

A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS COMO EXEMPLO DA TENSÃO ENTRE DIREITO E JUSTIÇA: o processo judicial como narrativa e os limites da experiência

Paulo Henrique Blair de Oliveira¹

1 - Introdução

O advento da Emenda Constitucional de número 45, a o afirmar a competência material da Justiça do Trabalho para o exame das ações em que é postulada a indenização por danos morais havidos no âmbito das relações de trabalho no inciso VI, de seu artigo 114 (BRASIL, 2007^a), viabilizou todo um debate em torno da efetivação da proteção da personalidade no âmbito do trabalho, explorando possibilidades em torno desta garantia constitucional (artigo 5º, X, da Constituição Federal) e de sua vinculação com a valorização do trabalho humano como norma que também possui “status” constitucional (artigo 170, “caput”, da Constituição Federal).

O debate sobre esta efetividade (que, aliás, já havia sido iniciado no âmbito da Justiça do Trabalho mesmo antes da edição da referida emenda constitucional), porém, não pode se esquivar do que tem sido um ponto nodal comumente encontrado mesmo nas discussões já tradicionais sobre a compensação aos danos causados à personalidade: a quantificação de tais danos.² O discurso de vários dos tribunais trabalhistas quanto às dificuldades em torno desta quantificação faz uma verdadeira confissão de que o tema contém em si um paradoxo e um limite interpretativo: a compensação por um tipo de dano que é ligado à intimidade e à configuração de personalidade da vítima (e que, por definição, escapa a uma identidade absoluta para com a experiência pessoal de qualquer outro, inclusive a do julgador), a tentativa de estimar, em termos de compensação monetária, algo que não é compensável monetariamente.

O presente artigo parte da análise de algumas decisões judiciais que são exemplos mais claros destes limites e paradoxos³ para tomá-los como exemplo da tensão localizada por Derrida (2007a, p. 46) entre Direito e Justiça e indagar, considerada a relação hermenêutica entre narração, memória e experiência, se a teoria de adjudicação de direitos de Dworkin encontra aqui um limite à apresentação do Direito como uma integridade principiológica que tanto exige como viabiliza a realização simultânea de justiça e de certeza normativa, ofertando uma única resposta correta a cada caso (DWORKIN, 1999, p. 305-306).

A trajetória para o exame desta questão neste artigo será feita em três partes: uma discussão em torno da relação hermenêutica entre narrativa, experiência e memória e o confronto desta relação com as ambições epistemológicas de um grau de certeza para o ato de julgar, as objeções levantadas por Derrida quanto à plena possibilidade de atingimento da justiça, e o tratamento desta possibilidade pelo uso que Dworkin faz da hermenêutica filosófica na sua teoria da adjudicação de direitos.

A relevância de tal confronto, vista sob a ótica de exemplos concretos de decisões em torno de uma garantia constitucional reside em perguntar se a busca pela efetividade da Constituição através do sistema judicial há de ser necessariamente sucumbir ante uma crítica

1 Juiz do Trabalho - Mestre e Doutorando em Constituição, Direito e Estado

2 Quanto ao debate que a fixação de danos morais nas ações civis em gerais ainda se mantinha ativo, cf. apenas de forma exemplificativa Benasse, 2003 e Aquino, 2006.

3 Brasil, 2007b; Brasil, 2007 c; Brasil, 2007d; Brasil, 2007e; Brasil, 2007f. A escolha por decisões emanadas de tribunais regionais do trabalho, e não do Tribunal Superior do Trabalho resulta da circunstância de que a quantificação de indenização por danos (sejam eles morais ou de outra natureza) requer, na maioria das vezes, o reexame de fatos e provas que o tribunal superior não fará (no caso do Tribunal Superior do Trabalho, cf. a súmula 126 daquela corte). E, na maioria das vezes, é n esta possibilidade/necessidade de atender a argumentação recursal em torno dos da melhor adequação dos fatos colhidos na instrução processual às pretensões indenizatórias que são postas a nu os paradoxos e contradições na argumentação utilizada para a fixação da compensação por danos morais.

desconstrutivista, tal como aquela apresentada por Derrida ou se tais críticas em verdade somam-se a uma perspectiva hermenêutica e assim aprofundam o debate em torno da adjudicação judicial de direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de um debate da teoria pela teoria, nem a redução de uma proposta teórica a outra, mas de uma discussão do quanto podemos, à luz de ambas as perspectivas teóricas, manter um olhar crítico sob nossas práticas constitucionais sem o desperdício da experiência institucional (e portanto também histórica) acumulada em meio a elas.

2 - Narração e articulação entre memória e experiência: quais são as certezas que nossos atos de julgamento podem abrigar?

