



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROBERTA ARRECHEA

A IMPOSSIBILIDADE DE TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A
LEI Nº 13.467/2017: uma análise a partir do direito como integridade

Brasília, DF
2019

ROBERTA ARRECHEA

A IMPOSSIBILIDADE DE TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A
LEI Nº 13.467/2017: uma análise a partir do direito como integridade

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito, elaborada sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

Brasília, DF
2019

ROBERTA ARRECHEA

A IMPOSSIBILIDADE DE TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A
LEI Nº 13.467/2017: uma análise a partir do direito como integridade

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito, elaborada sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

Brasília, DF, 1º de julho de 2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (Orientador)
Universidade de Brasília

Prof.^a Ana Paula Villas Boas
Universidade de Brasília

Prof.^a Dr.^a Talita Tatiana Dias Rampin
Universidade de Brasília

A Deus, a quem devo a vida.

À minha família, a quem devo tudo o que sou.

Aos meus amigos, pelo companheirismo e apoio em todos os momentos.

Aos meus professores, pelos vastos ensinamentos compartilhados.

Ao meu orientador, sem o qual este trabalho não teria sido possível.

RESUMO

O presente estudo analisa o regramento dado pela Lei nº 13.467/2017 ao dano extrapatrimonial trabalhista, em especial o artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado em virtude da Reforma Trabalhista, que introduziu a polêmica questão do tabelamento da indenização por dano extrapatrimonial na seara laboral. Visando demonstrar a inconstitucionalidade do referido dispositivo, destaca-se a arquitetura principiológica humanística e social da Constituição Federal de 1988 e a conseqüente necessidade de uma reparação justa e ampla dos danos sofridos, que deve ser fixada caso a caso. Para tanto, é adotada a concepção científica de princípios como efetivas normas jurídicas e realçada a incorporação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Fundamenta-se essa orientação na teoria do direito como integridade proposta por Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Dano Extrapatrimonial. Reforma trabalhista. Lei nº 13.467/2017. Direito como integridade.

ABSTRACT

This study analyses the ruling established by the Law nº 13.467/2017 about extrapatrimonial damage, specially the article 223-G from the Labor Relations Code, added by the Labour Reform, which introduced the controversial matter of fixing compensation for extrapatrimonial damage in labour area. In order to demonstrate the unconstitutionality of this article, the humanistic principiological architecture of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the consequent need for a fair and large compensation for extrapatrimonial damage stands out. Therefore, the scientific conception of principles as effective legal norms is adopted and the constitutional incorporation of the principle of human dignity as a vector of interpretation of the entire Brazilian legal system is highlighted. This suggestion is based on the theory of Law as integrity proposed by Ronald Dworkin.

Keywords: Extrapatrimonial Damage. Labour Reform. Law nº 13.467/2017. Theory of Integrity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O DANO EXTRAPATRIMONIAL	9
2.1	O CONCEITO DE DANO MORAL	9
2.2	AS VARIAÇÕES TERMINOLÓGICAS	10
2.3	O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL	12
2.4	A SUPERAÇÃO DA IRREPARABILIDADE DO DANO MORAL	14
2.5	O DANO EXTRAPATRIMONIAL E O INDECIDÍVEL	16
2.5.1	Derrida: a separação entre direito e justiça	16
2.5.2	A necessidade de decidir o indecidível	19
2.5.3	A superação da irreparabilidade do dano moral e o indecidível	20
3	A POSITIVAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO BRASIL	22
3.1	A INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS NO DIREITO BRASILEIRO	22
3.2	A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO	24
3.3	O <i>QUANTUM</i> DO DANO E A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA	26
3.3.1	Critérios para a fixação do montante financeiro pertinente	26
3.3.2	O processo judicial como narrativa	28
3.3.3	Os limites e paradoxos presentes nas decisões judiciais	29
3.4	O TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL IMPOSTO PELA REFORMA TRABALHISTA	31
4	O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A IMPOSSIBILIDADE DE TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	34
4.1	A TESE DE DWORKIN ACERCA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA	34
4.1.1	A integridade	34
4.1.2	O direito como integridade	35
4.1.3	O combate à discricionariedade judicial	37
4.1.4	A necessidade de resposta correta	40
4.1.5	O tensionamento entre direito e justiça e a tese de uma única resposta correta	41
4.1.6	A reparação dos danos extrapatrimoniais: uma análise individual ...	45
4.2	DEMAIS RAZÕES DA IMPOSSIBILIDADE DO TABELAMENTO IMPOSTO PELA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	48
4.2.1	Uma leitura moral da Constituição	48
4.2.2	Uma análise dos precedentes judiciais	51
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Não podemos ignorar a tensão existente nos dias de hoje. De um lado, a concepção neoliberal defende a flexibilização das condições de trabalho em prol de uma maior lucratividade da empresa; de outro, há uma hermenêutica que exalta o solidarismo constitucional, valorizando a função social da empresa e a promoção de tutela aos direitos de personalidade. Em outras palavras, de um lado, existe a visão proprietista do empresário, o qual pode dispor livremente de seus empregados, inclusive de maneira constrangedora, e, de outro, uma concepção que inibe atos abusivos do empregador que ofendam a dignidade do trabalhador, indivíduo tutelado por nossa Constituição e titular do direito à indenização por dano extrapatrimonial (DALLEGRAVE NETO, 2013, p. 55-56).

