisciplinaridade, teoricamente, que sugere como ideal o teor dos artigos 223-A ao 223-G da referida lei²², possuindo na verdade, uma concepção de fato restritiva. Não só ao assumir uma nova concepção um tanto desbravadora e polêmica, inaugurando dessa forma um novo sentido para um instituto já tão naturalmente controverso, como também tenta provocar uma inversão da essência do Direito do Trabalho.

A lei não só inaugura todo um novo título na Consolidação das Leis do Trabalho²³, disciplinando um ramo excêntrico, introduzindo de fato uma nova concepção que é rejeitada até mesmo no ramo no âmbito Civil de onde originalmente emana, impondo entre outros conceitos peculiares, o polêmico ideal de tarifação dos danos extrapatrimoniais. Ou seja, de obediência a patamares objetivos previamente estabelecidos para reger danos subjetivos. De modo que, aparentemente, não só legitima de forma específica a tutela sob essa controvertida abordagem quanto a esse caráter de dano, como também tem o condão primordial de restringir a justiça do Trabalho, lhe impondo uma forma de submissão no mínimo repulsiva e questionável. Sobre o tema da tarifação de forma atemporal e perspicaz indaga Maria Helena Diniz:

²² Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

²³ Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943.

Como chegar a uma justa reparação do dano moral? Como apurar o quantum indenizatório, se o padrão moral varia de pessoa para pessoa e se tanto o próprio nível social, econômico, cultural, e intelectual como o meio em que vivem os interessados repercutem no seu comportamento? Se a reparação do dano moral não tem correspondência pecuniária, ante a impossibilidade material de equivalência de valores, como poderá ser absoluta e precisa? (2009, p. 101)

Dessa forma, partir-se-á analisar especificamente a lei em si, que possui como primeiro artigo referente ao tema, o controverso artigo 223-A²⁴. Em que se faz necessário enfatizar a passagem “apenas os dispositivos deste título”, flagrando-se nitidamente o caráter de limitação, fazendo com que qualquer forma de instrução, impugnação, ou propriamente a discussão de casos dessa seara, só pudessem ser resolvidos se estivessem algemados aos controvertidos dispositivos legais trazidos. Afastando e ignorando, por conseguinte, outros ramos do direito, que poderiam concretamente ter uma melhor forma de reger o caso concreto apresentado, ou servir de parâmetro, de forma supletiva, tendo em vista o caráter inexperiente de tais artigos. Alertando não só para uma inexperiência, como também aparentemente, uma ausência de fundamentalidade e principalmente e, o mais alarmante, de constitucionalidade.

O possível flagrante de inconstitucionalidade a esse artigo especificamente, se deve ao fato de ao propor esse afastamento, configura então em uma espécie de impedimento, que acaba por impossibilitar a previsão de preceitos que já atuam nesse seguimento, que já regem situações dessa modalidade, havendo surpreendentemente uma restrição de cunho constitucional, tendo em vista que a lei constituindo-se em mudanças à CLT possui cunho infraconstitucional. Além de disciplinar restrição ao Código Civil de 2002 que também se constitui em outra norma infraconstitucional, com seus artigos²⁵ clássicos que regem o tema, que

²⁴ Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (BRASIL, 2017)

²⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

preveem que de um ato violador tal qual seria o dano, há uma obrigação do ofensor a reparar, mas não disciplina que essa reparação deveria obedecer a critérios quantitativamente previstos. A nova disciplina impõe assim, uma ressignificação forçada, para não dizer excessivamente invasiva.

Observam os autores Dimoulis e Lunardi (2013), que quando a Constituição é afetada ao disciplinar principalmente os direitos relativos à minoria, ao tentar representar os direitos da parte naturalmente mais fraca e que por isso mesmo a que precisaria ser prestigiada em toda proteção adequada, o controle de constitucionalidade seria a tutela acionada para servir de obstáculo às decisões do Legislativo e Executivo que promovam um certo tipo de intromissão. Em que, segundo Kelsen, é o Tribunal Constitucional que funciona como uma forma de mediador, sendo necessário em regimes ditos democráticos. Os autores ainda destacam que para os pensadores posteriores, é o poder Judiciário que funciona como um meio de representação da minoria, funcionando como um meio de equilíbrio, enquanto que o legislativo evidenciaria a vontade da maioria dona do poder.

O artigo 223-A sobrepõe principalmente uma provável restrição específica ao artigo 5º, em seus incisos V e X, que entre outros, dão atenção especial a esse tema, prevendo uma forma de reparação proporcional ao dano moral, sem, contudo, estipular qual seria o padrão a ser seguido, e muito menos a obediência a uma tabela. Os dispositivos²⁶ constitucionais, asseguram em contrapartida, a inviolabilidade da vida privada, da honra, dos direitos da personalidade de fato, que essa lei infraconstitucional parece desconhecer já que aparentemente acaba por invadi-los, assegurando o direito a uma indenização decorrente da violação, ou seja, apenas disciplinam uma indenização justa desprovida de qualquer forma de vinculação polêmica. Sobre esse prisma de previsão, observa novamente Carlos Roberto Gonçalves ao citar Caio Mário da Silva Pereira:

²⁶ V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Com as duas disposições contidas na constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que o inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e o juiz. (2014, p. 404)

Ressaltando a última linha da citação “obrigatório para o legislador e o juiz”, conceito que a referida lei ordinária parece não observar, inclusive, nesse e em outros artigos há uma tentativa de ‘ensinar’ aos dispositivos constitucionais e a outros infraconstitucionais qual seria o sentido pretendido e até onde seriam o alcance deles próprios. Provando exatamente esse caráter de ilegalidade, ao aparentemente confundir preceitos constitucionais, em sua respeitabilidade e alcance, promovendo uma petulante espécie de superação do patamar de proeminência que a Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil legitimamente ocupa por uma legislação infraconstitucional tal qual é essa lei.

Todavia, sem, contudo, se aprofundar no ramo do controle de constitucionalidade, já se pode à primeira vista, em sede tão somente de primeiro artigo do referente título dessa lei, afirmar fundamentalmente o sentido totalmente contraposto que ela provoca, inclusive manchando a imagem da CLT, e nesse diapasão, lhe atribuindo um caráter alarmantemente inconstitucional. Conforme destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao citar Emmanuel Joseph Sieyès (2007) os demais poderes não têm uma forma de licença para ultrapassar os seus próprios limites, sendo inválida, portanto, qualquer disposição que possa ferir o emanado na Constituição, de forma que só serão dignas as pretensões que estejam visivelmente dentro da disciplina constitucional, tendo em vista que a Constituição sempre será proeminente aos poderes.

Assim, o 223-A responsável pela abertura do capítulo nomeado “Dos Danos Extrapatrimoniais”, já propõe à primeira vista um egoísmo disfarçado de necessidade de que as matérias trabalhistas nessa seara específica não sejam disciplinadas por outras ciências, para não correr o risco de a figura do trabalhador ser recepcionada em todos os direitos em sua plenitude, que são dignos de receber, os restringindo ao ‘novo’ direito do trabalho que essa lei intitulada no sentido mais significativo da palavra, de reforma trabalhista pretende impor.

Fazendo com que os trabalhadores só recebam os direitos que o novo legislador infraconstitucional no alto do seu poder, achar digno de tutela, excluindo outros conceitos já historicamente consagrados que teriam um melhor alcance e representatividade, como uma forma de submissão a essa cartilha com essa nova roupagem de direitos, essa anunciada inversão da natureza dos direitos trabalhistas, como se nenhum outro ramo do direito pudesse reger ou proteger porque há expressamente previsto em uma letra da lei, um afastamento disfarçado de exclusividade. Sobre essa concepção, indaga atemporalmente, Eric J. Hobsbawm:

QUE PARTE O COSTUME, a tradição e a experiência histórica específica de um país desempenham em seus movimentos políticos? Até agora no que diz respeito ao movimento trabalhista, o problema tem sido discutido mais frequentemente pelos políticos [...] do que pelos historiadores. (2015, p. 497)

O autor parece preceituar o provável problema em que se situa toda essa controvérsia. Dessa forma, não promovendo uma maior ênfase à causalidade ou ao caráter no mínimo questionável, em que o projeto foi aprovado na Câmara, quase tão polêmico quanto o seu próprio texto, diga-se de passagem, deve-se ressaltar a necessidade de resguardo dos preceitos tão arduamente conquistados pelo direito do trabalho. Promovendo o respeito a sua essência, não admitindo a sua própria transformação, em que o que jamais deve ser deixado em segundo plano ou permitido a invasão é o Princípio da Proteção, que adquire no Direito do Trabalho a interpretação de uma verdadeira norma jurídica constitucional.

Nesse diapasão, é o valor da vida dos trabalhadores que de fato importa e não o preço, uma diferença fundamental que os novos artigos parecem fazer questão de desconhecer. Como preceitua Martins (2014), o princípio da proteção surge como um meio de se fazer propriamente a justiça, sendo o responsável por tirar o empregado da condição inferior e tentar equilibrá-lo com o outro polo mais forte economicamente, lhe conferindo uma forma de superioridade jurídica por meio de uma proteção necessária, que não encontra amparo integralmente de forma explícita e nem mesmo na lei.

Ressaltando conforme explanado no capítulo anterior, que a concepção extrapatrimonial não se configura na melhor forma de tratar os danos morais e suas ramificações, melhor seria a concepção não material. Todavia, superada essa

interpretação errônea, que provavelmente já revela o caráter em que se fundamenta todo o projeto, partir-se-á a análise específica do Art. 223-B²⁷. O legislador infraconstitucional, ao disciplinar tal artigo parece desconhecer as prerrogativas do instituto do dano moral, demonstrando uma preocupação excessiva com o dano existencial ao ponto de enfatizá-lo, desconsiderando que esse dano se trata de uma ramificação do próprio dano moral, equiparando-o até em uma forma de espécie existente ao lado do dano moral, aliás, pela utilização da expressão “ou” o legislador realmente parece afirmar que o dano moral e existencial se constituem até em um mesmo tipo de dano, ignorando dessa forma todas as características inerentes a cada instituto, bem como suas diferenças para reger situações específicas, além do fato de demonstrar um total desconhecimento da natureza de englobamento. Ignorância tal, no mínimo alarmante.

Nesse sentido, explica Flaviana Rampazzo Soares (2017), que há um uso incorreto da expressão dano extrapatrimonial, na medida em que há um uso da legislação infraconstitucional no sentido de equiparar gênero com espécie, em que a espécie é o próprio dano moral e o gênero seria o dano extrapatrimonial.

Dessa forma, há uma falta de coerência entre o pretendido na letra do texto infraconstitucional e a repercussão daí advinda, tendo em vista que a tutela repercute em todo e qualquer tipo de dano moral, mesmo que à primeira vista apenas o dano existencial parecesse ser o alvo especial pretendido. Podendo-se concretamente afirmar que o mais clama atenção nesse segundo artigo seria um problema de fundamentação e de pretensão, ou simplesmente de falta de conhecimento do próprio instituto alvo de legislação. Tanto há uma diferença nominal necessária relativa ao dano existencial, que um dos primeiros entendimentos jurisprudenciais que concretamente o invoca, não só especificou como também nominou corretamente a sua denominação e diferenciação²⁸.

²⁷ 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. (BRASIL, 2017)

²⁸ DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. “O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do

No mesmo contexto do artigo 223-B se faz necessário enfatizar a passagem “a ação ou omissão”, que interpretativamente já difundida, tem o condão de afastar a responsabilidade civil objetiva, ou despir o cunho moral desse tipo de responsabilidade que é baseada no risco, questão que por esse fator, não a torna menos importante ou um alvo possível de ser desconsiderada, já que se configura inclusive em modalidade plenamente fundamentada em nosso ordenamento²⁹.

Em que o elemento culpa não se faz necessário para configurar um caso de responsabilidade, exigindo todas as prerrogativas daí advindas, bem como o reconhecimento da obrigação em decorrência, conceito da norma civilista também infraconstitucional, provavelmente desconsiderada pelo legislador. Ressaltando que nesse particular, em nível constitucional também, já que a responsabilidade objetiva interpretativamente é disciplinada na Constituição de 1988, podendo-se citar em nível de exemplo disseminado em que há a alusão desse tipo de responsabilidade, o seu artigo 225³⁰, em que tutela e evita a impunidade dos danos feitos ao meio ambiente. Dessa forma, se traz à tona o princípio do poluidor pagador disciplinando que quem causar dano ao meio ambiente, seja de que natureza for, deverá responder por sua conduta, mesmo que não haja concreta a culpa e o dever de indenização reparatória daí advinda³¹.

ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual do trabalho em jornadas extra excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dado a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela constituição. Do princípio fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido”. (RO 0000105-14.2011.5.04.0241. Data de Julgamento: 14.03.2012. Rel. Des.: José Felipe Ledur. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 1ª Turma). (BRASIL, 2012).

²⁹ Art. 927. [...] Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

³⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988).

³¹ RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. POLUIÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. [...] Pelo princípio do poluidor pagador, responde objetivamente o empregador pela degradação do meio ambiente do trabalho, não havendo falar em culpa exclusiva

Aliás, a teoria do risco em que se fundamenta a responsabilidade objetiva, também se encontra previsto até mesmo na própria CLT³². No qual, ao conceituar o sentido de empregador, acaba por tentar prever naturalmente o alcance de suas condutas, em que o risco é elemento intrínseco, caracterizando dessa forma, a responsabilidade objetiva. Ou seja, com a pretensão de a lei 13.467/17 de se incorporar em definitivo ao texto da CLT, haverá até mesmo em sede de uma mesma Consolidação, embates, com previsões interpretativamente contrapostas.