O exame de algumas das decisões tomadas em dois tribunais regionais do trabalho sobre o tema da quantificação de danos morais (os tribunais da 2ª e da 10ª regiões) permite extrair contradições presentes na adjudicação da proteção à personalidade sofre. Na decisão do recurso ordinário 4.587/2001, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região é colhida a afirmação de que:

A indenização por dano moral não tem a pretensão de recompor o prejuízo sofrido pela vítima, visto que a dor moral não pode ser reparada. Cumpre ao juiz, ao quantificar o valor da reparação do dano, levar em conta “as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado”, de modo a propiciar que a reparação cumpra além da função compensatória, as funções preventiva e sancionatória. (BRASIL, 2007b).

Se o dano não pode ser compensado em termos pecuniários, como cogitar de uma reparação pecuniária destinada à vítima? Como pensar em uma indenização do que não pode ser indenizado? E, mais ainda, como se tomar esta indenização impossível como o ponto de partida para a realização de outras funções que, alegadamente, a pressupõe (funções “preventiva” e “sancionatória”, seja qual for o entendimento que se possa dar a estes adjetivos)?

Mesmo quando se lança mão de uma noção comum (pouco teorizada aqui) do que seja “razoabilidade e proporcionalidade” como critérios de aplicação do direito estas contradições estão presentes. Veja-se da decisão tomada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no julgamento do recurso ordinário 1.215/2006:

Entre o desprezível e o avultoso, entre a insignificância e o enriquecimento, o valor da reparação do dano moral deve ser determinado segundo critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo-se em conta, basicamente, a condição sócio-econômica das partes, a natureza da agressão e as demais circunstâncias que cercam os fatos. Há de ser valor que, de um lado, permita ao ofendido uma compensação como conforto pelo dano que não tem medida e, ao ofensor, um valor que lhe sirva de lição e exemplo, para conscientização geral da reprovação da conduta ofensiva. (BRASIL, 2007f).

Nem mesmo um uso vago e claramente não teórico das idéias de “proporcionalidade” e “razoabilidade” permite ocultar que, no fim, a fixação de indenização por danos morais pretende uma compensação por danos cujo grau de subjetividade os qualifica, de antemão, como danos incapazes de serem medidos. O verdadeiro paradoxo desta tentativa e a sua vinculação com a impossibilidade de uma “transcrição judicial plena” da subjetividade da vítima estão enunciados pelo mesmo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região nos argumentos utilizados no julgamento do recurso ordinário 1.892/2004:

A indenização por maus-tratos sofridos encerra uma análise extremamente subjetiva da situação; a compreensão do sofrimento de alguém só pode ser dimensionada, ao menos em seu aspecto emocional, por quem já tenha passado pela mesma experiência. Portanto, o estabelecimento de valores indenizatórios pelo Juiz, via de regra, traz uma compreensão que em verdade é meramente fictícia. Os valores morais aviltados não pode ser retratados economicamente. O que se passa no âmago de cada indivíduo não pode ser detalhado de maneira uniforme; a particularização traduz uma concepção específica do que seja vida íntima, vida privada, honra e imagem pessoal. A indenização por danos morais não quantifica o sofrimento pessoal; possui apenas efeitos pedagógicos, visando a inibição da prática de atos ou fatos indesejáveis. (BRASIL, 2007e).

Esta clara percepção do grau de subjetividade envolvida na violação à personalidade pode, como ocorre nesta decisão judicial, levar até mesmo ao abandono de qualquer pretensão de que a indenização por danos morais sirva à compensação da vítima, enveredando-se no caminho improvável de que, como sanção pecuniária, estas indenizações sirvam em verdade para “a inibição da prática de atos ou fatos indesejáveis”. Ou, por vezes, uma solução “conciliatória” entre estas tarefas “de modo a satisfazer, a um só tempo, o interesse de compensação do lesado, de um lado, e a repressão à conduta do agressor, de outro”, como aquele mesmo tribunal afirmou no julgamento do recurso ordinário 443.228/2001 (BRASIL, 2007d). As perplexidades que são lidas nas entrelinhas destes argumentos judiciais, remetem-se, em última análise, à frustração de um critério “objetivo” para a fixação de tais indenizações, como admitiu o mesmo tribunal no julgamento do recurso ordinário 2.766/2002 (BRASIL, 2007c).