Neste contexto, a reforma trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467/2017, veio com a proposta de "modernizar" a legislação trabalhista, com o intuito de garantir maior geração de empregos e competitividade na corrida por investimento internacional. Contudo, o legislador, na tentativa de conseguir resultados positivos na economia rapidamente, não cuidou dos direitos constitucionais dos trabalhadores, tendo realizado alterações que desamparam e fragilizam o dano extrapatrimonial e, conseqüentemente, violam a Lei Maior (CRISTOFOLINI JÚNIOR, 2018, p. 228-229). Com o objetivo de criar um disciplinamento específico e peculiar ao tema dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista, ela introduziu um título na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) exclusivamente para tratar do tema (Título II-A), composto dos artigos 223-A ao 223-G. Em seu artigo 223-G, optou pelo tabelamento da indenização em se tratando desta espécie de dano, o qual é extremamente importante para a defesa dos direitos de personalidade inerentes à dignidade da pessoa humana, elemento fundamental para o Estado Democrático de Direito.

Examinando o direito comparado, vislumbra-se a existência de dois modelos distintos quanto aos critérios de fixação do valor da indenização por dano extrapatrimonial: no primeiro, não há nenhuma previsão legal de critério objetivo, devendo o juiz arbitrá-lo conforme parâmetros construídos pela jurisprudência ou pela lei, como ocorria no Brasil até a reforma trabalhista e ainda ocorre, por exemplo, na França e Finlândia; no segundo, a lei prevê critério objetivo, deixando uma margem ao julgador para arbitrar dentro dos limites legais, como ocorre no Brasil depois da reforma e nos Estados Unidos, Irlanda e Portugal (NASCIMENTO, 2017, p. 1038).

Uma das principais críticas direcionadas à reforma trabalhista diz respeito a sua propensão "desregulamentadora", fundamentada na ideia de que o "livre"

encontro das vontades individuais é capaz de produzir a norma ótima a reger as relações entre patrões e trabalhadores, afastando o patamar mínimo civilizatório assegurado pelas normas; ironicamente, em face da referida reforma, a ausência de limitação de valores para o arbitramento da reparação por dano extrapatrimonial era vista com bom olhos pela doutrina, já que a própria natureza dos direitos imateriais da personalidade impede a aplicação de valores nominais e imutáveis a todas as situações, indiscriminadamente (BARBA FILHO, 2017, p. 187). Contudo, "nada mais assustador para a lógica neoliberal, por mais contraditório que possa parecer, do que a exploração do trabalho estar sujeita a externalidades não reguladas que envolvam aportes monetários aos trabalhadores e trabalhadoras" (VIEIRA, 2018, p. 271).

Assim, a Lei nº 13.467/2017 realizou inúmeras alterações no texto da CLT. O objeto deste trabalho é o dispositivo regedor do chamado tabelamento dos danos extrapatrimoniais, de modo que será ofertada uma abordagem crítica a respeito dessa nova diretriz legal. A análise jurídica de qualquer norma no âmbito de um sistema constitucional supõe um exame da lógica desse sistema e de seus pilares fundamentais. O estudo realizado acerca do tabelamento dos danos extrapatrimoniais imposto pela reforma trabalhista se fundamentou na matriz constitucional de 1988 e na teoria do direito como integridade idealizada por Ronald Dworkin. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de cunho interdisciplinar, que utilizou como aporte metodológico a pesquisa bibliográfica e documental.

No Capítulo 1 será estudado o conceito de dano extrapatrimonial e a superação da tese de sua irreparabilidade, a partir da concepção de "indecidível", utilizada por Jacques Derrida.

No Capítulo 2 será realizado o estudo da positivação deste instituto no Brasil e sua incorporação pela jurisprudência trabalhista, ressaltando-se os limites e paradoxos presentes nas decisões judiciais, entendido o processo judicial como narrativa, ideia inspirada nos ensinamentos de Paul Ricoeur.

No Capítulo 3 será analisada a arquitetura principiológica da Constituição da República a fim de alcançar a tese da única resposta correta, defendida por Dworkin, e realçar as demais razões que tornam inconstitucional o tabelamento dos danos extrapatrimoniais.