A responsabilidade objetiva não pode ser invocada para afastar a sua regência de uma situação em que ocorre um dano não material, sendo completamente natural esse liame, tanto quanto fundamentado. Resultando em muitos entendimentos jurisprudenciais que comumente aplicam como forma justificada de punir o empregador que causou um dano na esfera moral de um empregado, em que sua conduta lesiva se deu sem a presença do elemento culpa, que tem a natureza completamente dispensável no âmbito dessa modalidade. Esse entendimento natural pode-se verificar brilhantemente em decisões judiciais³³.

da vítima, pois os custos oriundos dos danos provocados ao entorno ambiental ou a terceiros direta ou indiretamente expostos, como os trabalhadores, devem ser internalizados. Inteligência dos art. 200, III e 225 da Constituição da República, do princípio 16 da Declaração do Rio (1992) e do art. 4º VII da lei 6.938/81. (RO 0169-620120293009. Data de Publicação: 05/09/2014. Rel.: José Eduardo Resende Chaves Jr. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Primeira Turma). (BRASIL, 2014).

³² Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (BRASIL, 1943).

³³ RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. A responsabilidade objetiva nasce do pressuposto de que o dano causado por algo deve ser reparado, não porque o empregador, responsável pela atividade econômica, tenha incorrido em culpa, senão porque a sua omissão criou um risco sob o qual deve responder indenizando o trabalhador por dano material quanto por dano moral. Provada a lesão a direito fundamental constitucionalmente garantido ao empregado, resta caracterizado o dano moral, sendo devida a indenização em pecúnia como forma de recompensa pelo sofrimento experimentado. (RO 0001493-44.2014.5.02.0065. Data de Publicação: 04/09/2015. Data de Julgamento: 25/08/2015. Rel.: Ivete Ribeiro. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 4ª Turma) (BRASIL, 2015).

DANOS MORAIS – EMPREGADORA QUE SE NEGA A PRESTAR SOCORRO À EMPREGADA DOENTE. Na forma do artigo 2º da CLT, a figura do empregador tem, em sua definição, a assunção dos riscos da atividade econômica, cabendo-lhe dirigir a prestação pessoal de serviços e, desse modo, zelar integralmente pela segurança, pela saúde e pela integridade física e mental de seus empregados. O descumprimento desse dever – de forma dolosa, negligente ou imprudente – configura ato ilícito e, de acordo com os artigos 186, 187 e 927, “caput”, do Código Civil, obriga o empregador a responder pelos danos dele decorrentes. (RO 22900900874.2007.0.160.3000. Data de Publicação: 26/03/2009. Rel. Convocado: Rodrigo Ribeiro Bueno. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sétima Turma) (BRASIL, 2009).

Esse sofrimento experimentado pela vítima compreende a consequência do dano, configurando a ofensa em um rol de bens não quantificáveis economicamente, conforme já explanado, ocasião em que privilegiou fundamentar a não taxatividade dos bens elencados. Em que se trouxe à discussão o inciso X do artigo 5º da Constituição, que disciplina especificamente a honra, imagem, intimidade e vida privada, devendo-se alertar, novamente, para o caráter de exemplaridade desses bens elencados, já que se compreende em dano moral a ofensa a qualquer direito da personalidade que possa vir a reclamar a tutela do direito. A necessidade ao destacar tais prerrogativas mais uma vez, deveu-se ao teor do artigo 223-C³⁴ em sua antiga disciplina. Introdutoriamente, convém destacar as palavras de Rodrigo Mendes Delgado:

Os direitos que são inerentes ao ser humano, [...] decorrem de sua condição humana. São os chamados direitos naturais, cuja matéria é estudada pelo jusnaturalismo, corrente filosófica que entende que a existência dos direitos não decorre simplesmente de sua previsão em diplomas legislativos, isto é, os Códigos, mas, decorrem naturalmente da condição humana, sem necessidade de sua previsão nos mais diversificados diplomas legislativos que compõe o Ordenamento Jurídico de um país. (2011, p. 136)

Uma redação já superada, já que em 14 de Novembro de 2017, foi editada a Medida Provisória³⁵ de número 808, que entre outros pontos controversos, se propunha a alterar o referido artigo, flagrando uma maneira de reconhecimento da anterior disciplina infundada. Adicionando outros bens juridicamente tuteláveis, em uma tentativa frágil de alargar o polêmico rol objeto de direito peculiar às pessoas físicas. Uma tentativa irrelevante, diga-se de passagem, tendo em vista que continua a especificação problemática de direitos dentro de uma interpretação restritiva³⁶.

O legislador infraconstitucional parecia e parece continuar a ter, vale salientar, a pretensão de tutelar especificamente quais seriam os bens possíveis de serem regidos pela legislação Trabalhista quando houvesse uma violação de cunho

³⁴ Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. (BRASIL, 2017).

³⁵ MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943.

³⁶ Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural. (NR) (BRASIL, 2017).

não material, elencando-os de maneira insolentemente taxativa. Sentido que nem mesmo é encontrado na própria Constituição, que vislumbra um rol com a essência exemplificativa. Assim, o rol infraconstitucional privilegiava apenas esses direitos disciplinados no artigo, acabando dessa forma, por excluir outros que legitimamente pudessem ser suscitados. Ocorre que, essa pretensão controversa, resultou em um compêndio que nem mesmo repetiu o rol Constitucional, nem em bens nem em sentido, ocasião em que possivelmente teria se evitado toda essa repercussão polêmica, ao menos, em sede de um único artigo. Aliás, até consegue repetir alguns bens já elencados constitucionalmente, tais como a honra, imagem, e intimidade, mas excluiu o direito à vida privada, e acabou por adicionar outros. Nesse sentido, alerta Marcius Porto:

O direito de personalidade tem como fundamento a dignidade do ser humano, a mesma base que orienta os direitos fundamentais. [...] Dessa forma, os direitos do homem, dentre os quais se inclui os direitos de personalidade, os direitos sociais e os direitos fundamentais dependem muito mais de políticas públicas e aspectos econômicos do que propriamente de sua regulamentação normativa acolhida pela legislação objetiva. (2007, p. 64)

Assim, ao numerar de maneira específica quais seriam os direitos fundamentais a serem recorridos, um erro reiterado tanto na redação anterior quanto na nova, acaba ignorando e afastando outros de diferentes institutos tanto infraconstitucionais quanto alarmantemente constitucionais, operando-se em completa ilegalidade. Tendo em vista que, pressupõe essa interpretação já difundida, de uma restrição presunçosa e propriamente inconstitucional. Os bens responsáveis pelos direitos e garantias fundamentais, no qual o Brasil privilegia em sua essência máxima, em um direito geral da personalidade, são prerrogativas que já se encontram legisladas pelo órgão máximo, em nossa Constituição.

Direito representado entre outros preceitos, especialmente pelo princípio da dignidade, constando em dispositivos pétreos não passíveis de violação ou no mínimo de uma interpretação que os ofenda ou nega o seu sentido e ensina petulantemente o seu alcance, configurando assim em inconstitucionalidade. Ressaltando que, quando uma norma se torna pública, ela naturalmente vira objeto de obrigação por parte de seus jurisdicionados, porém, quando essa norma se trata de uma norma constitucional, ela adquire instantaneamente o status de

proeminência. Devendo, portanto, todas as demais normas se curvarem em respeito e em nítida concordância, isto é, se tiverem a pretensão de serem validadas.

Devia-se optar por uma interpretação mais útil e que melhor refletiria os princípios e os preceitos constitucionais, privilegiando o sentido original da Constituição, isto é, de base de nosso ordenamento, fundamentando um poder que irradia nos demais, apontando a competência adequada e estabelecendo a ordem no qual todos os institutos se encontram inseridos, concretizando-se em um equilíbrio estabelecido anteriormente e, contudo, hierarquicamente superior. Sendo assim, altamente necessária é a respeitabilidade a essa ordem jurídica fundamental, bem como a uma interpretação legítima.

Sem, todavia, a Constituição ser vítima de seu próprio poderio, isto é, sem ponderar de forma sistematizada o ordenamento visto como um conjunto, ou seja, ao mesmo tempo em que há o respeito hierárquico, também há a compreensão tão fundamental da forma interligada dos sistemas, concretizando-se na própria essência e abarcamento da Constituição. Dessa forma, a interpretação sistêmica parece ser constantemente a melhor opção, tendo que se sobrepor a chamada interpretação gramatical, ante a necessidade, importância e a própria utilidade, ou seja, uma interpretação inserida de modo contextual, que leva em consideração o sistema propriamente dito, com suas prerrogativas pré-estabelecidas, de modo a absorver um conhecimento empático dos mais diversos ramos, com o objetivo de promover o equilíbrio tão necessário, além, contudo, da respeitabilidade legítima aos preceitos fundamentais, emanados de nossa Constituição³⁷. Reverência que efetivamente também não se verificou no presente artigo.

Assim, o rol trazido pelo 223-C é tão peculiar, nos dois momentos de sua publicação, que nem mesmo compreende outros direitos tão merecedores quanto, como, por exemplo, a integridade moral, uma ausência mais alarmante ainda nesse seguimento. Já que se configura uma omissão no mínimo contraposta, já que o

³⁷ CONSTITUCIONAL. CURSO SUPERIOR MINISTRADO EM COVÊNIO PELA CEFET/AL E FAPEC. GRATUIDADE NÃO ASSEGURADA PELA INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA CONSTITUIÇÃO. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva do CEFET/AL rejeitada. 2. Relevante, na interpretação da Constituição, na qualidade de diploma que condensa os princípios norteadores do sistema jurídico, a consideração do elemento sistemático em detrimento da compreensão do sentido dos seus dispositivos de forma isolada. [...] (RE 581141 AL. Data de Publicação: 05/12/2012. Data de Julgamento: 27/11/2012. Rel.: Min. Dias Toffoli) (BRASIL, 2012).

artigo teria a pretensão de reger um capítulo denominado ‘Dos Danos Extrapatrimoniais’, resultando assim, em proteção aos direitos da personalidade. Conforme explica Maria Helena Diniz (2009), os direitos da personalidade têm uma estrutura e classificação própria, em que se dividiriam em três grupos específicos, sendo definidos pela integridade física, integridade intelectual, e a integridade moral, possivelmente a mais radiante nesse diapasão específico, em que se compreenderia a imagem, honra, identidade pessoal, familiar e social, entre outros bens dessa categoria.

Outro rol tão polêmico quanto, é o definido no 223-D³⁸, destarte pode-se afirmar que alguns bens configurados em direitos fundamentais, convencionalmente disciplinados para reger as pessoas de maneira generalizante, isto é, tanto físicas quanto jurídicas, como elenca a Constituição, estão disciplinados de uma maneira aparentemente tendenciosa, configurando em uma tentativa de equiparação e especificação. Contudo, vale ressaltar, que de fato não há nenhuma forma de impedimento desses bens serem estendidos à pessoa jurídica, já que os dispositivos constitucionais não promovem nenhuma forma de especificação a que tipo de pessoa estaria se referindo. Além do que, a pessoa jurídica está completamente legitimada a receber indenização por danos morais, conforme se verifica no Código Civil³⁹ e na Súmula do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰.

Entretanto, tais direitos estão sendo elencados como legitimados especificamente para reger as pessoas jurídicas, ou seja, um cunho específico e restritivo que teria até como consequência uma possível interpretação de equiparação da pessoa jurídica à física, ou seja, de uma empresa a um ser humano. Fato que por si só já seria repulsivo, porém, que se intensifica na medida em que a ciência do direito ao disciplinar tal matéria é exatamente o Direito do Trabalho.

Além do que, vale salientar, o caráter de aplicação dos danos morais sentidos pela pessoa jurídica é, conforme disciplina o artigo referido do Código Civil,

³⁸ 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 (BRASIL, 2017).

³⁹ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. (Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002) (BRASIL, 2002).

⁴⁰ Súmula 227 – A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. (Súmula 227, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/1999, DJ 08/10/1999 p. 126) (BRASIL, 1999).

no que couber, ou seja, encontra características próprias da pessoa jurídica, regendo, portanto, sob esse particular enfoque, isto é, de maneira limitada, conforme lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Havia, até bem pouco tempo, acesa polêmica acerca da possibilidade de pleito de indenização por danos morais no que diz respeito à pessoa jurídica. Por longos anos, considerou-se que os danos morais se limitavam às “dores da alma”, sentimentos que a pessoa jurídica jamais poderia ter, eis que esta é uma criação do direito, e não um ser orgânico, dotado de espírito e emoções. (2014, p. 132)

Tendo em vista que, já que uma pessoa jurídica não se constituirá jamais da mesma essência de uma pessoa física, deve obedecer a suas prerrogativas próprias, inerentes a sua natureza, principalmente ao considerar o caráter do instituto do dano moral, um caráter de ordem psíquica, interna, situado na seara da consciência. Devendo ressaltar a necessidade do elemento da repercussão pública e notória sobre esse dano moral supostamente sentido, elemento fundamental não destacado no teor do 223-D, podendo se verificar brilhantemente em ementas acerca do tema⁴¹.

Nesse diapasão, há toda uma preocupação com a pessoa jurídica, restando uma quase tentativa de alteração da essência do direito do trabalho, vale salientar que esse fato alarmante é recorrente, não ocorrendo só nesse artigo específico. De forma que, o Direito do Trabalho com todo seu cunho social, com o seu ideal de proteger os trabalhadores com todas as prerrogativas que se fazem merecedores, de resguardá-los em sua condição humana, afastando os perigos já tão previsíveis que comumente os assolam, tem agora a problemática da subversão da sua própria natureza disciplinada na letra de uma lei que tenta se incorporar à sua respectiva

⁴¹ PESSOA JURÍDICA: DANO MORAL: PREJUÍZO À IMAGEM E AO BOM NOME DA INSTITUIÇÃO: PEDIDO DE INDENIZAÇÃO: POSSIBILIDADE: SÚMULA 227/STJ: EXTERIORIZAÇÃO DO ATO ILÍCITO OU DE SEUS EFEITOS: ALEGAÇÃO DE PERDA DE CONFIANÇA DE SEUS CLIENTES E DE DESCRÉDITO NO MERCADO FINANCEIRO OU NA PRAÇA ESPECÍFICA: INSUFICIÊNCIA DO ATO OBREIRO: IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO PATRONAL EM RELAÇÃO AO OBREIRO. A jurisprudência do C. STJ já se firmou no sentido de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Ocorre que, diferentemente do que ocorre na seara do subjetivismo inerente à pessoa física, que pode ser agredida em sua intimidade, sem repercussão exterior aparente, a pessoa jurídica não tem sensibilidade e, portanto, não pode ser ofendida de forma subjetiva – o dano moral que aflige é a repercussão sobre sua imagem, em virtude de ilícito por outrem praticado, sendo imprescindível que se demonstre a exteriorização do dano de modo a aferir-se abalo na marca, no conceito da empresa junto a sociedade, a seus clientes ou a consumidores de seus produtos, assim como o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano moral dito como suportado. [...] (RO 27-1200880210004. Data de Publicação: 07/11/2008. Data de Julgamento: 22/10/2008. Rel. Des.: Alexandre Nery de Oliveira. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 2ª Turma.) (BRASIL, 2008).