Novamente a indagação sobre as certezas na adjudicação do direito surge, quase que como uma névoa que obscurece o debate teórico em seu nível mais profundo. A armadilha gerada pela opacidade teórica pode ser medida na análise de Bárbara Smith, que a situa na consecução de um objetivo da epistemologia clássica (a produção de uma “verdade” que transcenda a história, as culturas e as circunstâncias humanas) e revela que a frustração neste objetivo pode levar aquele que julga tanto a justificar a sua recusa ao debate interpretativo, como também pode servir de amparo à redução da argumentação a um ato de decisão política, ambos sob o pressuposto que, de todo modo, não é possível amparar adequadamente qualquer juízo sobre a aplicação de normas (SMITH, 1998, p. 31-32 e p. 34). Mas, se para esta mesma autora, “... nenhum juízo é ou poderia ser objetivo no sentido clássico de ser justificável em bases totalmente transcendentais com relação ao contexto e independentes do sujeito” (SMITH, 1998, p. 39-40),

...a pressuposição alternativa, a simetria normativa e/ou epistêmica, não é a idéia de que todos os juízos e crenças, incluindo os nossos próprios, são “igualmente bons” ou “igualmente válidos”, mas a idéia de que todos os juízos e crenças, incluindo os nossos próprios, são produzidos e operam igualmente de modo contingente, ou seja, são formados em resposta a condições mais ou menos particulares e variáveis (experienciais, históricas, culturais, discursivas, circunstanciais e assim por diante) e operam com maior ou menor validade (em uma acepção de aplicabilidade, força e adequação) em relação a tais condições. (SMITH, 1998, p. 41).

Será que a argumentação acima é correta não apenas em seu diagnóstico, mas também na proposta que contém? Em outras palavras, o recurso à hermenêutica filosófica pode servir como aprofundamento do debate efetivo sobre o modo construção de juízos na questão atinente à fixação da indenização por danos morais?

Como visto das transcrições e das referências feitas anteriormente, os tribunais incumbidos de tais juízos confessadamente encontram os obstáculos na subjetividade que caracteriza a experiência das vítimas e a possibilidade de esta experiência ser narrada e compartilhada textualmente. Portanto, é útil aqui uma reflexão sobre o modo como, sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, a narração pode (e em que limites ela o pode) articular a relação entre memória e experiência.

A reflexão lúcida de Ricoeur relembra a proximidade entre a narrativa história e a narrativa em que consiste o processo judicial, para notar que ambos são tributários de uma forma da ativação da memória – todavia, uma memória que nunca é transcendentalizada de modo kantiano, mas sempre mediatizada por experiências que articulam tempo histórico e espaço ocupado na narração. O que, em outras palavras, significa que a memória é parte do processo (tanto histórico, quando judicial), mas não os esgota (RICOEUR, 2004, p. 146-147). Se, na observação de Ricoeur, o testemunho “abre um processo epistemológico, a partir da memória, que passa pelo arquivo e por documentos, e se completa na prova documental”, estes testemunhos ao final apenas se integram a uma narrativa, uma representação do passado. Por este motivo, todo o testemunho – carreador

primário de uma memória presencial – assume, no ver de Ricoeur, uma posição dialógica curiosa: aquele que como testemunha invoca a memória de fatos em verdade já o faz na posição de seu narrador e, implicitamente, fundamenta a sua narrativa no pedido de ela seja aceita com verdadeira (RICOEUR, 2004, p. 161 e p.164). É possível assim concluir que a narrativa processual pretende não apenas uma descrição de fato, mas uma verdadeira atribuição de sentidos às experiências narradas. É uma narrativa que em si já incorpora um paradoxo: ela pretende ser o instrumento cognitivo e de persuasão do sentido que ela mesma constrói. Parte deste paradoxo é visto nas decisões judiciais que foram trazidas para a observação deste texto, na medida em que elas invocam como corretos os critérios de fixação de indenizações por danos morais exatamente ao argumento de que não é possível construir uma narrativa “acurada” da experiência sofrida pela vítima.

Trata-se, contudo, de um paradoxo rico de possibilidades, bastando notar que a chamada à memória do sofrimento (que não pode ser descrito de forma precisa, mas - e se e quando tanto - apenas interpretativamente narrado) permite o exercício de um papel restaurativo que requer necessariamente a ativação da memória. Ricoeur (2004, p. 412) pontua, com grande acerto, que esta ativação faz a diferença entre perdão e esquecimento, e apenas o primeiro é judicializável, já que o segundo nem mesmo pode ser expresso dialogicamente. De fato, em outro de seus textos Ricoeur resgata a relação narrativa/temporalidade/linguagem, dizendo ser esta última não o meio carregador das primeiras, mas antes o que atribui sentido às duas primeiras, através do sentido wittgensteiniano da expressão “jogos de linguagem” (RICOEUR, 1999, p. 180). Daí ser mais correto falar, hermeneuticamente, que a própria identidade do narrador não é reproduzida como um idem no texto (reprodução esta que seria invariável temporalmente), mas como um *ipsis*, isto é, com sentidos que estão temporalmente abertos e que podem viver a sua confirmação ou a sua revisão a depender de circunstâncias futuras absolutamente imprevisíveis de antemão (RICOEUR, 1999, p. 215-216). Neste ponto é que a incerteza confessada nas decisões judiciais analisadas neste artigo podem ser tomadas também como produtiva, por confessar tanto a possibilidade quanto a necessidade de que o sentido de direitos mantenha-se aberto à ressignificação.