2 O DANO EXTRAPATRIMONIAL

No Latim "damnum" quer dizer qualquer prejuízo a uma pessoa. No âmbito jurídico, outrossim, "dano" significa "lesão a um bem juridicamente protegido" (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 186). Trata-se de um conceito amplo, que abarca duas espécies reconhecidas pela doutrina e jurisprudência brasileiras: o dano patrimonial — ou material — e o extrapatrimonial — ou moral.

Cada vez que o dano repercute sobre o patrimônio da vítima, isto é, aquele passível de apreciação em dinheiro, estamos diante do dano patrimonial; quando viola direito geral de personalidade, lesionando interesse sem expressão econômica, caracterizado está o dano extrapatrimonial (NASCIMENTO, 2017, p. 1031).

2.1 O CONCEITO DE DANO MORAL

São três as principais conceituações de dano moral: 1) dano moral é aquele que causa dor moral à vítima, definição atrelada ao sofrimento; 2) aquele que não tem repercussão de caráter patrimonial, conceito residual; 3) aquele que viola os direitos de personalidade, concepção majoritária atual (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 189-190).

A dor, a angústia e o sofrimento foram, por prolongado período, a causa da reparação por dano moral. Contudo, essa significação restritiva, de viés semântico, já foi há muito superada (MEDEIROS NETO, 2015, p. 12). Com o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, passou-se a entender que a diferença entre dano material e moral estava na repercussão da lesão sobre a vítima, critério de distinção que se mostrou pouco confiável. A constitucionalização do Direito Civil deu força a uma terceira corrente, que "buscou vincular os danos morais à violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e dos direitos de personalidade" (NASCIMENTO, 2017, p. 1031). Neste sentido,

"(...) os danos morais são decorrentes de atos atentatórios à personalidade humana que afetam o valor da pessoa em seu âmbito íntimo e/ou perante a sociedade e capazes de lesar a dignidade da vítima e ferir um direito personalíssimo". (NASCIMENTO, 2017, p. 1031).

Esse é o entendimento majoritário atual, segundo o qual o dano moral, em suma, é a lesão a um direito da personalidade, bem como à dignidade humana. Ele alcança a vida da pessoa nos seus múltiplos aspectos, seja em seu aspecto mais íntimo e pessoal, seja afetando a valoração do indivíduo no ambiente em que vive¹.

¹ Importa ressaltar que o dano moral pode se dar em âmbito individual ou coletivo. O objeto do presente estudo é o dano individual, porquanto as mudanças introduzidas pela reforma trabalhista não afetam o dano moral coletivo.

Segundo esta concepção, a mera violação a um direito geral de personalidade é suficiente para a caracterização do dano moral. Os sentimentos de dissabor, tristeza, desprazer, sentidos pela vítima não precisam ser comprovados em juízo, pois são presumidos da ofensa ao bem jurídico tutelado (DALLEGRAVE NETO, 2013, p. 59-60). Nesta perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)² e o Tribunal Superior do Trabalho (TST)³ entendem pela desnecessidade de produção de prova do dano moral, configurando-se o dano *in re ipsa* (CRISTOFOLINI JÚNIOR, 2018, p. 228-229):

DANO MORAL IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A caracterização do dano moral prescinde da comprovação objetiva de dor, sofrimento ou abalo psicológico, especialmente diante da impossibilidade de sua comprovação material. Considera-se, assim, a ocorrência do dano in re ipsa, sendo necessária apenas a comprovação do fato lesivo, o qual, por si só, representa agressão aos direitos da personalidade e, por conseguinte, dano moral à vítima. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR - 121900-12.2008.5.03.0114, Relator Desembargador Convocado: José Maria Quadros de Alencar, Data de Julgamento: 09/10/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 11/10/2013). (grifo nosso)

Dessa forma, os sentimentos íntimos de humilhação, constrangimento, embora nobres e reais, são acidentais, não integrando o conceito ontológico do dano moral (OLIVEIRA, 2002, p. 134). Sua configuração é inferida pela mera ocorrência do fato violador. Assim sendo, toda situação que atinja o indivíduo em sua condição humana, ou seja, que negue a sua qualidade de pessoa, é, de maneira automática, violadora da personalidade, ensejando reparação por dano moral.

2.2 AS VARIAÇÕES TERMINOLÓGICAS

A percepção de novos danos no âmbito de interesses não patrimoniais fez nascer diversas denominações a fim de caracterizá-los: dano imaterial, dano moral, dano não patrimonial, dano extrapatrimonial, dano à pessoa (OLIVEIRA, 2017, p. 1054). O legislador brasileiro, com a reforma trabalhista, passou a adotar a expressão "dano extrapatrimonial" em lugar do dano moral, termo que também é utilizado por Portugal, Itália e Alemanha (SANTOS, 2017, p. 62).