Consolidação, objetivando entre outros motivos controversos, o de visivelmente aviltar ainda mais o princípio da proteção, com a criação de um chamado 'direito empresarial do trabalho', contando com todo um aparato para essa finalidade. Nas sábias palavras de Mauricio Godinho Delgado:

O ramo justabalhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado – consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea. (2014, p.54)

Ao promover essa inversão da essência do ramo laboral, se tem como reflexo, naturalmente, um retrocesso alarmante em anos de conquistas trabalhistas, disciplinando um artigo que não confere um mínimo de compreensão ao outro polo da relação, pois, tal fato não haveria empecilhos se existisse nesse diapasão, já que como toda relação disciplinada pelo direito há de se privilegiar os dois lados, regulamentando-os em iguais direitos. Porém, além da problemática entre isonomia e igualdade, com sua diferença pulsante, há a natureza dessa ciência trabalhista. Como destaca Carlos Henrique Bezerra Leite:

Na lição de Humberto Theodoro Junior, o primeiro e mais importante princípio que informa o processo trabalhista, distinguindo-o do processo civil comum é o da finalidade social, de cuja observância decorre uma quebra do princípio da isonomia entre as partes, pelo menos em relação à sistemática tradicional do direito formal. A diferença básica entre o princípio da proteção e o princípio da finalidade social é que, no primeiro, a própria lei confere a desigualdade no plano processual; no segundo, permite-se que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma solução justa, até chegar o momento de proferir a sentença. Parece-nos, contudo, que os dois princípios – proteção e finalidade social – são inter-relacionados e, pelo menos no nosso ordenamento jurídico, permitem que o juiz, na aplicação da lei, possa corrigir uma injustiça da própria lei. (2005, p. 151)

Havendo neste artigo, a aparente pretensão de cercar a pessoa jurídica não do direito juridicamente tutelado intrínseco a sua natureza, com os direitos fundamentais adaptáveis a sua essência, o que se justificaria por si só⁴². Havendo em contrapartida, portanto, a pretensão reformista de alçar o empregador a condição

⁴² DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. Na forma da súmula nº 227 do STJ, a pessoa jurídica também pode sofrer a violação a direitos da personalidade que tutelam bens jurídicos compatíveis com a sua natureza abstrata, como a honra, imagem e boa fama no mercado, dos quais depende o seu sucesso financeiro e o bom desempenho de sua atividade fim. [...] (RO 1398-53.2010.5.01.0074. Data de Publicação: 01/04/2013. Data de Julgamento: 06/02/2013. Rel.: Leonardo Dias Borges. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Terceira turma.) (BRASIL, 2013).

de superioridade resguardada promovendo ainda mais esse polo visivelmente mais forte, garantindo direitos disciplinados por um rol de forma expressa, inclusive pela primeira vez a uma natureza específica de pessoa, pois, a Constituição⁴³ disciplina de maneira a deixar em aberto à interpretação que melhor se adaptar ao caso concreto, sem restringir direitos à pessoa, seja física ou jurídica, mas também não os elenca dessa maneira tão particularizada.

Assim, o 223-D acaba por contrariar a Constituição, e intensificar a desigualdade laboral, além de privilegiar o caráter empresarial ao Direito do Trabalho, violando sua natureza, por conseguinte. Como destaca Vólia Bomfim Cassar (2014), seja qual for a maneira para demonstrar o maior objetivo do direito do trabalho, isto é, seja por leis que assegurem tutelas fundamentais na relação laboral ou de medidas efetivamente adotadas pelo Estado e a sociedade de maneira a privilegiar o cunho social, a finalidade maior do direito do trabalho é só uma, a proteção do trabalhador.

Cunho diferente é o que se encontra no teor do artigo 223-E⁴⁴, que expressamente condiciona a todos, sem propagar uma maneira particularizada como fez o artigo anterior. De modo que esse artigo demonstra especial preocupação com a questão da proporção da responsabilidade em casos que envolvam danos não materiais. Todavia, há de se ressaltar que a problemática comumente enfrentada se situa na seara da proporção da indenização, e não na tal proporção da responsabilidade como parece ser finalidade única do referente artigo. Explicitam o dilema originário, os autores Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto:

A quantificação dos danos morais atormenta os juristas. Como mensurar o imensurável? [...] A respeito do angustiante dilema, pergunta-se Maria Celina Bodin de Moraes: “O problema mais difícil hoje se refere, sem qualquer dúvida, à avaliação ou quantificação da reparação dos inúmeros tipos de dano moral. Se, como de fato, se trata de situações existenciais, haverá alguma possível fórmula pela qual, com justiça, se indenizará pecuniariamente os danos causados às pessoas?” [...] (2015, p.326)

⁴³ Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

⁴⁴ 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 (BRASIL, 2017).

De modo que, já há uma amovibilidade nesse objeto da proporção, do elemento da indenização conforme ocorria, para o elemento da responsabilidade, se configurando na passagem “na proporção da ação ou da omissão”. Ocorre que, ao problematizar a própria responsabilidade e também pelo caráter de originalidade do presente artigo, há de se abstrair uma dificuldade extra na função do juiz para guiar a melhor solução para os casos de controvérsia quanto à relação entre a responsabilidade e o dano advindo, tendo em vista que deve imperar a partir de agora, apenas a regência encontrada no artigo, com uma tal problemática até da proporção da responsabilidade, e não mais somente a problemática conhecida e embasadora da proporção do dano, em que comumente eram usados em correlação os artigos do Código Civil⁴⁵.

Assim, a única contribuição provável do artigo 223-E, foi a de deixar o direito do trabalho mais vulnerável, e o instituto do dano moral ainda mais controverso. Já o artigo posterior, o 223-F⁴⁶, traz um sentido completamente inverso, em que há só uma repetição de premissas que já possuem entendimentos pacíficos, inclusive de forma plenamente disciplinada. A cumulação de danos morais e materiais já era prevista em nosso ordenamento, sendo legitimada até pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁷. Assim, não há nenhuma forma de novidade ou de retirada de direito.

Porém, o artigo possui dois parágrafos, o que acaba por conferir um excesso injustificável sobre essa disciplina. No primeiro parágrafo⁴⁸, se pode abstrair instantaneamente a função do juiz compreendida também em fazer cálculos necessariamente, e a liquidar completamente as sentenças. Ofício imposto de forma expressa na letra de uma lei ordinária, que provavelmente terá o condão de gerar

⁴⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. (BRASIL, 2002)

⁴⁶ Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. (BRASIL, 2017).

⁴⁷ Súmula 37 – São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato. SÚMULA 37 CORTE ESPECIAL, julgado em 12/03/1992. (BRASIL, 1992).

⁴⁸ Art. 223-F. [...] § 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. (BRASIL, 2017).

ainda mais atrasos nos processos judiciais, uma demora ocorrida em razão da própria prolação da sentença que deverá especificamente obedecer a essa prerrogativa. Nesse sentido, alerta Marcos Lacerda Almeida Filho:

Daí sua importância primordial: o princípio da separação dos poderes objetiva antes de tudo a liberdade, por meio da moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual. (2014, p. 16)

Compreendendo-se da disciplina do parágrafo segundo⁴⁹ do artigo 223-F, novamente, uma tentativa de legislar de forma expressa algo que já é de entendimento convencional, sob pena de ofensa ao instituto do dano material e à própria ideia de cumulação. De forma que o dano material compreendido com suas prerrogativas dos danos emergentes e lucros cessantes, atuando de forma independente ao moral, é algo natural⁵⁰.

Promovendo como consequência, um possível esgotamento do instituto. Tendo em vista que esse tipo de dano pode incidir na repercussão do bem, de modo a afetar o seu crescimento bem como a sua desvalorização, ou seja, não ataca só o bem de forma presente, instantânea, de modo que o dano material essencialmente se divide em dano emergente e lucro cessante (Cavaliere Filho, 2014). De modo que, já é de conhecimento de forma convencional que essa modalidade regerá propriamente a sua indenização, restando como natural a não intervenção na indenização dos danos extrapatrimoniais, tanto é que já há a tutela específica para uma forma de cumulação, dessa forma, não haveria a necessidade de estar disciplinado, ou ao que parece uma tentativa de assegurar que ao menos nesse diapasão a lei 13.467/17 não irá intrometer-se.

Assim, além do aparente pleonasmo abstraído do teor do parágrafo segundo e do próprio artigo 223-F, a única prerrogativa um pouco mais relevante parece ser a questão da necessidade da liquidação das sentenças pelo juiz, para haver uma separação expressa entre as indenizações de cunho material e não material, sendo

⁴⁹ Art. 223-F. [...] § 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais. (BRASIL, 2017).

⁵⁰ DANOS MATERIAIS – PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA – DANOS EMERGENTES E LUCRO CESSANTES. Ainda que constatado o nexo causal entre a moléstia e as atividades do empregado, configurando-se por meio de perícia a doença ocupacional, o deferimento de indenização por danos materiais (emergentes e lucro cessantes) está condicionado à demonstração de prejuízos e da inaptidão permanente para o trabalho. (PR 966200968909. Data de Publicação 13/09/2011. Rel.: Sérgio Murilo Rodrigues Lemos. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 4ª Turma) (BRASIL, 2011)

justificada por essa possível obrigação dada ao juiz de elaborar cálculos. Todavia, a figura do magistrado nesse artigo não encontra nenhuma dificuldade se comparada com a provável invasão que sofrerá no artigo 223-G, em que os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, parecem não ter tanta importância para a referida lei infraconstitucional.

O polêmico artigo 223-G⁵¹ da lei 13.467/2017 desponta de forma disparada como o artigo mais controverso se comparado com os já apresentados do referido título “Dos Danos Extrapatrimoniais”, até mais do que o já tão discutível 223-A⁵². Ganhando posteriormente, uma nova⁵³ abordagem a ser explanada, em virtude da existência da medida provisória 808/17. Ocorre que, em suas duas publicações o referido artigo consegue envolver questões alarmantemente controversas, sem uma forma de fundamentação plausível, causando consequências esdrúxulas, inovações sem bases, invadindo preceitos e princípios já consagrados, e causando um retrocesso social grandioso. Inclusive interferindo na divisão dos poderes, e

⁵¹ Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa. § 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: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. § 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. § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. (BRASIL, 2017).

⁵² Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (BRASIL, 2017).

⁵³ Art. 223-G. [...] § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. [...] § 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. § 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória. § 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. (NR) (BRASIL, 2017).

primordialmente, levantando a questão da constitucionalidade com o polêmico alcance do legislador infraconstitucional na referida lei. E por fim, surpreendentemente inaugurando um ataque declarado a essência do Direito do Trabalho, ciência a qual pretendeu se incorporar de qualquer maneira. Nesse diapasão, indaga de forma atemporal e perspicaz o eminente Ruy Barbosa:

Que é, pois, o que nos resta, aqui, de um tal sistema, copiado, traço a traço por nós, daquela República, se os nossos Presidentes carimbam as suas loucuras com o nome de leis, e o Congresso Nacional, em vez de lhes mandar lavar os passaportes para um hospício de orates, se associa ao despropósito do tresvariado, concordando no delírio, que devia reprimir? (1933, p. 09)

Nesse sentido, o projeto da referida lei passou por uma situação no mínimo não habitual para se concretizar, resultando em um projeto amplamente controvertido e sem a possibilidade de discussão a qual naturalmente, se fazia merecedor. Adicionando um caráter rápido e supostamente urgente à sua passagem de aprovação polêmica, acabou por resultar em uma falta de diálogo e de consulta a entidades tão importantes para os trabalhadores. Contudo, sem se aprofundar nessa seara do real caráter da aprovação do projeto, se faz necessário destacar uma de suas justificativas frágeis, tal qual é a suposta ‘caducidade’ da CLT, à qual pretendia se integrar sob um pretexto de inovação.

Em consonância, se faz necessário explicitar a diferença gritante entre retirada de direitos trabalhistas e uma tal ideia de modernidade, diferença esta que, um país que precisa precarizar as relações de trabalho em nome de uma suposta modernização, de fato parece desconhecer. Segundo Delgado (2014), o direito de forma geral atua como um instrumento de voz à finalidade de uma sociedade, acompanhando cada determinado contexto sociopolítico, ao mesmo tempo em que tal direito específico nasce de tais contextos. Fato que ganha especial atenção quando o direito emergido é o ramo juslaboral, responsável por de fato praticar em sua máxima essência esse sentido de causa e efeito ao reger a sociedade que deve representar.

Dessa forma, vale salientar, que a CLT não obedece ao mesmo texto original criado no governo de Getúlio Vargas em 1943 quando surgiu, passando por diversas mudanças para naturalmente, acompanhar com a adequabilidade necessária a sociedade que rege. A Constituição Federal de 1988 provocou algumas

dessas adaptações, ressaltando inclusive, que foi a própria Constituição que alçou o Direito do Trabalho a um patamar que reflete a sua própria essência, ou seja, como um direito fundamental, humano, social, que merece ser obedecido e respeitado. Elencando em seus próprios artigos⁵⁴, prerrogativas e direitos aos quais não deveriam sofrer limitações, nem mesmo sobre o cunho interpretativo.