Porém, mesmo considerados os cuidados que a hermenêutica de Ricoeur possui ao recordar a historicidade das certezas, é preciso perguntar se esta hermenêutica não tende a uma ontologia que, por via transversa, acabe incidindo em boa parte dos problemas iniciais que ela procurava evitar, particularmente a absolutização do ato de julgar como um ato que, se incorporar a reflexão sobre sua própria historicidade, será um ato de justiça. E a resposta a esta indagação é positiva, já que o próprio Ricoeur termina por confessar como por fim assume esta perspectiva sobre o ato de julgar:

Creio, então, que o acto de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que divide a minha parte da vossa e o que, por outro lado, faz com que cada um de nós tome parte na sociedade.

É esta justa distância entre os parceiros afrontados, demasiado próximos no conflito e demasiado afastados um do outro na ignorância, no ódio ou no desprezo, que resume bastante bem, penso, os dois aspectos do acto de julgar: por um lado cortar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer reconhecer cada um a parte que o outro ocupa na mesma sociedade, em virtude do que o ganhador e o perdedor do processo seriam reputados ter cada qual a justa parte no esquema de cooperação que é a sociedade. (RICOEUR, 1995, p. 168-169).

É precisamente contra a ontologização da justiça que Derrida fará seu alerta, cujos termos serão examinados no próximo tópico.

3 - Derrida: (im)possibilidade da justiça?

Embora também incorpore boa parte dos argumentos de Wittgenstein acerca da

impossibilidade de que a linguagem seja tanto objetivada quanto plenamente subjetivada⁴, a crítica de Derrida vai bastante além das preocupações hermenêuticas sobre a contextualização dos sentidos nos diversos jogos de linguagem temporal e espacialmente. Derrida já se volta para os problemas presentes no paradoxo de um direito que se funda a si mesmo. Derrida nota que, precisamente por este paradoxo, é quando menos problemática a aplicação de uma teoria discursiva apoiada nas categorias de atos de fala ao direito, na medida em que, por exemplo, a Declaração de Independência que é considerado documento fundante dos Estados Unidos da América é assinada pelos que se afirmam representantes de um povo que somente é constituído como tal através daquela mesma declaração (DERRIDA, 2002, p. 49). Porém é da ocultação deste mesmo paradoxo, no próprio texto da Declaração de Independência percebe que ele (o paradoxo) é útil para que o direito possa tratar ele mesmo de uma contradição performativa: constituir a realidade que ele mesmo pretende regular doravante (DERRIDA, 2002, p. 51-52).

Este modo de se aproximar do direito, desde o início atento tanto à contradição de seus fundamentos, como simultaneamente lançando mão destas contradições na busca de um papel legítimo⁵ para o direito permite, no dizer de Teubner (2006, p. 12-13), que Derrida suplante a paralisia que poderia resultar de uma postura desconstrutiva, para permitir que um certo grau de ontologização da justiça seja não apenas percebido como necessário, como também seja exercido reflexivamente, sob as exigências de uma alteridade constante.

A superação a que se refere Teubner é feita a partir da preocupação de Derrida de examinar como “... julgar o que permite julgar, aquilo que se autoriza o julgamento”, para, com apoio na distinção já feita por Montaigne entre o direito e a justiça, lembrar que “A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento.” (DERRIDA, 2007, p. 5 e p. 21). Após esta distinção, e verificando a possibilidade de que o direito seja, por força disto mesmo, submetido a uma desconstrução, Derrida simultaneamente observa que a justiça, se existe para fora e para além do direito, não pode ser ela mesma desconstruída, o que traz a perspectiva de que a própria justiça seja vista como desconstrução (DERRIDA, 2007, p. 27).

Esta afirmação sem dúvida abre portas não apenas para críticas na adjudicação dos direitos fundamentais, mas especialmente para esta adjudicação: é possível tomar-se as decisões judiciais que foram trazidas como objeto de análise deste artigo como demonstrações de que o atingimento da justiça não se realiza jamais de forma plena por quaisquer critérios apriorísticos que se possam desenhar normativamente, mas simultaneamente a desconstrução destes critérios viabiliza um papel legítimo para o direito. Não que a justiça em si possa ser experimentada de modo pleno – como igualmente a subjetividade da vítima de violência contra a sua personalidade não o pode ser senão pela própria vítima – já que “A justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estatura, não fosse uma experiência de aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um apelo à justiça” (DERRIDA, 2007, p. 30). Esta é a demonstração de que o direito em si não assegura a justiça, no comentário correto de Vismann de que “Em contraste com o direito, desconstrução nunca afirma que pode assegurar esta direção rumo ao melhor. Desconstrução é, antes de tudo, uma promessa e não uma doutrina. Sua jus-radicalidade ou seu apelo por justiça não está apoiado em grandes giros dialéticos. É uma teoria da aproximação rumo àquilo que ela mesmo desconstrói” (VISMANN, 2005, p. 7, tradução livre)⁶.