O dano extrapatrimonial apresenta-se como uma expressão mais ampla, gênero dos quais seriam espécies, por exemplo, os danos existencial e moral. Assim, "o conceito legal do dano extrapatrimonial abriga as diversas lesões aos

² Neste sentido: REsp: 506437, 4ª Turma, Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 16.09.2003, DJ: 06.10.2003; Resp. 173.124, 4ª Turma, Rel. Ministro César Asfor Rocha, julgado em 11.09.2001, DJ: 19.11.2001.

³ Neste sentido: TST, Processo no RR- 400-21.2002.5.09.0017; Rel. Min. Rosa Maria Weber; DEJT 11/06/2010.

interesses morais ou existenciais da vítima, que pode receber denominações diferentes de acordo com a ofensa a cada bem juridicamente tutelado" (OLIVEIRA, 2017, p. 1057).

Por certo a expressão "dano extrapatrimonial" é a mais exata, pois refere-se a todo e qualquer dano passível de reparação que afeta a pessoa e não seu patrimônio. Segundo o jurista Fernando Noronha, a palavra "moral" tem carregado conteúdo ético, ao passo que o termo "extrapatrimonial" não necessariamente está vinculado a tal conteúdo (OLIVEIRA, 2017, p. 1055). Nesta lógica,

"(...) sendo mais ampla a expressão danos extrapatrimoniais inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação) os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os danos ao projeto de vida, e ao livre desenvolvimento da personalidade, os danos à vida de relação, inclusive o prejuízo de afeição e danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais" (MARTINS-COSTA, 2001, p. 194).

Apesar da precisão da expressão "dano extrapatrimonial", Sebastião Oliveira considera inoportuna a sua posituação na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Embora o termo "dano moral" não seja o mais adequado para abarcar as diversas espécies de danos possíveis, já se consolidou de maneira profunda no Brasil, tanto pela lei quanto pela doutrina e pela jurisprudência. Segundo o autor, seria mais acertado manter a tradição e a denominação acolhida pela Constituição Federal, não sendo adequado renomear instituto jurídico de estatura constitucional por lei ordinária. Aponta, ainda, que tal mudança trará confusão e poderá legitimar a criação de um dano moral mitigado no âmbito trabalhista (OLIVEIRA, 2017, p. 1055).

Em suma, quem entende o dano moral em sentido estrito diferencia-o do dano extrapatrimonial, sendo uma espécie deste; o dano moral em sentido amplo, por sua vez, é equiparado ao dano extrapatrimonial no sentido de ofensa aos direitos de personalidade (NASCIMENTO, 2017, p. 1031).

Conclui-se, portanto, que as designações "dano moral" e "dano extrapatrimonial" são quase sinônimas:

"A mudança terminológica não altera o conteúdo do que já está devidamente cristalizado na ciência jurídica, até porque a simples troca de rótulo não muda o conteúdo essencial, como já consagrado no vetusto brocardo jurídico *verba non mutant substantiam rei*⁴." (OLIVEIRA, 2017, p. 1056).

4 Tradução: palavras não mudam a substância da coisa.

2.3 O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL

Com o passar do tempo, novos danos referentes a lesões extrapatrimoniais têm surgido. A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo tais prejuízos, a fim de garantir maior efetividade à reparação. A nova lei trabalhista⁵, indo ao encontro a esse movimento expansionista que acontece não só no Brasil, reconheceu o dano existencial, que até então não gozava de respaldo legal no sistema brasileiro, como espécie de dano extrapatrimonial⁶(OLIVEIRA, 2017, p. 1059).

O direito italiano, por exemplo, já prevê a indenização por dano biológico e por dano existencial. O artigo 2.059 do Código Civil do país prevê a indenização por dano moral somente nos casos previstos em lei. Diante das dificuldades de se alcançar a reparação não patrimonial de hipóteses ainda não previstas legalmente, a doutrina italiana reinventou a responsabilidade civil: qualquer violação à integridade física do indivíduo viola um direito fundamental de modo a causar dano e ensejar reparação, haja vista a proteção ao direito à saúde garantida pela Constituição do país — tal compreensão fez nascer na Itália o dano existencial. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já o reconheceu⁷(NASCIMENTO, 2017, p. 1036).

Júlio César Bebbber assim define essa espécie de dano extrapatrimonial:

"por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* - perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa; o que decidiu fazer com a sua vida. (...) O fato injusto que frustra esse destino (impede sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial" (BEBBER, 2009, p. 28).