Sendo assim, o direito do Trabalho surge como uma ciência altamente necessária para reger as situações de interesses já tão naturalmente contrapostos, tal qual é a relação laboral. Havendo como preocupação primeira a condição humana da pessoa que realiza determinada atividade, aliando os meios em que essa atividade se desenvolve, de modo que não exponha de maneira alguma a riscos, por mais que eles de certa forma sejam consequência direta ou indireta de determinada profissão. Havendo todo um aparato que deve ser seguido e respeitado, que foi feito exatamente para proteger a saúde tanto física quanto mental de quem desenvolve determinado trabalho, devendo-se pensar primeiro impreterivelmente no trabalhador cidadão⁵⁵.

Assim, seguindo a ordem imposta pela lei 13.467/17 que pretendia se incorporar à nossa Consolidação de cunho trabalhista, se traz à discussão o polêmico artigo 223-G⁵⁶, somente em seus incisos inicialmente, que permanecem intactos mesmo com o advento da medida provisória. À primeira vista, o artigo parece pretender ensinar ao juiz a sua função, fato que por si já seria gerador de controvérsia. Já que ensinar ao poder judiciário por meio de uma lei sob a ótica

⁵⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 1988).

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...] (BRASIL, 1988).

⁵⁵ Art. 194 A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 1988).

⁵⁶ Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa. [...] (BRASIL, 2017).

desses termos, em como deveria fundamentar a sua decisão, inclusive, com base em específicos pressupostos, constitui uma tentativa no mínimo presunçosa e invasiva, resultando por desvirtuar o princípio da separação dos poderes. O qual enseja a desconcentração do poder, para dessa forma haver uma melhor repartição de tal poder estatal, de maneira a se adequar fundamentalmente cada entidade de maneira aparentemente independente, sem interferências atrevidas. Como afirma Marcos Lacerda Almeida Filho (2014), o princípio da separação dos três poderes é uma forma de assegurar um não retrocesso a um estado absoluto, de modo que há a divisão das funções do estado, para dessa forma proteger de forma equilibrada os direitos fundamentais dos indivíduos.

Dessa forma, a figura do magistrado não pode despontar de maneira a ser compelida em sua interpretação livre da lei, discricionariedade a qual fundamenta o princípio do livre convencimento motivado, tendo que se submeter a tais prerrogativas disciplinadas tão excessivamente peculiares, tendo em vista o próprio caráter inexperiente e originário delas sobre esse enfoque, o que acabaria por dificultar ainda mais a sua função. Nesse sentido, há de se reger obrigatoriamente que a interpretação deva ser, portanto, apenas no sentido em que o juiz deva observar os institutos, sem nenhuma forma de sofrer intervenção estrita ao emanado, apenas, contudo, fundamentando as prerrogativas que caracterizaram a sua decisão, conforme assegura o princípio⁵⁷ disciplinado pelo Código de Processo Civil⁵⁸.

Em contrapartida, a outra esfera que também se destaca é propriamente o conteúdo dos incisos. Tendo em vista que confundem até os pressupostos da responsabilidade civil, ciência de onde emana toda essa seara, propondo aparentemente uma adaptação esdrúxula ao confrontar com as pretensões de tal abordagem trabalhista. Como alertam os autores Gagliano e Pamplona Filho (2014), quando se trata da aplicação da responsabilidade civil nessa ciência especializada há principalmente a complexidade se tornando imperiosa, pois, não teria como

⁵⁷ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973). (BRASIL, 1973).

⁵⁸ CPC - Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973

existir a aplicação exclusivamente das regras do direito civil a uma relação laboral, sem a observância mais do que necessária da própria relação trabalhista.

O artigo incansavelmente tentava inaugurar todo um novo conceito de responsabilidade civil “trabalhista” ideal que emana de outro artigo, o 223-A⁵⁹, mesmo rompendo com os próprios ditames da ciência originadora e com a ciência a qual pretendia se incorporar e ao mesmo tempo restringir. Pois, a ideia trazida por essa nova concepção de responsabilidade, tanto na redação anterior do artigo quanto na nova, parece ser mesmo de facilidades para a irresponsabilidade do empregador, ideologia que vai contra a natureza de ambas as ciências. Como assevera Gonçalves (2014), ao seguir o que emana o direito civil, é notório que o empregador deverá assumir a sua responsabilidade devida, por menor que seja o grau de culpa.

A ciência trabalhista ao reger esse tipo de relação com suas prerrogativas características recebe constantemente a alcunha de ‘Lei Protecionista’, porém, sobre um enfoque interpretativo pejorativo que viria a desvirtuar o princípio da proteção, que vem a ser um dos expoentes máximos dessa ciência. Adicionando em contrapartida um caráter de um possível excesso que viria de alguma forma a desequilibrar os dois polos da relação, quando na verdade o princípio atua exatamente para promover esse equilíbrio, já que a essência tão contraposta se configura exatamente pela presença de um polo naturalmente mais forte. Nesse sentido, outro princípio que parece ter sido esquecido e que clama respeito nesse contexto, é o da irrenunciabilidade de direitos, que como observa Martins (2014), o trabalhador não poderá renunciar a seus direitos trabalhistas, ideal que emana do artigo nono da CLT⁶⁰.

Ao mesmo tempo em que, justificar um possível protecionismo das relações laborais que exatamente objetiva o equilíbrio de mercado, como responsável por uma crise econômica, e assim justificando-se na criação de uma nova lei para se incorporar à Consolidação, é um prisma que não encontra nenhuma forma de liame coerente. Como afirma Delgado (2014), exatamente pelo direito do trabalho valorizar

⁵⁹ Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (BRASIL, 2017)

⁶⁰ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (BRASIL, 1943)

o labor humano é que ele acaba por fazer uma distribuição de renda, e de modo imparcial, havendo como consequência mais do que natural um impulsionamento da economia interna.

Portanto, inicialmente em sede de incisos, o 223-G ao criar tais facilidades explicitadas por seus dispositivos, para atenuar ou confundir a real responsabilidade do agente causador do dano na relação laboral especificamente, acaba por subverter a natureza do direito do trabalho, e confundir os pressupostos da responsabilidade civil. Além do que, pretende dessa forma, minimizar o elemento dano como configurador constante das consequências das más relações de trabalho, seja ele material ou principalmente não material. Estendendo a problemática para um setor não regulamentável, pautando a responsabilidade de modo a sofrer uma forma de calibragem, baseando-se em possibilidades inesgotavelmente peculiares para serem aferidas pelo magistrado. Vale lembrar, como preceitua Porto (2007), que a responsabilidade civil pode até disciplinar a lesão a um direito subjetivo, porém, de um dano certo e não de um dano hipotético, atuando principalmente como um instrumento de advertência, reprimindo condutas que desvirtuem a lei.

Assim, tendo em vista uma necessidade atemporal, partir-se-á a análise da problemática base a qual destaca toda a repercussão em torno dos danos extrapatrimoniais trazidos pela lei 13.467/2017, qual seja a própria tarifação, encontrada no parágrafo primeiro do artigo 223-G⁶¹, alvo de mudança posterior introduzida pela Medida provisória⁶² de número 808, a ser explanada. Introdutoriamente, há de se ressaltar que a interpretação de qualquer legislação deve obrigatoriamente ser de acordo com a Constituição Federal, ou seja, a partir da Constituição. Não há possibilidade de o contrário ocorrer, em que se interpretaria a Constituição a partir de uma lei infraconstitucional, como se esta fosse proeminente, significados inversos que tal legislador e ao mesmo tempo detrator do Direito do

⁶¹ Art. 223-G [...] § 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: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. (BRASIL, 2017).

⁶² MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Trabalho parece desconhecer. Pois, vale salientar que os princípios e fundamentos que identificam essa ciência que não merecia sofrer tal invasão em sua Consolidação, continuam com a mesma essência, não sofreram mudanças com a chegada abrupta dessa lei ou com sua medida provisória respectiva, que parece apenas ser uma extensão da mesma essência de tal lei.

De modo que, em 14 de Novembro de 2017, foi editada a Medida provisória, já necessária na ocasião do artigo 223-C⁶³, se propondo a trazer uma nova⁶⁴ releitura ao parágrafo primeiro do artigo 223-G, em alguma tentativa de reconhecimento da inconveniente e ultrajadora disciplina anterior. Movendo-se do objeto de tarificação da figura do último salário para ter como um objeto de tarificação o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Dessa forma, explana um reconhecimento incompleto, em que a tarificação continua a existir, apenas mudando o seu marco de dependência polêmica. Um marco que possui uma origem no padrão anteriormente estabelecido, tendo em vista que a previdência nada mais é que um valor originado matematicamente ao longo dos anos exatamente do salário, o parâmetro originador e, portanto, o real de fato. De modo que se flagra uma continuação, ou seja, uma mudança maquiada, em que simbolicamente não há mutação alguma, até porque o defeito inconstitucional continua a existir.

O parágrafo primeiro seja em que momento da sua publicação, disciplina em seu teor uma forma de tarificação dos danos extrapatrimoniais, ou seja, uma classificação tabelada tanto para o tipo de dano quanto para o tipo de indenização. O mais pulsante em uma forma de quantificação tal como a objeto de análise, é que ao estabelecer um 'padrão' a ser seguido estritamente, acaba por fazer uma previsão em algo abstrato, disciplinando assustadoramente um 'teto' a ser

⁶³ Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural. (NR) (BRASIL, 2017).

⁶⁴ Art. 223-G. [...] § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 2017)

obedecido, ou seja, um valor máximo, como se o trabalhador fosse algo despersonalizado, para estar elencado até o preço do valor máximo de um dano à sua alma.

Um teto pecuniário é um valor máximo de quanto valeria qualquer ofensa que viesse surpreendentemente a ocorrer, tornando-a algo fácil de ser quantificado e assim sentido, um subjetivo dano da alma fácil de ser mensurado só em algum prisma utópico, indicando propriamente uma impossibilidade lógica de adequação e falta de respeito urgente à dignidade da pessoa humana. Assim, outra antítese que o legislador parece desconhecer é esta, a diferença gritante entre estabelecer um preço de ‘ piso’ e de ‘teto’ pecuniários do dano moral dos trabalhadores.

Pois, se ao contrário, fosse um piso estabelecido, haveria uma forma ao menos coerente, como se na letra de uma lei estivesse estabelecido o mínimo a ser respeitado caso ocorresse alguma lesão dessa natureza, ou seja, uma previsão já do mínimo necessário, do mínimo fundamental que deve ser respeitado e dessa forma temido, inibindo condutas transgressoras da lei, e não estimulando como parece ser a ideia de um máximo a ser pago já previamente estabelecido. Simbolicamente um valor máximo já elencado passa uma ideia de vulnerabilidade, de banalidade, e propriamente de ridicularização dos trabalhadores e do instituto. Nesse sentido, aponta Carlos Roberto Gonçalves:

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarificação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei. (2014, p. 407)

Pensamento similar é o encontrado em decisões judiciais⁶⁵, que privilegiam exatamente os pressupostos do ramo ao qual emana todo esse instituto, ou seja, a própria responsabilidade civil, que desconsidera terminantemente qualquer forma de valores pré-estabelecidos. O mais surpreendente do elencado no parágrafo, se é

⁶⁵ INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CRITÉRIO PARA TARIFICAÇÃO. O valor da indenização por dano moral será arbitrado pelo juiz, atendendo ao duplo caráter da reparação, ou seja, o de compensação para a vítima e o de punição do agente. O julgador deve se ater na fixação da indenização, ao grau de culpa do agente, as condições sócio-econômicas da vítima e do ofensor, assim como ao bem jurídico lesado, ao caráter retributivo em relação à vítima e punitivo em relação ao causador do dano, valendo-se de critérios de proporcionalidade e razoabilidade definidos pela doutrina e jurisprudência. (RO 71600-59.2008.505.0027. 5ª Turma. DJ 22/09/2009. Rel.: Esequias de Oliveira) (BRASIL, 2009).

que é possível, é essa petulante disciplina feita por um legislador infraconstitucional, fato este alvo de observação dada a sua aparente inconstitucionalidade. Além do conteúdo propriamente dito do parágrafo, que propõe um ataque declarado sob uma forma de tabelamento aos direitos ditos fundamentais, uma medição de dano e dor impossível de ser mensurada, como se a alma laboral dependesse tão somente do valor do próprio salário ou da previdência. Estabelecendo parâmetros a serem fixados que invadem princípios, especialmente, o princípio da proteção, o da separação dos três poderes, o da proporcionalidade, e o mais alarmante o princípio da dignidade da pessoa humana, além de violar conceitos já preconizados há tempos em nosso país. É aparentemente atrevido, sem fundamentação, possuindo uma pretensão enorme de impunidade e aviltamento. Nesse sentido, destaca Montesquieu:

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares. (2006, p. 166)

Em consonância com a Constituição Federal, o Direito do Trabalho defende prerrogativas absolutamente inerentes ao ser humano, não podendo ser um alvo recorrente de tal dimensão a qual pressupõe o artigo, um aviltamento do trabalhador⁶⁶. Além do que, o parágrafo enfatiza em sua máxima expressão o desprezo pela igualdade, pela justiça social, tendo, por conseguinte, a invasão por completo da sua natureza, tendo em vista que o Direito do Trabalho é o concretizador de fato, de tantos direitos fundamentais. Isto é, mesmo com a medida provisória continua a desrespeitar dispositivos infraconstitucionais e constitucionais⁶⁷, tendo em vista que tenta enquadrar a indenização, quando esta deveria ser obrigatoriamente livre.

A Constituição prevê expressamente em seu artigo⁶⁸ uma igualdade entre seres humanos, ideal aparentemente não observado novamente. Tendo em vista

⁶⁶ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (BRASIL, 1988).

⁶⁷ Art. 7º [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; (BRASIL, 1988).