Esta aproximação de Derrida rumo ao justo, mesmo já com a plena concepção de que

4 Para uma análise mais detalhada da proximidade entre Derrida e Wittgenstein no que toca à crítica a uma linguagem objetivada cf. Sonderegger, 1997, especialmente p. 186-190.

5 O debate em torno da possibilidade vista por Derrida de legitimidade no direito pela via de sua desconstrução envolve uma segunda vertente tão ou mais importante do que aquela examinada neste artigo, que é a distinção entre a violência fundante e a violência que apenas conserva o direito. Neste sentido, cf. Derrida, 2007, p. 61 e ss, no texto em que é feita análise da “Crítica da Violência” de Walter Benjamin.

6 Em igual sentido, cf. Dokic, 1998, p.452.

a justiça não pode ser atingida de forma absoluta, é possível na medida em que a dispensação de decisões justas é tomada aqui como esforço de conciliação entre as particularidades de uma situação concreta e a generalidade das normas, que não realizam por si a justiça precisamente por serem cegas a estas particularidades. A pergunta que Derrida (2007, p. 31) formula é: “Como conciliar o ato de justiça, que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduo, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu como o outro, numa situação única, com a regra, a norma, o valor ou imperativo de justiça, que têm necessariamente uma forma geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é, cada vez, singular?” Neste instante, ainda que tomando a justiça como um por-vir, Derrida se aproxima muito da forma como Dworkin se vale da hermenêutica na construção de uma teoria da adjudicação, já que para Derrida o indecível reclama uma solução ao direito que não negue a norma e que tampouco negue a busca pela justiça (DERRIDA, 2007, p. 53 e p. 46-47).

A justiça como vazio, permitida pela desconstrução do direito em Derrida, portanto, não é tanto um vazio “de que”, porém mais um vazio “para que”: um vazio para que o lugar da justiça não seja considerado como de antemão assegurado pela norma, nem por uma idéia de que a adjudicação de direitos possa apenas formalmente obtê-la. Um vazio para que circunstâncias específicas de cada caso sejam ignoradas, como se cada experiência humana, por ser singular e subjetiva, não devesse compor precisamente por isto o campo argumentativo que o aplicador do direito deverá necessariamente enfrentar.

A desconstrução aqui funciona semelhantemente ao modo como Derrida enfrentou a tarefa de argumentar como a epistemologia, reconectada a suas bases filosóficas críticas, permite enfrentar a prisão de um logos objetivado lançando mão das inúmeras possibilidades abertas por uma escrita não-fonética. Deste modo, a razão serve aqui para por limites à própria razão, assumindo que toda linguagem é constitutiva de uma realidade, e não apenas a sua representação e transcrição (DERRIDA, 2005a, p. 3 e p. 42). Se a linguagem não pode ser compreendida senão com estruturalmente indeterminada, também a ciência que por ela se expressa só pode ser marcada por uma narrativa que emerge em sua precariedade no preciso instante em que poderia ingenuamente pensar que ela obteve fundamentos sólidos nos quais se apóia (DERRIDA, 2005b, p. 12).

Portanto o modo de pensar o direito de Derrida enfrenta, de forma bastante direta, uma circunstância própria da modernidade, mas que apenas se torna visível nesta fase de modernidade tardia. Trata-se do problema de como a modernidade, ao liberar o ser humano de uma fundamentação a qual ele devesse necessariamente se remeter, através das noções de igualdade e liberdade (de resto, e não por acaso, também as mesmas noções que constituem o núcleo do constitucionalismo), inventou o indivíduo e o posicionou em um paradoxo:

A modernidade rompe com todas as formas de sociedade que a antecederam, ao deixar de enxergar na ordem social um destino predeterminado por uma força transcendental e exterior à vontade dos homens. No mundo moderno, o indivíduo e a sociedade são condenados a se autoproduzirem, a inventar o futuro. Aliás, só na modernidade o indivíduo e a sociedade se auto-representaram como entes autônomos de outras ordens da vida social (natureza, religião), (...) A autoreprodução do indivíduo deu lugar a uma série de direitos, de instituições e de ideologias, através dos quais os modernos se tornaram reprodutores de seu futuro (SORJ, 2004, p. 110-111).

De outra parte, a modernidade agora pode lançar mão da razão para estabelecer a crítica desta mesma razão e, mediante esta reflexividade, escapar do aparente esgotamento que lhe era imputado (ROUANET, 2005, p. 228). Se há uma lógica moderna nesta reflexividade, é uma lógica que suspeita de seus limites e requer uma possibilidade de dissenso permanentemente aberta, até para que se possa pensar a inclusão de novas identidades que vão se formando ao longo das relações sociais mais e mais complexas e também progressivamente imprevisíveis e improváveis

(GIANOTTI, 2006, p. 394).