Assim, quando há uma enorme perda da qualidade de vida da pessoa decorrente da mudança de sua trajetória de vida ou da impossibilidade de retomar sua vida de relação, está-se diante do dano existencial. Em síntese, "o dano existencial viola o projeto de vida da pessoa e/ou o seu convívio familiar e pessoal". (NASCIMENTO, 2017, p. 1036). O ato danoso impede a vítima de alcançar suas aspirações, que são substituídas pelas imposições.

5 Dispõe o seu artigo 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.

6 Pode haver a cumulação entre dano existencial e dano moral em sentido estrito, ambos espécies de dano extrapatrimonial, desde que sejam provenientes do mesmo fato.

7 Por exemplo, no caso *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc>.

Surgido na esfera do direito civil, antes mesmo do reconhecimento pela Lei nº 13.467, de 2017, este dano já era identificado pela doutrina e jurisprudência trabalhistas⁸, principalmente em questões envolvendo jornadas exaustivas ou extenuantes (OLIVEIRA, 2017, p. 1061).

Parcela da doutrina defende que a caracterização do dano existencial não pode ser presumida; dependeria, além da conduta do agente, de prova de efetivo dano à vítima (NASCIMENTO, 2017, p. 1036). Alegam que a frustração de um projeto de vida impõe um relacionar-se de modo distinto no contexto social, sendo o dano, portanto, passível de constatação objetiva, na medida em que possui repercussão externa. Diferenciam-no do dano moral em sentido estrito, uma vez que este possuiria uma repercussão íntima (dor, sofrimento, mágoa), não exigindo prova (BEBBER, 2009, p. 29).

Na perspectiva objetiva do dano moral, os aspectos interiores da vítima não são objetos de averiguação, bastando a verificação de uma violação objetiva da dignidade humana para ser caracterizado. O dano existencial, por tratar-se de espécie de dano extrapatrimonial, prescinde da prova do prejuízo, bastando a prova da violação objetiva do direito do trabalhador ao lazer, limitação de jornada, convivência familiar. Somente nos casos de alegação de fato especial deveria ser exigida prova da maior extensão dos danos (numa situação em que, por exemplo, além de violar os direitos fundamentais exemplificados, a vítima foi impedida de apresentar-se em um memorável recital). Tal prova, no entanto, apenas serviria para agravar a indenização já devida (MOLINA, 2015, p. 124).

Isso porque o dano existencial importa em prejuízo ao projeto de vida e à convivência social do indivíduo, afetando a sua existência digna. A mera impossibilidade de autodeterminar-se já constitui dano, a retirada do direito de escolha de como exercitar sua liberdade pessoal enquanto ser humano já dá direito à indenização (MOLINA, 2015, p. 122):

"Disso segue que ocorrem danos existenciais tanto no caso de o empregado reprovar em seu curso superior noturno, diante das reiteradas faltas causadas pela jornada de trabalho excessiva, como no caso do colega que, em face das mesmas jornadas impostas, sequer teve autonomia pessoal de resolver fazer ou não o mesmo curso superior" (MOLINA, 2015, p. 123).

Segundo o raciocínio da necessidade de prova material para a aferição de dano existencial, a existência digna do indivíduo só é lesionada caso comprovado o prejuízo. Muitas vezes misturam-se as consequências patrimoniais com as

8 Neste sentido: TST. 7a Turma. AIRR n. 1079-67.2010.5.20.0006, Rel.: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 6 mar. 2017; TST. 2a Turma. RR n. 1034- 74.2014.5.15.0002, Rel.: Ministro José Roberto Freire Pimenta, DJ 13 nov. 2015; TST. 1a Turma. RR n. 727-76.2011.5.24.0002, Rel.: Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DJ 28 jun. 2013.

extrapatrimoniais (MOLINA, 2015, p. 125):

"Importante se ressaltar que para se ter o dano existencial necessário se faz a comprovação do prejuízo e o nexo de causalidade com a conduta. Assim, a não concessão de férias por longo período ou a sobrecarga de horas extras para além do limite legal de forma reiterada, por si só, não são condutas capazes gerar o dano existencial. Ressalta-se que a própria legislação já possui punições próprias e específicas para tais infrações, como, por exemplo, a multa administrativa, o pagamento de horas extraordinárias com adicional de no mínimo 50%, o pagamento em dobro das férias não concedidas" (NASCIMENTO, 2014, p. 971).

Ainda, a exigência de prova material nestes casos significa imposição de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida (prova diabólica) (MOLINA, 2015, p. 123).