⁶⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988)

haver como resultado de tal tarifação um abismo em tutela judicial muito acentuado ao reger os cidadãos que tenham o vínculo de trabalho, restritivo, diga-se de passagem, com os seres humanos que não o tenham naquela determinada situação. De forma a quantificar a dignidade dos trabalhadores por meio dos incisos do parágrafo primeiro em suas duas publicações, que nada mais são do que uma tutela de danos extrapatrimoniais criada especialmente para essa tendenciosa finalidade. Alerta Maria Helena Diniz (2009) que o juiz ao tentar uma homogeneidade pecuniária do dano moral, deve seguir regras, e uma dessas regras é exatamente a de não seguir a tarifação, não aceitá-la, pois, ela despersonaliza e desumaniza.

Dessa forma, flagra-se o possível alcance de um legislador infraconstitucional ao disciplinar um artigo que prever um retrocesso sem estruturas ao criar hierarquia de seres humanos, demonstrando que não foi coincidência o Brasil ter sido o último país das Américas a libertar seus escravos, violando os direitos da personalidade em um ataque insensível de vidas humanas. Nesse sentido, destaca Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Os direitos humanos devem sempre (e cada vez mais) agregar algo de novo e melhor ao ser humano, não podendo o Estado proteger menos do que já protegia anteriormente. Ou seja, os Estados estão proibidos de retroceder em matéria de proteção dos direitos humanos. Assim, se uma norma posterior revoga ou nulifica uma norma anterior mais benéfica, esta norma posterior é inválida por violar o princípio internacional da vedação do retrocesso. (2014, p. 28)

Essa face não reformada do país parece vir à tona em uma lei conhecida pela alcunha de reforma trabalhista, bem como por sua medida provisória improdutiva, fazendo com que trabalhadores tenham um valor muito menor que outros indivíduos que não estejam sendo regidos naquela situação por uma carteira de trabalho. Isto é, a carteira de trabalho um instrumento normalmente tido para se concretizar direitos fundamentais, passa a ser agora um objeto que acentua a hierarquia de pessoas, até de pessoas de um mesmo local de trabalho, promovendo

a tutela exclusiva ou restritiva por meio dessa lei polêmica com sua medida acessória, contrariando valores constitucionalmente assegurados⁶⁹.

Nesse sentido, após a implantação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio mais uma vez à tona a ideia de proteção aos direitos da personalidade, porém, de maneira mais proeminente, assegurando a sua essência máxima de alcance, dessa forma, nenhum projeto de lei que regulamentasse alguma forma de tarifação foi ousadamente criado. Tendo em vista que ofenderia os direitos assegurados pela Constituição, bem como aos princípios da supremacia da Constituição e da vedação ao retrocesso ao social, já que a ideia de uma tabela com valores pecuniários para medir a dor das pessoas se constitui em uma tentativa anunciada de violação da dignidade, criando tais categorias de seres humanos, sem desconsiderar o fato da invasão da atividade jurisdicional que se encontra compelida a uma obediência descabida e inconstitucional. Como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao citar o juiz Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos ao explicitar o princípio da supremacia, o qual é adotado pela nossa pátria:

Ou a Constituição é a lei superior, fundamental, que não pode ser modificada por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como outros atos, outras leis, é alterável quando o legislativo entender conveniente. [...] a teoria deste governo deve ser que um ato do legislativo contrário a Constituição é nulo e de nenhum efeito. Esta teoria é essencialmente ligada à Constituição escrita e é, consequentemente, para ser considerada por esta corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. (2007, p. 83)

Dessa forma, após o advento da Constituição não mais foi feito até então, nenhum projeto que previsse a tarifação da indenização por danos morais, tendo em vista haver o conhecimento e o respeito à proeminência da Constituição, e sua disciplina que visivelmente suprime qualquer tentativa de calibração dos danos morais. Bem como ao entendimento dos tribunais, incluído de maneira clara e precisa o Supremo, aversivos a tal calibragem de direitos fundamentais. Porém, antes do nascimento da Constituição foram feitas inúmeras tentativas de objetivar a

⁶⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988).

subjetiva indenização por danos não materiais, a exemplos de algumas dessas tentativas, há de se destacar o Projeto de Lei 150/99⁷⁰, o Código Brasileiro de Aeronáutica⁷¹, o Código Eleitoral⁷², o Código Brasileiro de Telecomunicações⁷³, e também a velha Lei de Imprensa⁷⁴, não coincidentemente todos foram declarados incoerentes, sendo revogados ou não recepcionados, exatamente por ofenderem valores consagrados regidos em nossa Constituição, os mesmos valores disciplinados pelo princípio da reparação integral que a lei 13.467/17 e a medida provisória 808/17 atacam ao disciplinar um tabelamento aviltante da alma do trabalhador.

O Superior Tribunal de Justiça ao analisar a Lei de Imprensa demonstrou não concordar com essa ideia de tarificação prevista em seus artigos⁷⁵. Editando, por conseguinte, uma súmula de número 281⁷⁶, em que expressamente não admitia tal vinculação. Nesse diapasão, preceitua Maria Helena Diniz:

Mesmo que a Lei de Imprensa tarife a indenização, fixando pisos máximos para pagamento de certas infrações, não traz segurança e certeza da reparação do dano moral, pois, por ser norma especial, não se aplica ao direito comum, nem tem o poder de afastar a incidência do princípio geral do Código Civil, aberto à ampla reparação do dano moral, P. ex., se ficar evidenciado o dolo não há que se falar em indenização tarifada ou limitação na reparação do dano moral prevista nos arts. 51 e 52 da lei de imprensa, que só poderá ser aplicada, por analogia, havendo ato culposos do agente.

⁷⁰ Projeto de Lei 150 de 18 de Março de 1999

⁷¹ Lei Federal n. 7.565 de 19 de Dezembro de 1986

⁷² Lei Federal n.4.737 de 15 de Julho de 1965

⁷³ Lei Federal n. 4.117 de 27 de Agosto de 1962

⁷⁴ Lei Federal n. 5.250 de 09 de Fevereiro de 1967

⁷⁵ Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I – a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV); II – a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III – a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV – a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). [...]

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior se resultam de ato culposos de algumas das pessoas referidas no art. 50. (BRASIL, 1967)

⁷⁶ Súmula 281- A indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa. (Súmula 281, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/04/2004, DJ 13/05/2004 p. 200). (BRASIL, 2004).

Fácil é perceber que essa lei poderá servir de parâmetro, banalizando o raciocínio judicial, mas não deverá ser utilizada em todos os casos, deixando a vítima sem o adequado ressarcimento. (2009, p. 102).

Pensamento em consonância é o encontrado nos mais diversos julgados⁷⁷, que prontamente destacam o entendimento do STF por meio de uma ADPF, para se fundamentarem pela não aceitação da Lei de Imprensa com sua ideia de tarifar os danos ocasionados a uma limitação inconveniente. Tal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de número 130 de 30 de Abril de 2009, demonstrou por quase todos os ministros do STF, não haver aceitabilidade da Lei de Imprensa pela Constituição, de modo que a ADPF foi a responsável por revogar tal Lei. Havendo uma exposição de motivos em sua ementa, razões exaustivamente fundamentadas, entre as quais nesse diapasão específico, se destacam⁷⁸.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁷⁹ também se posicionou em oportunidade específica referente ao Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu

⁷⁷ APELAÇÃO CÍVEL. INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPRENSA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EMPRESA EXPLORADORA DO JORNAL QUE DIVULGOU A MATÉRIA. JORNALISTA SUBSCRITOR DA MATERIA JORNALÍSTICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. [...] 1. De início, há de ser ressaltada a inaplicabilidade da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), em razão da decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADPF nº 130, no bojo do qual aquela Excelsa Corte julgou procedentes os pedidos ali deduzidos para declarar como não recepcionada pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250 de 09 de Fevereiro de 1967. [...]. (AC 60030127 PI. Data de Julgamento: 23/02/2011. Rel. Des.: Francisco Antônio Paes Landim Filho. 3ª Câmara Especializada Cível) (BRASIL, 2011).

⁷⁸ [...] 5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. [...] 10- NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. [...] São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. [...] (Plenário, 30.04.2009). (BRASIL, 2009)

⁷⁹ VIAGEM AÉREA – EXTRAVIO DE MALA – INDENIZAÇÃO – VALOR. Longe fica de contrariar a Constituição Federal acórdão mediante o qual reconhecido o direito à indenização no caso de extravio de bagagem, sem o limite previsto na Convenção de Varsóvia – Precedente: Recurso Extraordinário nº 172.720-9, Segunda Turma, veiculado no Diário da Justiça de 21 de Fevereiro de 1997. (AI 548681 RJ. Data de Julgamento: 24/08/2010. Data de Publicação: 24/09/2010. Rel. Min.: Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma) (BRASIL, 2010).

artigo 257⁸⁰. Novamente contra o mesmo ideal de uma estipulação de limite pecuniário anteriormente estabelecido para reger casos de responsabilidade que ainda nem vieram a ocorrer.

Assim, consoante entendimento do STF, STJ e da Constituição Federal que não veem como a tarifação dos danos morais poderia vir de alguma forma a ser disciplinada em nossa nação, só resta o entendimento crescente que de fato a lei infraconstitucional 13.467/17, bem como sua respectiva medida provisória de número 808/17, cometem um ato inconstitucional ao discipliná-la no parágrafo primeiro do polêmico artigo 223-G em suas duas publicações, subvertendo institutos consagrados e a ideia de uma indenização ampla e irrestrita, de forma proporcional, conforme preceitua o dispositivo constitucional⁸¹.

⁸⁰ Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN. § 1º Poderá ser fixado limite maior mediante pacto acessório entre o transportador e o passageiro. § 2º Na indenização que for fixada em forma de renda, o capital par a sua constituição não poderá exceder o maior valor previsto neste artigo. (BRASIL, 1986).

⁸¹ V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (BRASIL, 1988)

5. O IMPOSSÍVEL PREÇO DO DANO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Além da questão da tarifação em si própria, já trazer uma ideia um tanto quanto repulsiva, há de fato a questão dos valores atribuídos, tendo em vista que prometiam uma nova abordagem a ser regida⁸². Porém, continuam em um sentido aviltante e disforme de um impossível valor da alma do trabalhador, 'preços de vida' incoerentes e humilhantes. Todavia, vale salientar, que não importaria o montante que fosse ainda continuariam a ser ilegais ao tabelar a dor moral de uma vida humana, continuando então a violar o princípio da dignidade. Isto é, os valores atribuídos sob tal forma de calibragem, representam uma ofensa de modo consequencial à dignidade, em que os danos sofridos explicitam essa violação. E não causal, tendo em vista ser impossível à quantificação direta da própria dignidade. A qual, brilhantemente preceitua o ilustre filósofo Immanuel Kant⁸³:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente, por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

A tal nova explanação é tão insatisfatória, que em 21 de Dezembro de 2017, foi protocolada a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5870, com pedido de medida cautelar, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Em que a Anamatra é terminantemente contra os artigos da CLT que foram inaugurados pela lei 13.467/17 bem como pela tal nova disciplina trazida pela Medida provisória 808/17, tendo em vista a continuação simbólica de ideais. De modo que a entidade pede liminarmente a suspensão da disciplina da tarifação, tanto na lei quanto na medida provisória. Objetivando a procedência da ação para obter a tão merecida declaração da inconstitucionalidade dos incisos I ao IV do polêmico parágrafo primeiro do artigo 223-G.

⁸² Art. 223-G. [...] § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. [...] (NR) (BRASIL, 2017).

⁸³ Immanuel Kant. Filósofo Alemão (1724-1804).

Assim, uma tarifação, seja com que preço for sob a forma de ‘tetos compensatórios’, feita sem nenhuma forma de respeito aos limites constitucionais, resulta em completa intromissão e violação. Como afirma Montesquieu (2006), o poder tem que trazer em si uma própria limitação, de modo que ele próprio deve obedecer aos limites instituídos por ele mesmo. O que decididamente não ocorre, em uma legislação altamente atrevida que aparenta ser desinformada quanto à própria ciência que utopicamente disciplinaria e sob quais condições legitimamente ela tenta se impor forçosamente, operando em não obediência aos ditames nem constitucionais do país que se atreve a reger, sob o pretexto mesquinho de uma tal inovação. Assim, novamente, o legislador mostra desconhecer a diferença entre inovar e retirar direitos.

Reiterando que, o que se destaca ainda mais nessa maneira de tabelamento é o objeto do salário ou agora da previdência como medidor de uma suposta indenização, isto é, a reparação no instituto da responsabilidade civil moveu-se do objeto do dano para ser tão somente a partir do salário do ofendido, como se medir o dano moral fosse possível com uma régua quantitativa, um liame um tanto quanto sem fundamento humano aparente. Inovando conforme disciplina da medida provisória, quanto ao significado dos benefícios da previdência social, que a partir de agora funcionam como um critério pecuniário de indenização, algo no mínimo alarmante e incoerente. Como reafirma Diniz (2009) ao quantificar o dano moral o que deve ser levado em conta é o grau de culpa, se houver, juntamente com a gravidade da ofensa e as circunstâncias da vida do lesante e do caso em concreto, ou seja, não poderia se tratar de um cálculo matemático-econômico, devendo o juiz seguir as particularidades do caso, para então só assim haver um critério justo de fato a ser seguido pelo magistrado.

Tanto é que, conforme demonstrado anteriormente, a essência dessa questão já foi declarada inconstitucional pelo STF no caso da ADPF 130, quando foi analisada a constitucionalidade da lei de imprensa, ou seja, simbolicamente os fundamentos e a inconstitucionalidade continuam as mesmas. Já que o Supremo declarou o não enquadramento em uma tabela pecuniária, sob uma forma de limitação restritiva, para adequar os danos praticados pela imprensa, danos morais que violavam a intimidade, a imagem, a vida privada, a honra. De forma que, seria natural prever que tal semelhança será novamente declarada inconstitucional, pois,

é necessário e legítimo acreditar que a indenização dos danos morais resultantes das relações laborais, mereça ter o mesmo peso de tais ofensas, que se constituem de forma geral em danos aos direitos da personalidade dos seres humanos.