As observações críticas de Derrida, como visto, não se negaram a um uso reflexivo da razão e à desconstrução lingüística das certezas epistemológicas que se apresenta como realmente ingênuas a este ponto. Porém, se sua crítica também ultrapassou, em vários momentos, um projeto de reconstrução da modernidade, o modo como Derrida supera o impasse da legitimidade no direito permite reaproximá-lo de um projeto tão inserido nos pressupostos da modernidade quanto a concepção dworkiniana de direito como integridade?

Neste artigo se propõe uma resposta afirmativa a esta indagação, na medida em que a concepção de Dworkin quanto ao que seja direito, e quanto à racionalidade adequada a sua adjudicação nesta modernidade reflexiva, também enfrenta a mesma distinção, tensão e complementaridade que Derrida observa entre direito e justiça. Este é o argumento que se pretende expor no próximo item.

4 - O direito como integridade e pretensão de uma adjudicação correta

Se é certo que a modernidade produz uma imensa ansiedade existencial, precisamente porque não é mais capaz de apontar para um centro ontológico que seja fixo (GIDDENS, 2002, p. 41-42), esta angústia é vista no desencaixe de uma razão absolutizada em sua abstração e generalidade (que é o modelo, por excelência, da razão legislativa kantiana) e a indeterminação que é posta pela modernidade como sua própria condição hermenêutica (BAUMAN, 1999, p. 65-66). Dworkin enfrentará esta tensão (entre o abstrato e o concreto, entre o legislar e o adjudicar o direito), tensão que é vista por Derrida como propiciadora de uma diferença que não representa a negação da razão, mas que são a própria afirmação do que ainda possa restar dela pela possibilidade do acolhimento do outro como (DERRIDA, 1988, p. 639-640). E Dworkin o fará mediante um recurso que não somente é apto a captar a imersão hermenêutica necessária à que esta tensão seja operada de modo produtivo, mas sem reduções mútuas: a invocação da experiência estética literária. O que é, em si mesmo, uma forma de que a razão se abra para argumentos que nada têm de neutros ou objetivos, mas que tampouco desperdiçam a trajetória da experiência (CHUEIRI, 2004, p. 187 e p. 189).

A analogia que Dworkin faz entre a experiência de produção e de interpretação literária e a experiência do direito articula tanto a dimensão temporal da experiência narrada processualmente como a dimensão principiológica dos juízos normativos cuja incidência é pretendida. Isto porque a narração (re)construtiva feita interpretação e aplicação do direito não apenas volta os olhos ao passado institucional de uma comunidade, como enfrenta os desafios da circunstância específica presente e ainda projeta para o futuro consequências plausíveis (ainda que não sejam absolutamente necessárias) da interpretação adotada agora. E, ao mesmo tempo, esta decisão não pode deixar de tomar como presentes tanto a necessidade de afirmar a certeza das normas jurídicas (em sua generalidade e abstração) como também as exigências de justiça que requer o cuidado com as especificidades do caso concreto (DWORKIN, p. 273-274 e p. 306-307).

Do cumprimento destas exigências surge uma das mais controvertidas afirmações de Dworkin (2002, p. 429-430), a noção de que mesmo os chamados casos controvertidos possuem uma só solução jurídica correta, porquanto esta solução terá características tão únicas quanto o caso apresentado – e, é claro, somente será adequada para aquele caso (DWORKIN, 2000, p. 179). Neste sentido, não é correta a compreensão de parte dos que se debruçam sobre o pensamento de Dworkin no sentido de que esta correção seria atingida apenas no nível procedimental, e não no nível substancial⁷.

⁷ É de Carlson (2007, p. 19) a afirmação da existência de uma só resposta correta é vinculada somente à correção do procedimento decisório adequado e não à interpretação que dele resultar. Porém, esta interpretação do pensamento de Dworkin termina por negar um aspecto fundamental do procedimentalismo que se acha em sua formulação, qual seja, a idéia de que o cuidado para com o procedimento não é um fim em si, mas se volta à produção não de qualquer conteúdo decisório, mas de decisões que

Cumpra indagar: as decisões judiciais trazidas para análise neste artigo, ao admitirem a impossibilidade da fixação de parâmetro prévios na estipulação da indenização por danos morais, não negam a proposta dworkiniana da existência de uma só resposta correta? Ou, para dizer com outras palavras, não seria correta a crítica de Rosenfeld (2006, p. 36 e p. 38-41) a esta proposta teórica, no sentido de que ela possui menos conteúdo substantivo do que necessário e de que, paradoxalmente, quando é posta em prática resulta em um “fechamento” interpretativo que nega o pluralismo necessário ao direito em uma sociedade hipercomplexa?