Nas primeiras decisões proferidas pelo TST, o dano existencial era presumido a partir da prova do ato em si. Contudo, uma análise das decisões mais recentes demonstram uma mudança de posicionamento do Tribunal, o qual vem passando a exigir a prova efetiva do prejuízo sofrido pela vítima (MOLINA, 2015, p. 131). Lemos analisou dados obtidos a partir de 141 Recursos de Revista que apresentavam nas suas ementas a expressão "dano existencial" (LEMOS, 2018, p. 211). Dos acórdãos analisados, 59% não reconheceram o dano existencial *in re ipsa*, mas o entendimento do Tribunal encontra-se dividido. De modo geral, as decisões que afastam a presunção do dano não abordam fundamentos de ordem constitucional nas ementas (LEMOS, 2018, p. 220, 243).

2.4 A SUPERAÇÃO DA IRREPARABILIDADE DO DANO MORAL

Como visto, dano moral, ou extrapatrimonial, é aquele que viola a dignidade humana e os direitos de personalidade da pessoa, lesionando, por exemplo, sua honra e vida privada. Os direitos de personalidade⁹, segundo a doutrina, "são inatos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*" (BARROS, 2016, p. 412).

A avaliação dos danos extrapatrimoniais envolve lesão a bens existenciais e, por isso, não comporta a racionalidade economicista que vigora na indenização por danos patrimoniais (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1210). Com o dano material, por ser este suscetível de aferição econômica, objetiva-se retornar *ao status quo ante* a fim de restabelecer o patrimônio lesado, sendo dividido em dano emergente

⁹ Reza o artigo 11 do Código Civil: 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.

(prejuízo atual ou dano positivo, aquilo que se perdeu) e lucro cessante (prejuízo futuro ou dano negativo, aquilo que deixou de ganhar ou lucrar)¹⁰. Logo, as indenizações nestes casos são de natureza ressarcitória e objetiva (ALVARENGA, 2016, p. 50). Atesta-se, por outro lado, uma enorme dificuldade na medição do dano extrapatrimonial, haja vista que o objeto de sua avaliação é uma lesão a bens insuscetíveis de aferição econômica.

Sob a alegação de que a dor íntima não possui preço, não podendo ser avaliada e ainda menos quantificada, ao longo de muito tempo grande parte da doutrina brasileira e estrangeira defendiam a irreparabilidade do dano moral (REIS, 2010, p. 159). Pires Lima aponta serem oitos as objeções feitas à reparação por danos morais. Para uns, a valoração dos danos puramente morais seria um desrespeito aos valores espirituais; para outros, a indenização dos danos extrapatrimoniais seria "uma verdadeira 'loteria judicial', 'enriquecimento sem causa', 'ilha da fantasia', enfim, uma pretensão descabida de quem se vale da sua moral para usufruir de um benefício econômico" (REIS, 2010, p. 81). É relevante afastar tais objeções, em especial aquela que parte do princípio da impossibilidade de se proceder à mensuração do dano.

Mesmo a jurisprudência brasileira, de início, não acolhia a tese jurídica dos positivistas pela reparabilidade dos danos puramente morais. O Supremo Tribunal Federal, nas decisões proferidas durante as primeiras décadas de vigência do Código Civil, sustentava a ideia de que o dano moral não era indenizável, por não ser suscetível de avaliação econômica. Os tribunais estaduais, em regra geral, repetiam o mesmo entendimento do Tribunal Superior, a não ser em limitados casos em que afirmavam que, apesar de não ser o dano moral indenizável, eram-no os danos morais indiretos, isto é, aqueles com reflexos patrimoniais¹¹ (CARMO, 1995, p. 73).

Contudo, as teses que defendem a impossibilidade da reparação por danos extrapatrimoniais não resistiram às ideias em favor da indenização desta espécie de dano. A doutrina e jurisprudência pátria e alienígena, de forma sucessiva, acataram a possibilidade da reparação dos danos morais (REIS, 2010, p. 160).

10 Reza o artigo 402 do Código Civil: Art. 402 Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

11 O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em decisão prolatada em 29 de agosto de 1984, entendeu que "O nosso direito positivo não admite a indenização por dano moral senão quando tenha reflexo de ordem econômica". Apelação Cível n. 20.898, de Florianópolis, Relator Des. Rubem Córdova, DJE n. 6.609, de 29.08.1984, p. 07, j. em 15.05.1984.

A inclusão dos danos morais no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988¹², representou, nos dizeres do ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira, a "constitucionalização dos danos morais" (REIS, 2010, p. 90). Logo, quando um bem juridicamente protegido é lesado, por ato ilícito ou abusivo de outrem, não é permitido ao julgador deixar de se pronunciar a respeito, qualquer que seja a natureza do dano, devendo ser fixada uma justa reparação.