Além do que, uma reparação deve ser livre e em uma aproximada proporção ao caso especificamente sofrido para unicamente dessa forma ser possível se realizar o objetivo maior pretendido pela ciência do Direito, qual seja a adequada justiça, ou seja, uma solução sem exageros ou ausências. Tutelar por meio de uma tabela pautada na contraprestação ou na previdência, que pode corresponder de maneira muito disforme ao caso concreto, de forma fixa e prevista só aumenta em larga escala a possibilidade de não ocorrer à devida justiça. Consoante esse entendimento, é notório a tutela Constitucional a não estabelecer nenhuma forma de parâmetro da indenização por dano moral, sem encontrar nenhuma disciplina para essa estar sendo regida por valor pecuniário pré-estabelecido. Que inclusive, vale ressaltar entendimento de dispositivo Constitucional sobre o salário na passagem “sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”, ou seja, há uma visível contrariedade e ofensa o salário, ser parametrizado, à indenização ou a qualquer outra finalidade, mesmo que mascarado pela forma de ‘benefício da previdência’⁸⁴.

Em contrapartida, uma vez estabelecida em um estado transgressor, como parece ser o atual, essa forma inconstitucional de parâmetro, há de se reafirmar especial atenção aos valores pífios como os tutelados no parágrafo, que entre outras ofensas destacáveis além do princípio da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade, estimulam propriamente condutas dos maus empregadores, tendo em vista que encontram uma forma de legitimação da impunidade exatamente na letra de uma lei, em que quem puder pagar irá violar, fato que se torna ainda mais

⁸⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (BRASIL, 1988).

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO VINCULADA AO SALÁRIO MÍNIMO. VEDAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. Ao estabelecer o art. 7º da Constituição que é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma Constitucional venham a ter influências na fixação do valor mínimo a ser observado. Assim, se a indenização por dano moral é fixada em 500 salários mínimos, para que, inequivocamente, o valor do salário mínimo a que essa indenização está vinculada atue como fator de atualização desta, tal vinculação é vedada pelo citado dispositivo constitucional. (RE 225.488-1-PR. Rel. Min.: Moreira Alves. DJU-16-6-2000. STF, 1ª Turma) (BRASIL, 2000).

alarmante pelo fato de ser uma lei trabalhista. À título de exemplo, vale citar o caso emblemático Shell-Basf, que se fosse disciplinado pela seminova legislação trabalhista, teria que arcar com indenizações absurdamente baixas, incoerentes e desproporcionais com as circunstâncias desumanas e degradantes que as duas poluidoras acarretaram à vida dos trabalhadores. De forma que, se tem algo que a lei 13.467 antes ou depois de medida provisória, não merece, é ser chamada de legislação trabalhista⁸⁵.

O preço da dor moral do trabalhador está sendo tão ridicularizada em desconconsideração precípua ao princípio da proporcionalidade, que, por exemplo, um empregado que sofra uma lesão tida como grave a perder seus dois braços só receberia obedecendo a essa lei, em sua disciplina anterior, o valor de cinquenta mil reais, isto é, se seu salário correspondesse a um salário mínimo, aliás, como o salário mínimo atual nem alcança à quantia de mil reais, o valor recebido a título de reparação não alcançaria em definitivo o valor de cinquenta mil reais. Ou seja, um preço que pode ser irrazoável para reparar de alguma forma uma possível dor moral, de um possível caso concreto que ainda nem veio a acontecer, para que quando este vier já esteja previsto anteriormente o seu 'valor'. Um preço do dano, um preço da dor, e o valor da tutela do trabalhador para esta lei, um valor que pode corresponder a um preço degradante mesmo se calculada substituindo o tal parâmetro conforme disciplina atual. Nesse sentido, destacam brilhantemente os autores Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto:

⁸⁵ Art. 223-G. [...] § 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: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido [...] (BRASIL, 2017).

Art. 223-G. [...] § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. [...] (NR) (BRASIL, 2017).

Somos evidentemente contrários à tarifação ou ao tabelamento do dano. Em tese, trata-se de regulamento rígido, de fonte legislativa, de caráter generalizado e abstrato e que tem por função predeterminar montantes para cada tipo de dano moral. Esses “tetos compensatórios” ferem letalmente a regra da reparação integral e apenas enaltecem a discricionariedade do legislador em substituição à discricionariedade de uma sentença desprovida de fundamentação objetiva e apoiada meramente no subjetivismo. Mesmo que a norma apresente aparentes parâmetros técnicos, nunca se perca de vista que o ser humano não possui valor de mercado que seja objeto de apreciação científica pela lei de “oferta e procura”. Vale dizer não há um dano moral igual a outro! [...] (2015, p.332).

Constatando além do fato originador, a incoerência entre os valores escolhidos por esta lei ordinária para tutelar as mais diversas reparações por danos não materiais. Há de se destacar a jurisprudência inclusive de modo uniforme, do Superior Tribunal de Justiça ao conceder indenizações que regem casos semelhantes. As reparações sentenciadas levam em consideração as circunstâncias do caso concreto sem obedecer a uma forma fixada de forma anterior e abstrata, para só desse modo não ofender nem o princípio da proporcionalidade e nem o da dignidade, assegurando uma indenização com um valor significativo para se aproximar do sentimento de justiça a ser sentido pela vítima. Se caracterizando em indenizações que pela prática habitual, ultrapassam em larga escala os preços atribuídos pela lei 13.467, sendo aproximadamente de 300 a 500 salários mínimos, ou seja, o mínimo estabelecido pelo STJ consegue facilmente ser maior do que o chamado teto compensatório da tal nova redação trazida pela medida provisória, e absurdamente destoante da redação anterior, isso mesmo quando se enquadrasse no nível teto da tarifação, a lesão gravíssima. Uma diferença pecuniária gritante⁸⁶.

Desse modo, o que se pode aferir dos preços estabelecidos além da carência de coerência com os tribunais pátrios, é a constatação do valor

⁸⁶ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL ACIDENTE EM PLATAFORMA DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO. VÍTIMA FATAL. DANOS MORAIS FIXADOS EM VALOR DA VIÚVA E DOS FILHOS. 500 SALÁRIOS MÍNIMOS. RAZOABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 4. Por fim, em relação ao valor total (500 salários mínimos) fixado por danos morais em favor dos três réus, a viúva e seus dois filhos, encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta corte. [...] (AgRg no AREsp 199840 CE 2012/0140234-0 STJ. Rel. Min.: Raul Araújo. Quarta turma. Data de Julgamento: 06/08/2013. Data de Publicação 20/08/2013) (BRASIL, 2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. IMPRUDÊNCIA CARACTERIZADA. DEVER DA EMPREGADORA DE REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS. ARBITRAMENTO EM VALOR AJUSTADO AOS PRECEDENTES DO STJ (500 SALÁRIOS MÍNIMOS). [...] (APL 992050677747 SP. Data de Publicação: 11/02/2010. Data de Julgamento: 03/02/2010. Rel.: Edgard Rosa. Órgão Julgador: Trigesima Câmara de Direito Privado) (BRASIL, 2010).

completamente ridicularizante que essa lei que almeja ser essencialmente legislação trabalhista sem nem uma forma de contrariedade, proporciona ao trabalhador. Pois, uma reparação deve proporcionar à vítima um sentimento de compensação, o que de fato pode não se verificar se, por exemplo, a vítima receber a título de indenização uma quantia que para ela não é relevante e que nem para o autor é sentida, desse modo, não estaria se concretizando em uma justiça no sentido mais significativo da palavra. Restando como imperioso as circunstâncias de cada caso a serem observadas pelo competente arbítrio do magistrado. Além do que, valores tidos como altos têm um maior reflexo no sentido do alcance da impunidade que naturalmente pretende se evitar, até porque valores baixos estimulam propriamente uma ideia de vulnerabilidade. À título de exemplo, vale citar o caso do automóvel Ford-Pinto, um carro lançado pela marca Ford na década de 70, que apresentou problemas em sua estrutura interna, tornando-o absolutamente perigoso e mortal. Porém, invés dos automóveis serem imediatamente descontinuados, a Ford analisou os valores pecuniários, e descobriu ser mais barato pagar indenizações do que reparar o problema letal dos carros. Tal desumanização demonstra que a previsão de valores, essência de uma tarifação, faz com que a vida humana vire mero objeto de comparação de gastos. Como observa Gonçalves (2014), no dano moral o causador deverá sofrer um desfalque em seu patrimônio, pois servirá como uma forma de inibição da reincidência de tal conduta lesiva, de modo que o dano moral obteria um caráter punitivo de modo reflexo, servindo como um sentimento de compensação para a vítima.

Outrossim, vale ressaltar a diferença do grau de importância com o tratamento das indenizações por danos morais nos tribunais pátrios e nos tribunais dos Estados Unidos, por exemplo, em que se vem à tona um caso que ocorreu em 1996, de indenização por danos não materiais em que se ressalta a diferença de valores absolutamente mais altos e uma justiça mais célere de origem estrangeira, ao lembrar o caso da aeronave Fookker de número 100 da marca Tam Linhas Aéreas. Em que a Aeronave caiu logo ao decolar no aeroporto de Congonhas, em solo brasileiro. Fazendo com que os parentes das vítimas ao procurarem a justiça brasileira ganhassem uma indenização por danos morais em valores muito mais baixos do que se comparadas com os valores vultosos que as famílias brasileiras que procuraram uma indenização nos Estados Unidos aferiram fato que pôde

ocorrer devido à aeronave ter caído por um defeito em uma peça que era de construção americana.

Desse modo, abstrai-se que o tratamento dado aos danos morais de maneira geral, fora do país, parece ser bem mais relevante mesmo quando os nossos tribunais concedem indenizações aparentemente razoáveis, ou seja, mesmo quando os tribunais pátrios concedem reparações provavelmente proporcionais ainda sim não chegam nem perto dos valores atribuídos no campo internacional, o que se intensifica em uma diferença ainda mais gritante se comparada com os valores já perceptivelmente baixos da lei 13.467 ou da medida provisória respectiva. Entretanto, deve-se levar em consideração naturalmente, como afirma Diniz (2009), que para se conseguir uma homogeneidade pecuniária do dano moral, um dos pressupostos que o magistrado deverá seguir é o de respeitar o contexto econômico do país em que se opera. Fato que no caso do Brasil e dos Estados Unidos é algo bem distante. Assim, essas famílias aferiram indenizações de maneira mais rápida e em valores voluptuosamente maiores que as conferidas em solo brasileiro, o que se deve em grande parte a estrutura americana sem sombra dúvidas, porém, nitidamente também em razão da valoração com que os danos da alma são assistidos em outro solo.

As famílias tiveram a possibilidade de requerer indenização por danos morais, tendo em vista o dano moral reflexo, ou seja, não foram vítimas diretas do dano ocorrido, porém pelo grau de proximidade e por serem também atingidas em consequência pelo dano, foram legitimadas. Podendo receber, portanto, de maneira a caracterizar essa modalidade de dano, tendo em vista que não seria qualquer pessoa que tivesse alguma forma de perturbação moral, que estaria apta a incorrer na indenização. Espécie de dano moral esta, que o artigo 223-B⁸⁷ já explanado anteriormente, parece propositalmente desconhecer ao tutelar “Titulares Exclusivos” se referindo de maneira exclusiva a pessoa física e a jurídica, excluindo a possibilidade de outras pessoas tão legitimadas quanto, em virtude do dano moral em ricochete. Como menciona Gonçalves ao citar Carlos Alberto Bittar (2014),

⁸⁷ 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. (BRASIL, 2017)

mesmo um titular direto pode ser atingido de maneira reflexa pelo dano, o que diferencia para o titular indireto é que neste os efeitos do dano se dão de maneira consequencial, e não naturalmente reflexa seguindo uma linha lógica exclusiva de vítimas, podendo haver mais de um titular, por exemplo, a família e não tão somente o filho que sofreu o dano moral pela perda do pai, resultando em ações fundadas em interesses indiretos tão legítimos quanto.

À luz do parágrafo primeiro do artigo 223-G, em suas duas publicações⁸⁸, esse dano moral reflexo seria facilmente configurado nas hipóteses dos casos trabalhistas que envolvessem morte, por exemplo, em que os familiares requeressem a indenização cabível, e tivessem a surpreendente condição que o parágrafo traz uma desproporção acentuada ao estabelecer uma hierarquia de seres humanos, além de uma invasão flagrada à função do magistrado. Em que, por exemplo, se dois trabalhadores de um mesmo local de trabalho, se acidentassem e morressem de maneira completamente igual, ainda sim, o filho de um poderia ganhar uma indenização maior que o filho do outro funcionário. Tão somente porque um ganhava salário maior que outro colega de trabalho, mesmo tendo ocorrido a morte em condições iguais. Uma ofensa declarada ao princípio da isonomia. Fato repugnante que a medida provisória⁸⁹ surpreendentemente se preocupou em corrigir, estabelecendo que as condições de valores tabelados pertencentes ao novo parágrafo primeiro, não se aplicariam quando houvesse a morte de algum trabalhador.

⁸⁸ Art. 223-G. [...] § 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: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido [...] (BRASIL, 2017).

Art. 223-G. [...] § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. [...] (NR) (BRASIL, 2017).

⁸⁹ Art. 223-G. [...] § 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. (NR) (BRASIL, 2017).