A resposta aqui é negativa. Em primeiro lugar porque o argumento de Rosenfeld quanto à pequena carta de substantividade da análise de Dworkin trata a teoria de adjudicação dworkiniana como se a observância do direito como integridade fosse o resultado de um equilíbrio (uma proporcionalidade, portanto) entre certeza do direito e justiça. Porém, a noção de direito como integridade é precisamente oposta à idéia de qualquer sacrifício mútuo, por menor que seja, entre estas exigências. Para Dworkin, não há entre elas qualquer medida de proporção ou de equilíbrio, mas uma tensão que as permite compreender como complementares e simultaneamente realizáveis.

Em segundo lugar porque a noção de uma só resposta correta, ao estar hermeneuticamente vinculada às especificidades daquele um só caso (o qual é tratado aqui como o conceito hermenêutico-filosófico de evento⁸). Deste modo, é a natureza contingente desta decisão que permitirá, para usar a expressão de Derrida, que o lugar da justiça permaneça vazio. Esta aparente insegurança jurídica, em verdade, é a forma de se lidar com o paradoxo fundante que a modernidade impôs sobre o direito. Por este motivo é que, mesmo consideradas as contradições e paradoxos existentes nos argumentos aplicados na fixação judicial das indenizações por danos morais, não há que se abrir mão das exigências do direito como integridade em prol de argumentos de eficiência judicial (DWORKIN, 1985, p. 186). Discrição judicial em Dworkin, portanto, é substituída pela necessidade de observância do direito como integridade, o que torna o pensamento dworkiniano uma teoria de adjudicação que não padece da infantilidade epistemológica de pretender que um método desonere o aplicador da tarefa de operar esta tensão entre direito e justiça (DWORKIN, 1963, p. 624). A existência dos casos difíceis colocados sob a decisão do alegórico “juiz Hércules” não remete a uma indecidibilidade que se confunda com o arbítrio judicial. Tais casos em verdade demonstram, como Dworkin (1975, p. 1.107-1.109) pontua, que o direito como integridade, ao não permitir sacrifícios mútuos entre liberdade e igualdade, entre certeza das normas jurídicas e justiça em cada caso concreto, a imprescindibilidade de que uma teoria da adjudicação afirme a existência de uma só resposta correta para cada caso, ainda que tal correção seja, é claro, restrita ao caso examinado.

5 - Conclusão

Os argumentos trazidos neste artigo demonstram que o recurso à hermenêutica filosófica empregada por Dworkin em sua teoria da adjudicação não acha propriamente um limite na desconstrução preconizada por Derrida. Ao contrário, tomado o processo judicial como uma reconstrução narrativa que vai articular sempre memória e experiência, a integridade principiológica exigida por Dworkin não anula a tensão que Derrida considera como constitutiva da experiência normativa humana na modernidade (a tensão direito/justiça). As dificuldades expressas nas decisões judiciais que se debruçam sobre a fixação de uma quantia para indenização de danos

reafirmem o direito como integridade, sem o que, segundo Dworkin, são negadas a liberdade e a igualdade que uma comunidade jurídica tenham erigido como fundamentais que são a razão tanto da supremacia da constituição quanto da possibilidade de um *judicial review* das normas que refogem ao parâmetro constitucional (DWORKIN, 1999, p. 443/444).

8 Por força da historicidade que a hermenêutica filosófica localiza em cada ato humano (tomado sempre com um ato de compreensão e de atribuição de sentidos), uma determinada experiência será por definição não repetível, já que aquele mesmo aqueles que se envolvem em sua realização ou com sua análise acumulam, nesta experiência, um novo cabedal de conceitos que servirá como ponto de partida diverso quando e se um fato semelhante tornar a ocorrer (GADAMER, 1999, p. 512-513).

morais não representam uma irracionalidade que deva ser legislativamente corrigida – até porque a modificação das normas não resolve os problemas presentes na adjudicação delas. Ao contrário, é nesta incerteza que se abrem a possibilidade para que o lugar da justiça não seja ocupado em definitivo, impedindo tanto a atenção às especificidades de cada caso, como também reduzindo a abertura futura que se exige dos sentidos das normas em uma sociedade moderna.