2.5 O DANO EXTRAPATRIMONIAL E O INDECIDÍVEL

2.5.1 Derrida: a separação entre direito e justiça

Desde a Antiguidade, "a justiça é vista como um bem em si, e esse seu valor absoluto faz com que ela seja a pedra de toque dos projetos de fundamentação de regras positivas" (COSTA, 2007). A corrente jusnaturalista defende que o direito positivo deriva de um direito natural composto por normas e valores naturalmente justos, sendo por isso válido. Logo, existe uma teoria da justiça em toda teoria jusnaturalista composta pelas regras e princípios intrinsecamente justos que se realizam na prática como um direito natural válido. O positivismo, conforme assevera Costa, não nega a fundamentação jusnaturalista do poder, sendo denominado pelo autor de "jusnaturalismo disfarçado". Isso porque, apesar de limitar-se ao estudo do direito positivo válido, recusando-se a contestar a ordem em vigor a partir do direito natural, tal validade advém de uma base jusnaturalista, vinculada às teorias contratualistas (COSTA, 2007). Para o positivismo, o direito seria aquilo previsto pelas convenções jurídicas no passado.

Assim, segundo a filosofia jurídica, embora haja uma relação entre direito e força, aquele não pode basear-se na violência, já que esta gera obediência, mas nunca dever; a validade do direito não advém da sua coação, mas da sua justiça, diferenciando-o da mera imposição. Nestes termos, "não é a força que justifica a

12 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: (...) 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.

validade da norma, mas é a validade da norma que justifica o uso da força, convertendo o que seria violência em um exercício legítimo da autoridade" (COSTA, 2007). Jacques Derrida afirma que "o direito pretende exercer-se em nome da justiça, e que a justiça exige ser instalada num direito que deve ser posto em ação (constituído e aplicado — pela força '*enforced*'" (DERRIDA, 2018, p. 43). Ele se volta contra essa crença mística baseada em uma compreensão jusnaturalista de que o direito traz em si o justo¹³.

Buscando distinguir direito e justiça, Montaigne alega que uma lei se mantém em crédito apenas por ser lei, não por ser justa — trata-se do "fundamento místico de sua autoridade", o único fundamento que possui. Na mesma linha, Pascal alega que nada é justo por si e tudo se move com o tempo. Assim, o costume é que faz a equidade, pela simples razão de ser recebido — é o fundamento místico de sua autoridade. Logo, o direito se pretende válido, mas a autoridade das leis não tem qualquer fundamento (COSTA, 2007). "Nelas acreditamos, eis seu único fundamento. Esse ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional" (DERRIDA, 2018, p. 20-21).

Nos dizeres de Costa,

"qualquer discurso no sentido de afirmar que o direito é essencialmente justo somente pode ser fundado em um dogmatismo injustificado (quando apela para concepções materiais de justiça, as quais sempre são baseadas em escolhas valorativas não fundamentáveis) ou um discurso vazio (quando apela para um conceito formal de justiça, que a pretexto de dar a cada um o que é seu, apenas naturaliza os valores tradicionais)" (COSTA, 2007).

Na medida em que a autoridade da lei apoia-se sobre ela mesma, o direito é entendido como uma violência sem fundamento. Contudo, isso não significa que as leis sejam injustas, no sentido de "ilegais" ou "ilegítimas", posto que em seu momento fundador elas não são legais nem ilegais (DERRIDA, 2018, p. 26). Para Derrida, na origem de todo direito reside um ato de força que não guarda a natureza de justo ou injusto e não pode ser avaliado de acordo com um sistema autorregulador ou autorreferente, ou um recurso hipotético (COSTA, 2014).

Ainda que o êxito de um Estado como garante de direitos, por exemplo, pressuponha condições e convenções prévias no espaço nacional ou internacional, o mesmo limite místico ressurgirá na origem suposta dessas condições e

¹³ O positivismo, da forma como se apresenta, pretende ser a superação da ideia jusnaturalista da fixação do poder, mas acaba sendo, ao fim, uma autorização para que aquele que detém o poder decida da forma como quiser, sem prestar contas a nada e a ninguém. Quando o positivismo admite a discricionariedade para defender que, em alguns casos, os juízes podem preencher a indeterminação do direito de acordo com sua vontade, ressurgem um problema de legitimação do direito (contra a arbitrariedade presente no positivismo, discorre-se no capítulo 3). Tal liberdade decisória para o detentor do poder tem uma equivalência metafísica para Derrida. Ele critica essa crença, que surge da nossa sujeição à autoridade e não é racionalmente explicável. Neste sentido é que o jusnaturalismo encontra-se presente dentro do positivismo.

convenções (DERRIDA, 2018, p. 26). Como a validade dos discursos jurídicos apresentados como legítimos não pode ser fundamentada, mas sua autoridade deve ser preservada, o discurso fundamentador apresenta-se como um discurso que precisa ocultar o seu caráter místico (COSTA, 2007).

Segundo Derrida, o direito fundado é essencialmente desconstruível, seja porque ele é historicamente fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis, seja porque seu fundamento último, por definição, não é fundado, dado seu caráter mitológico (DERRIDA, 2018, p. 26).