Ocorre que, até mesmo no evento danoso em que não houvesse de fato a morte, mas em que dois colegas perdessem, por exemplo, um braço, de maneira completamente igual, em local de trabalho igual, sob as mesmas circunstâncias, poderiam receber ainda sim, compensações diferentes de acordo com a disciplina anterior. Porém, fato que continua como uma possibilidade mesmo diante da nova disciplina, pois, ainda não há a tentativa frágil da medida provisória definindo especificamente o tipo de lesão que aquele caso se enquadra, não há ainda uma tipificação padrão até do grau da lesão, de modo a ser reproduzida de maneira unitária nos tribunais. O caráter da fundamentação da reparação ser medida de maneira completamente dependente por quanto um ser humano ganha no mês ou ao decorrer dos anos sob uma porcentagem em forma de ‘benefício’, é no mínimo repulsiva, havendo como consequência generalizante, uma forma de punição por ser trabalhador. Sobre os direitos violados, destaca Valério de Oliveira Mazzuoli:

São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Tais direitos devem constar de todos os textos constitucionais, sob pena de o instrumento chamado Constituição perder totalmente o sentido de sua existência, tal como já asseverava o conhecido art. 16 da Declaração (francesa) dos Direitos Do Homem e do Cidadão de 1789: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. (2014, p. 23)

Provocando de fato, diferentes categorias de seres humanos, em uma mesma empresa, como também entre indivíduos e trabalhadores. Pois, se um mesmo fato ocorresse no meio da rua, por exemplo, vitimando uma pessoa que tivesse trabalhando naquela situação e outra que tivesse só de passagem sem nenhum nexo empregatício com aquele evento danoso, esta seria tutelada de outra maneira a receber uma indenização conforme a regra convencional civilista de nosso país. Enquanto o trabalhador seria restringido à disciplina que essa lei ou medida provisória pretendem, delegando visivelmente os trabalhadores a um patamar de seres humanos que merecem receber menos. Uma lei infraconstitucional estabelecendo critérios para o princípio constitucional da dignidade, disciplinando a não igualdade constitucionalmente assegurada e criando níveis humanos ao distinguir trabalhadores e não trabalhadores, massacrando a justiça do Trabalho com todo o seu cunho protecionista para uma forma legítima de adstrição aviltante.

Contudo, além da consequência do dano com suas indenizações tabeladas quantitativamente de maneira nebulosa, há de se ressaltar essa classificação de

graus, do que seria uma lesão leve, média, grave ou gravíssima, como tutela o parágrafo primeiro em seus dois momentos. Por isso que, conforme dito anteriormente, a medida provisória ainda não se preocupou em corrigir essa questão. Pois, mesmo que ela traga um aplacamento parcial da isonomia ao estabelecer uma tentativa de ‘padrão salarial’ a partir do teto da previdência, e não mais de cada diferente salário, esse padrão ainda vai depender de sua multiplicação por graus absolutamente diferentes, que podem continuar a estabelecer tais categorias de seres humanos. O paradoxo é que, tal classificação é usada como justificativa para conferir uma maior segurança jurídica aos diversos casos de indenização por danos morais que assolam o judiciário trabalhista brasileiro, fazendo com o magistrado tivesse uma ideia falaciosa de facilitação ao realizar sua função, para que dessa forma, utopicamente, o grande número de processos trabalhistas diminuísse, pois, sob esse pretexto incongruente estariam influenciando negativamente na economia, sendo inclusive os responsáveis pela crise. Nesse sentido, vale destacar as palavras de Rodrigo Mendes Delgado:

A possibilidade de se deturpar um instituto jurídico pode ocorrer a qualquer momento e em qualquer época. Basta se portar em relação ao mesmo com ausência de bom senso, razoabilidade e racionalidade [...] E neste momento entra em ação a perspicácia do julgador. (2011, p. 134).

Justificativas tais, usadas para admissão dessa lei, com uma base amplamente discutível, pois, por mais que tivessem algum cunho plausível, não seria reformando ou subvertendo um instituto como tal que se encontraria a imaginável solução. Além do que, há de se ressaltar que a justiça do trabalho exatamente por ser uma ciência especializada e não comum como sugere a pretensão dessa lei, é uma das justiças mais rápidas do Brasil, explicitando, um dos pretextos que não se sustentam. Como preceitua novamente Delgado (2014), o direito do trabalho sempre foi desde seu nascimento um elo entre os direitos alcançados pelos trabalhadores e a entrada na economia com condições modernistas e progressistas, contribuindo com o país tanto no setor social como o financeiro. Ao mesmo tempo em que tutela, respeitando as condições para esse desenvolvimento ocorrer.

Há de se salientar que a complexidade não é justificativa para adequações normativas forçadas que desrespeitam as regras basilares da nação e peculiarmente do próprio instituto ao qual pretende se incorporar. A ideia de inconstância do direito

do trabalho se deve a própria natureza de uma ciência do direito operando em seu próprio objetivo, qual seja o de regular uma sociedade assegurando todos os direitos da qual se faz merecedora, acompanhando então, dessa forma, todas as mudanças que venham a provocar um novo estruturamento. Assim, se fazem necessárias modificações de cunho legislativo e jurisprudencial, porém, modificações legítimas e coerentes, para atender de modo a se adequar aos desafios propostos pela inconstância que se faz naturalmente em uma sociedade. Observam os autores Gagliano e Pamplona Filho (2014), que a relação laboral é indubitavelmente uma das relações mais complexas da sociedade moderna, exatamente por já trazer de forma completamente natural, interesses inversos, sem se precisar de algum caso concreto que fizesse nascer essa tal eletricidade social. A qual todos os casos de trabalho subordinado já a contém, porque como bem reconhece o ordenamento jurídico, há uma desigualdade e uma subordinação visível e irremediavelmente constante.

Nesse sentido, a falácia da segurança jurídica não é novidade ter sido almejada como um dos pretextos dessa disforme reforma. Sob o respaldo de que haveria muitas decisões judiciais trabalhistas sem uma forma de controle, versando sobre um mesmo assunto de maneira muito diversificada, ocasionou-se uma limitação para os casos que envolvessem esses danos extrapatrimoniais, naturalmente já tão dificultosos de haver uma forma de controle ou de base, como se existisse de fato um padrão a ser seguido. Ou seja, negou-se a natureza do instituto, em nome de uma falta de equivalência, tentando erroneamente classificar algo não passível de ser materializado sobre esse enfoque. Mesmo que existisse um padrão a ser seguido pelos juízes nas indenizações extrapatrimoniais, esse padrão não poderia ser absoluto e não poderia não ser flexibilizado, senão muito mais que falta de sensibilidade estaria a flagrante falta de justiça ao caso concreto, e é exatamente nesse sentido que atua a tariffação. Como assevera Cavalieri Filho (2014), o arbitramento judicial é a melhor opção de fato, pois, não há outro meio mais habilitado para se operar nessa perspectiva, só o juiz usando de suas atribuições de modo fundamentado, analisando as especificações de cada caso, é que poderá chegar a um valor que corresponda a uma justa indenização do dano moral.

Desse modo, além da questão de fato invasora da atividade do magistrado, que na procura desesperada por fazer valer o padrão disposto na lei teria que adequar os diversos casos que lhe desafiassem, não haveria mais a plenitude de sua função prometida, ele seria um mero 'encaixador' dos modelos já lhe apresentados. Assim, não seria uma facilidade seria uma intromissão. De modo que, tal praticidade parece que estaria longe de ser alcançada, pois, o terreno de controvérsias cresceria cada vez mais, já que não seria possível afunilar os artigos que trazem a classificação das naturezas dos danos acompanhada de seus peculiares preços, ou de fazer com que cada julgador pensasse igual até na hora de classificar aquela dor em questão aos níveis apresentados. O juiz se curvaria às pretensões do legislador infraconstitucional, e ainda sim, o resultado poderia não ser o ordenado. Ao tempo em que ele desprezaria princípios, como o da lealdade processual, que preceitua principalmente a figura do juiz como meio necessário para formalizar a justiça e desse modo punir qualquer conduta que a contrarie. Nesse sentido aponta Marcos Lacerda Almeida Filho:

A separação de poderes, objeto de cláusula pétrea, delinea-se: pela investidura e permanência das pessoas num dos órgãos do governo, as quais, ao exercerem as atribuições que lhes foram conferidas, atuam num raio de competência próprio, sem a ingerência de outros órgãos, com liberdade, organizando serviços e tomando decisões livremente, sem qualquer interferência alheia, mas permitindo colaboração quando a necessidade o exigir. Em última análise, a independência das funções do poder político, uno e indivisível, exterioriza-se pelo impedimento de uma função se sobrepor em relação à outra, admitidas as exceções participantes dos mecanismos de freios e contrapesos. (2014, p. 52)

Assim, a segurança jurídica como um motivo para a publicação da tabela tarifária prometendo diminuir o número de processos trabalhistas, é de fato mais uma justificativa infundada, além do que, é notório que a maioria dos processos que invadem o judiciário trabalhista, versa em quase sua maioria por algo que essa lei ou medida provisória muito provavelmente alastrará a falta de cumprimento das leis trabalhistas. Essência que a lei da reforma aparentemente traz em si. Incoerente desse modo é apontar o julgamento dos juízes trabalhistas como causa para o crescimento de processos. Mais incoerente ainda, é acreditar ser possível de fato fazer com que cada magistrado tivesse o mesmo tipo de critério do que ser um dano leve, o mesmo tipo de padrão do chamado dano médio, ou tenha a certeza precípua do que consiste o dano moral grave e o que merece ser alçado ao posto de dano moral gravíssimo. Para que dessa forma pudesse então fundamentar como as

peessoas sentiriam as dores, para assim as classificar de maneira igual. Como se a explicação do dano ou pior da dor, estivesse na sua classificação que tem que ser obedecida de maneira completamente equivalente nos diversos casos, e não na exposição de motivos da decisão judicial que a fundamentaria de maneira única a depender das circunstâncias do caso. Ou seja, sua função natural, que passa agora a ser irrelevante e desconsiderada.

Em uma tentativa normativa de se ir contra a natureza do instituto, o legislador infraconstitucional disciplinou, e a única coisa que conseguirá aparentemente será o surgimento de mais dúvidas e mais processos, porque qualquer um poderá lançar mão e com total razão, de um recurso de revista questionando a não adequação do dano à classificação ora feita. Uma forma de controle equivalente que não tem possibilidade de operar nesse instituto, mas que foi forçosamente elencado. Como leciona Maria Helena Diniz:

Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. (2009, p. 101)

Na verdade, aparentemente, se almejou uma pautação jurídica, uma fixação de patamares de sentenças iguais a casos diversos em que o instituto complexo da indenização extrapatrimonial tivesse uma sujeição objetiva e análoga, fazendo com que o órgão julgador fosse um mero obediente reproduzidor da lei, além de retirar todo o caráter desse tipo de dano para que ele pudesse ser adequado mesmo que o preço a ser pago fosse uma injustiça desumana, transformando à força o subjetivo em objetivo para que assim não houvesse surpresas desagradáveis em termos de sentenças diferentes, e ao bolso do empregador. É primordial pensar que uma lei não é e não pode representar ser algo tão insensível, desumano, repressor e desprovido de bom senso. Além do que, lei nenhuma pode ensinar ao direito o que é fazer Justiça. Nesse sentido, leciona Paulo Roberto de Gouveia Medina:

O legislador ordinário não terá o arbítrio de conceber qualquer tipo de processo, mas haverá de adotar, necessariamente, um processo consentâneo com o modelo constitucional, fiel aos princípios que o legislador constituinte fixou, preordenando, assim, as linhas básicas da lei processual. [...] o ideal do acesso à Justiça consubstancia-se no direito ao processo, e este só se efetiva quando aquele é plenamente realizado. [...] para que se possa ter como assegurado o acesso à Justiça, que não significa, apenas, o “mero acesso aos tribunais”, mas traduz, necessariamente, o direito de “acesso à ordem jurídica justa” [...] (2012, p. 10)

Dessa forma, há a restrição que se pode aferir da tentativa visível de se invadir a esfera da função do magistrado em seu livre julgamento, transformando-o em um mero ‘Boca da lei’, ensinando quais as condições a serem consideradas e os parâmetros a serem fixados, acabando por confundir e humilhar a sua função. Nas palavras de Lenio Luiz Streck:

Carlos Maximiliano, [...] entendia que interpretar é a busca do esclarecimento, do significado verdadeiro de uma expressão, é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, tudo o que na mesma se contém. [...] Maria Helena Diniz entende que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. [...] extrair, da norma, tudo que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. (2007, p.95)

Em que a sua interpretação sistêmica do caso concreto com suas especificidades, objetivando fazer valer a ordem constitucional, seria algo a ser desconsiderado, tornando banal o mero obedecer à separação dos poderes, havendo um culto desproporcional a uma espécie de império da lei. Porém, há um excesso da disciplina, uma crise institucional, de modo a não respeitar os limites naturalmente impostos, flagrando uma intromissão funcional, promovendo um embate com o princípio da motivação das decisões judiciais⁹⁰.

Seguindo a ordem dos parágrafos finais do 223-G, o magistrado inverterá o salário parâmetro por conveniência do parágrafo segundo⁹¹, que permanece intocado pela medida provisória. Dessa forma, o teor parece que teria um mínimo de bom senso ao inverter a ordem do salário, para não ser ainda mais humilhante e, impossível, diga-se de passagem, para o trabalhador ter que pagar uma indenização que teria como pagamento a base salarial do empregador. É essencial interpretar que foi em uma pretensão de bom senso e não de total ausência de impossibilidade e não adequação a realidade.

⁹⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

⁹¹ Art. 223-G [...] § 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. (BRASIL, 2017).

Impossibilidade parecia ser o principal elemento ao interpretar o teor do parágrafo terceiro em sua disciplina anterior⁹². Pois, previa algo que poderia ser que nunca ocorresse, a reincidência nessa perspectiva. Já que o instituto utopicamente regulamentado se trata de dano, vale ressaltar que obedecendo à tabela este pode ser também de maneira grave ou gravíssima, inclusive com o elemento morte, o que por si só já cortaria a mera possibilidade desse polo processual existir de novo. E assim, da reincidência como um todo se operar, pois, o parágrafo previa que taxativamente ambas as partes deveriam incorrer. Todavia, a medida provisória traz nova disciplina corrigindo esse particular, porém, de modo ainda nebuloso⁹³.