O esforço para que a tensão entre direito e justiça seja mantida e percebida em sua produtividade é, em outras palavras, o esforço para que a adjudicação de direitos fundamentais não se faça na lógica do sacrifício entre tais garantias constitucionais. Em tempos de sítio a várias das conquistas constitucionais – e, talvez, de sítio ao próprio constitucionalismo – é preciso uma cautela especial no debate sobre as teorias de adjudicação de direitos, para que, parafraseando Gadamer, a reificação do método interpretativo do direito não produza a desconstitucionalização sob o pretexto de produzir verdades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, R. D. C. Critério de fixação do valor da indenização nas ações onde se postula apenas dano moral – Brasil 1998-2006. Disponível em <http://www.fdc.br/Revista/..%5CArquivos%5CRevista%5C9/01.pdf>. Acesso em 27 jul. 2007

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao >. Acesso em: 20 jan. 2007a

BAUMAN, Z. Modernidade e ambivalência. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BENASSE, P. R. A Personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARLSON, D. G. Dworkin in the desert of the real. Disponível em www.ssrn.com>. Acessado em 10 jan. 2007.

CHOUERI, V.K. de. Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Nova York, 2004, 262 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculty of Political and Social Science, New School University.

DERRIDA, J. De la gramatologia. Trad. O. Del Barco; C. Ceretti. Disponível em <http://personales.ciudad.com.ar/Derrida>>. Acessado em 14.12.2005a.

_____. Declaration of Independence. Trad. Elizabeth Rottemberg. In: ROTTEMBERG, E. (org). Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001. Stanford: Stanford University Press, 2002.

DOKIC, V. Reading Derrida's "Force of Law: the mystical foundation of authority". *Facta Universitatis, Philosophy and Sociology series*, Belgrado, v. 1, n. 5, p. 449-454, 1998.

DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*. Newark, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963.

_____. El círculo lingüístico de Ginebra. Trad. Carmen González Marín. Disponível em <<http://personales.ciudad.com.ar/Derrida/ginebra.htm>>. Acessado em 30.11.2005b.

_____. Força de lei: o fundamento místico da "autoridade", trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, H.G. Verdade e Método. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

GIANOTTI, J. A. Lógica da emancipação. In: NOVAES, A. (org). A crise da razão. São Paulo: Cia das Letras, 2006.

GIDDENS, A. Modernidade e identidade. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. Hard cases. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 88, n. 6, p. 1.057-1.109, 1975.

_____. Law's ambition for itself. *Virginia Law Review*, Charlottesville v. 71, n. 2, p. 172-187, 1985.

_____. Levando direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Memory, history, forgetting. Trad. Kathleen Blamey e David Pellauer. Chicago: Chicago University Press, 2004.

_____. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. O justo ou a essência da justiça. Trad. Vasco Cassimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RICOEUR, P. Historia y narratividad. Trad. Gabriel Aranzueque Sahuquillo. Barcelona: Paidós, 1999.

ROSENFELD, M. Dworkin and the one law principle: a pluralist critique. Disponível em <www.ssrn.org>. Acessado em 20 dez. 2006.

ROUANET, S. As Razões do Iluminismo. São Paulo: Cia das Letras, 2ª ed. 2005.

SMITH, B. H. Crença e resistência: a dinâmica da controvérsia intelectual contemporânea, trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

SONDEREGGER, R. A critique of pure meaning: Wittgenstein and Derrida. European Journal of Philosophy. Oxford. v. 5, n. 2, p 183-209, 1997.

SORJ, B. A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

TEUBNER, G. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. Trad. Iain L. Fraser. Separata de: PEREZ, O.; TEUBNER, G. Paradoxes and inconsistencies in the law. Portland: Hart Publishing, 2006.

_____. The politics of friendship. Trad. Gabriel Motzkin. The Journal of Philosophy. Newark, v. 85, n. 11, p. 643-644, 1988.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Indenização. Quantificação. Recurso Ordinário 4.587/2001. Evelyn Carvalho de Freitas Pimenta e Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda. Relator: Juiz Marcos Roberto Pereira. 12 j ul. 2002. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007b.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Dano moral. Indenização. Quantificação. Recurso ordinário 2.766/2002. José Aparecido Nardy e Transprev M. Processamento e Serviços Ltda. Relatora: Juíza Maria Inês Ré Soriano. 18 mai. 2004. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007c.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Dano moral. Quantificação. Recurso ordinário 443.228. Carlos Vasquez Martinez e Neusa Maria de Oliveira. Relator: Juiz Rafael Pugliese Ribeiro. 11 jun. 2002. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007d.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Indenização por maus-tratos sofridos. Remessa de ofício 1.982/2004. Fundação Estadual do Bem Estar do Menor e César Augusto Horta. Relator: Juiz Rovirso Aparecido Boldo. 15 ago. 2006. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007e.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Reparação. Quantificação. Recurso ordinário 1.215/2006. Sebastião Rosa da Costa e Gelre Trabalho Temporário S.A.. Relator: Juiz Eduardo de Azevedo Silva. 6 de fev. 2007. Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 4 jun. 2007f.

_____. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VISMANN, C. Derrida, philosopher of the law. German Law Journal. v. 6, n. 1. Disponível em <<http://www.germanlawjournal.com>>. Acessado em 15 abr. 2005.