Tendo em vista que, continua em uma tentativa de regulamentar de maneira inaugural um instituto emprestado, tal qual é a reincidência, só que dessa vez vindo da ciência do direito penal, operando em um empréstimo ultrajante. Em que na área penalista a reincidência é tratada de maneira inversa ao que a seminova trabalhista pretende, pois, é usada como uma forma de inibir a repetição de condutas, para não fomentar novamente ao aprisionamento. Já na nova redação trabalhista, há primeiramente a reincidência sendo tratada de maneira plenamente prevista, como se fosse algo que ocorresse com algum costume, o que não se opera, pois, a maioria dos casos que lotam o judiciário trabalhista são levados pela mão de algum empregado que se encontra em demissão do seu antigo emprego, ou em casos de acidentes. Ocorrências tais, que cortam ou ao menos deveriam cortar, a mera hipótese de uma tal reincidência. Além do que, os demais casos, em larga escala versam sobre situações que estão ocorrendo no emprego de maneira consequencial, sucessiva, e não repetitiva. De modo que, o legislador parece se preocupar principalmente em reger situações não adaptáveis, ou então os danos tidos como leves, que provavelmente oportunizariam uma reincidência, constituindo alguma forma de 'merecimento' ao ter tal indenização dobrada.

Assim, parece que a nova redação continua a elencar conceitos inaplicáveis, ou úteis apenas para um determinado grupo. O que simbolicamente representa a

⁹² Art. 223-G. § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. (BRASIL, 2017).

⁹³ Art. 223-G. § 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. [...] (NR) (BRASIL, 2017).

reincidência ser tratada na letra de uma lei dentro desse contexto é o mau estímulo e a perpetuação de más condições de trabalho previsíveis. Promovendo a algo plenamente possível de ser realizada, uma naturalidade que inflará os maus empregadores, fazendo com que eles tenham até em nível de reincidência, a possibilidade de escolha entre criar mecanismos que protegessem seu empregado dos riscos, ou de simplesmente escolher a reincidência, uma vez que, até o teto pecuniário do dobro do valor, já é de conhecimento pleno, pois se encontra assustadoramente legislado, de modo que ele simplesmente poderá analisar qual conduta será mais favorável ao seu bolso. Funcionando como um respaldo realizado absurdamente por uma lei trabalhista, em que flagra-se novamente a máxima absurda de que quem puder pagar, simplesmente vai incorrer.

Assim, a medida provisória cria um conceito deturpado de tal instituto operando em uma atecnia desmedida, promovendo uma ressignificação forçada de seu conceito, utilizando a reincidência como um critério pecuniário, criando seu valor sob que condições e delimitando seu lapso temporal, ambos em conveniência com suas pretensões. Havendo inovação quando disciplina um parâmetro pecuniário a ser seguido, em que se houver a reincidência só se poderá haver restritivamente a quantia igual ao dobro já da paga, nem mais nem menos, mesmo se houvesse merecimento, ou seja, a reincidência agora virou um valor pecuniário fixo. Como se não fosse o bastante, adiciona um prazo delimitado para reclamar o dano sofrido, em até dois anos, ou seja, há uma restrição clara e precisa da sua ocorrência tão somente se obedecer ao lapso temporal, com todo um rebuscamento de ser depois do trânsito em julgado, como disciplina o parágrafo quarto⁹⁴. Disciplinando de forma tão técnica que poderá perder a própria essência de uma reincidência que ousar ocorrer antes, durante ou depois do que a legislação impõe, perdendo-se o objetivo em nome de uma tecnicidade abstrata, objetivando mascarar o retrocesso que ocorre. Assim, parece que para o poder legislativo nacional atual, o instituto da reincidência nada mais é do que puramente uma forma conveniente de metodologia de indenizações.

⁹⁴ Art. 223-G. [...] § 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória. (NR) (BRASIL, 2017).

Portanto, o 223-G em seu parágrafo primeiro é o responsável pela disciplina mais polêmica do título dos danos extrapatrimoniais da lei 13.467/17, bem como da medida provisória 808/17, tendo em vista que a invasão inconstitucional continua. Promovendo a interpretação de que inconstitucional é a tarifação de algo não possível de ser quantificado, sendo uma previsão fadada ao fracasso ao generalizar e prever as circunstâncias do caso concreto. Ou o que é mais alarmante, tratar como se elas fossem dispensáveis, conferindo um caráter de banalidade desumana aos danos morais. O ilegal é a tarifação, e o humilhante são os valores previamente estabelecidos, tanto na disciplina anterior quanto na 'nova'. São aviltantes os números baixos e inexpressivos para os quais o legislador se preocupou em fixar, aliás, nada mais são do que a coroação da injustiça e da desumanização do instituto. Nas brilhantes palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

A tarifação ou qualquer estudo matemático não é critério adequado para danos morais em geral, porque amordaça a distribuição da Justiça [...] Sempre que se tarifa o valor de um dano, corre-se o risco de o próprio legislador conceder um salvo-conduto ao ofensor para transgredir a norma. [...] O juiz avaliará a magnitude da lesão sofrida pela vítima, utilizando-se da prova, da realidade que o cerca e das máximas da experiência. Ademais, em se tratando de dano moral, a mesma situação pode atingir de forma diversa cada pessoa. (2009, p.304)

Sobre esse enfoque, a única inovação no sentido mais significativo da palavra, trazida pela discutível Medida Provisória de número 808, que prometia frear os exageros reformistas mais hediondos, é a disciplina de seu parágrafo quinto. Em que a tarifação não será aplicada aos casos que envolvam o elemento morte, trazendo surpreendentemente um caráter mínimo de reconhecimento da dignidade do trabalhador pela primeira vez em toda essa matéria⁹⁵.

Destarte, em sede da problemática base, seja qual for o dano utopicamente classificado de maneira não uniforme que de fato ocorra, será regido por um valor possivelmente inadequado, desproporcional, que em nada comporta o evento ao qual se refere, e que não encontra nenhuma margem com a Constituição, ou mesmo com a CLT, ou com o Código Civil, ou o Código do Consumidor. Muito possivelmente, seja o mesmo valor com o qual veem a figura do trabalhador, ou para o quanto à justiça do Trabalho está valendo sob esse prisma. Um preço aviltante. Trata-se do que a triste realidade dessa lei impõe simbolicamente. E quem

⁹⁵ Art. 233-G [...] § 5º Os parâmetros estabelecidos no §1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. (NR) (BRASIL, 2017).

executará essa exata disciplina será o magistrado, que aos olhos do legislador infraconstitucional, possui provavelmente seu arbítrio confundido com arbitrariedade, para ser um alvo tão recorrente com o caráter de um mero fantoche. Restringindo totalmente a justiça do Trabalho, desconsiderando que o judiciário é essencial à democracia em qualquer ramo que seja.

Os tais preços de vida já são disciplina, desesperadamente em vigor, já foram calculados em uma matemática torpe e desumana que não se preocupa nem em parecer que não está ridicularizando o Direito do Trabalho. Porque os preços estabelecidos nada mais são do que isso, o rebaixamento dos direitos trabalhistas e a exteriorização do degrau cinquenta vezes inferior que o ser humano denominado trabalhador possui aos olhos da lei 13.467/17 e da sua medida provisória improdutiva. Ressaltando que, lei nenhuma pode ter o poder de ensinar ao direito o que é fazer justiça.

Recentemente, em 28 de Março de 2018, foi anunciada a possibilidade de queda da Medida Provisória 808/2017. Que perderá sua validade no dia 23 de Abril deste ano, se não for votada a tempo. Há de se salientar que até o momento não há nem reunião marcada e que a comissão se encontra sem presidente. Explicitando um jogo entre as casas legislativas e o poder executivo, tal medida surgiu sob um pretexto nebuloso e emergencial, como se fosse um estratégico recurso de garantia para que a lei 13.467/17 pudesse seguir sem as objeções que se fazia tão merecedora. Isso significa dizer também, que a lei 13.467/2017 será plena, valerá integralmente, com todos os absurdos constantes em seu texto original. Aliás, como a relações legislativas e executivas ocorrem de maneira astuciosa, há de se ressaltar que pelo menos até o momento, é assim que se segue o estado da legislação trabalhista domada⁹⁶.

⁹⁶ O presente trabalho teve sua data de conclusão em Abril de 2018.

6. CONCLUSÃO

Assim, o instituto do dano moral continua mais uma vez a ser uma incógnita tanto para a jurisprudência quanto para a doutrina brasileira. E, mostrando cada vez mais, ser um terreno em que não dá para semear objetividade e padronização esperando ter como resultado justiça e igualdade. Pois, é um ramo que não nasceu para se adequar a um dogmatismo disfarçado de justiça. Porque é desse modo que estaria presente a sua domesticação, como uma flagrante aplicabilidade de injustiça e desumanização ao caso concreto.

Uma vez que, os valores da alma acarretam danos que são impossíveis de serem previstos e tarifados, por isso mesmo a sua dificuldade antiga e ao mesmo tempo recente, e muito provavelmente, eternamente. Já que a complexidade dos danos morais é o que explica a sua própria essência. No dia que eles não forem controversos e se encontrarem tabelados, eles não serão mais danos morais, serão danos materiais em que o objeto é a alma dos cidadãos, os danos emergentes seriam o preço da violação dessa alma, e os lucros cessantes seriam os momentos em que a alma deixaria de viver em virtude do sentimento provocado. Possibilidades visivelmente impossíveis de virem a ser aferidas sobre esse prisma.

Tendo em vista que, os direitos da personalidade ou os direitos da alma, não mudam de cidadão para cidadão, não há uma hierarquia como a pretensão da lei sugere. Um trabalhador não vale mais nem menos que um cidadão comum que não esteja trabalhando no momento do caso fortuito. São todos seres humanos, os quais devem ser recepcionados em sua integridade máxima, o princípio da dignidade continua a valer para todos indistintamente, e não será uma lei irremediavelmente descabida que mudará isso. Pode não ser coincidência que o Brasil tenha sido o último país das Américas a libertar seus escravos, mas é reconhecida a liberdade. E essa forma de delegação dos trabalhadores a um nível inferior, não passará despercebida, como já não está passando, afinal, não é à toa que a polêmica já circunda essa nova legislação desde seu nascimento.

Assim, a carteira de trabalho não pode ser vista como um meio repressor que restringe e separa seres humanos. O direito do trabalho não pode perder todos os seus anos de luta e ser retirado do patamar de um meio social, fundamental, protetor, para um degrau esquecido, rebaixado, tolhido e despersonalizado. É nesse

sentido que, aparentemente atua a desumana e inconveniente lei 13.467/17, conveniente apenas para determinado grupo. Seja nesse prisma específico, ou toda nela, como mostra as pesquisas recentes. Incorporando os ideais do trabalhador como um ser despersonalizado, e o direito do trabalho como um instituto fácil de ser domesticado. Nesse sentido, convém lembrar, que o trabalho no Brasil, pode até ter muito passado pela frente, mas os anos de conquistas trabalhistas não foram realizados inutilmente. E a sua capacidade de se reerguer, de lutar e de se revoltar para realizar os princípios do Direito do Trabalho em sua plenitude, dignos de respeito, é algo que já faz parte da sua história, e continuará, esperançosamente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Marcos Lacerda. **A Participação do Poder Executivo no Processo Legislativo**: O Caso Brasileiro. São Paulo: LTr, 2014.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?** : ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do Trabalho. 16. Ed. São Paulo: Cortez, 2015.

ARAGÃO, Severiano Ignácio de. **O Dano Moral na Prática Forense**. Ideia jurídica, 1998.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coleção Homero Pires. V. II. São Paulo, 1933. Ed: Saraiva

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Out. 2017.

BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452. **Consolidação das Leis do Trabalho**: promulgado em 1º de Maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 10 Out. 2017.

BRASIL. Lei Nº 10.406. **Código Civil**: promulgado em 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10 Out. 2017.

BRASIL. LEI Nº 13.105. **Código de Processo Civil**: promulgado em 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 17 Out. 2017.

BRASIL. LEI Nº 13.467. **Reforma Trabalhista**: promulgada em 13 de Julho de 2017. Vigência. (Vide Medida Provisória nº 808, de 2017). Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de

24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em: 10 Out. 2017.

BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA** Nº 808 DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm> Acesso em: 15 Nov. 2017.

BRASIL. Lei Federal n. 4.117. **Código Brasileiro de Telecomunicações**: promulgado em 27 de Agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm> Acesso em: 07 Nov. 2017.

BRASIL. Lei Federal n. 4.737. **Código Eleitoral**: promulgada em 15 de Julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm> Acesso em: 07 Nov. 2017

BRASIL. Lei Federal n. 5.250. **Lei de Imprensa**: promulgada de 09 de Fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm> Acesso em 07 Nov. de 2017.

BRASIL. Lei Federal n. 7.565. **Código Brasileiro de Aeronáutica**: promulgado em 19 de Dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm> Acesso em: 07 Nov. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9ª Edição. Revisada E Atual. Rio de Janeiro : Forense, São Paulo: Método, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: Responsabilidade Civil**. 23. Ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano C.; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe P. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, volume 3**. 2ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 5ª Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 3: Responsabilidade Civil**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HOBSBAWM, Eric. **Os Trabalhadores: Estudo Sobre a História do Operariado**. Trad. Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. 5ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004. O Valor do Dano Moral: Como chegar até ele / Rodrigo Mendes Delgado. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 Ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouveia. **Direito processual Constitucional**. 5ª ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de Bréde et de **O Espírito das Leis**. Trad.de: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

PERROT, Michelle. **Os Excluídos da História: Operários, Mulheres e Prisioneiros**. Seleção de textos e introdução Maria Stella Martins Bresciani. Trad. Denise Bottmann. 7 ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Paz e Terra, 2017.

PORTO, Marcius. **Dano Moral – Proteção da Consciência e da Personalidade**. Leme / SP: Mundo Jurídico, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Danos Extrapatrimoniais no Direito Do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª Ed. Revisada. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção Direito Civil; v. 4).