Importa destacar que o desconstrutivismo é visto pelos juristas tradicionais como uma postura inconsequente, uma vez que condena a ordem jurídica posta sem indicar qual ordem mais justa deve sucedê-la (COSTA, 2007). É muitas vezes compreendido como uma espécie de niilismo, haja vista que a suspensão de um dogma pela desconstrução pode levar à crença de que não há mais espaço para a justiça nem para o interesse teórico que se orienta para os problemas da justiça (DERRIDA, 2018, p. 38).

Contudo, que o direito seja desconstruível não é uma infelicidade, mas a chance de todo progresso histórico (DERRIDA, 2018, p. 26). É a separação entre direito e justiça quem preserva o lugar da crítica, é ela quem possibilita uma crítica permanente ao direito (COSTA, 2007). A desconstrução gera um momento de suspensão da credibilidade dos dogmas, abrindo espaço para que transformações ou mesmo revoluções jurídico-políticas aconteçam (DERRIDA, 2018, p. 39).

O objetivo do discurso desconstrutivista não é a simples consciência da inverdade (COSTA, 2007), mas a exigência de um acréscimo de justiça, advinda da desproporção entre direito e justiça:

"(...) onde a desconstrução encontraria sua força, seu movimento ou sua satisfação, senão pelo apelo sempre insatisfeito, para além das determinações dadas daquilo que chamamos, em contextos determinados, de justiça, de possibilidade de justiça?" (DERRIDA, 2018, p. 39).

Da visão de Derrida infere-se que: a) a desconstrução é justiça, na medida em que o desconstrutivismo desejável visa ao incremento da justiça, em oposição à inércia niilista; b) a justiça é desconstrução, de forma a evitar um conceito de justiça que caia no vazio formalismo ou no essencialismo dogmático.

Neste sentido, o direito é desconstrutível porque é construído (tanto no tocante a seu ato fundador, quanto à autoridade que o originou ou mesmo na interpretação que prevalece), ao passo que a justiça não é desconstrutível, já que ela própria não é construída (existe para fora e para além do direito) (COSTA, 2007).

2.5.2 A necessidade de decidir o indecidível

Derrida entende que para haver justiça é obrigatória a desconstrução do direito:

“a desconstrução ocorre no intervalo que separa a indesconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito. Ela é possível como uma experiência do impossível, ali onde, mesmo que ela não exista, se não está *presente*, ainda não ou nunca, *existe* justiça.” (DERRIDA, 2018, p. 27).

A justiça é o constante movimento, não podendo ser retida em um certo tempo histórico sem se desnaturar. É uma exigência perpétua de uma justificação que se sabe de antemão impossível, já que nenhuma decisão pode se classificar como justa sem provocar a paralisia do movimento de justiça (COSTA, 2007). Disso decorre que nenhuma decisão pode ser considerada puramente justa; pode ser considerada legal ou legítima, isto é, em conformidade com o direito cuja origem fundadora apenas faz recuar o problema da justiça, mas não justa. "Pois no fundamento ou na instituição desse direito o mesmo problema da justiça se colocará, violentamente resolvido, isto é, enterrado, dissimulado, recalçado" (DERRIDA, 2018, p. 45).

Derrida aduz que:

"a justiça permanece *porvir*, ela *tem* porvir, ela é por-vir, ela abre a própria dimensão de acontecimentos irreduzivelmente porvir. Ela o terá sempre, esse por-vir, e ela o terá sempre tido. Talvez seja por isso que a justiça, na medida em que ela não é somente um conceito jurídico ou político, abre ao porvir a transformação, a refundição ou a refundação do direito e da política". (DERRIDA, 2018, p. 54-55).

A ideia do porvir representa a possibilidade de transformação. A justiça é, do ponto de vista defendido por Derrida, a experiência daquilo que não podemos experimentar, a experiência do impossível (DERRIDA, 2018, p. 30). Mas é o sempre vivo questionamento em torno da justiça onde ela pode se encontrar (COSTA, 2007). Distingue-se justiça (infinita, incalculável, rebelde às regras, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica) do exercício da justiça como direito (dispositivo estabilizável, estatutário e calculável, sistema de prescrições regulamentadas e codificadas) (DERRIDA, 2018, p. 41).

Em que pese a impossibilidade de considerarmos uma decisão justa, não podemos deter-nos no indecidível. O indecidível não é unicamente a tensão entre duas regras contraditórias; "indecidível é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, *deve* entretanto — é de *dever* que é preciso falar — entregar-se à decisão do impossível, levando em conta o direito e a regra" (DERRIDA, 2018, p. 46).

Uma decisão que se pretende justa é requerida imediatamente, não pode procurar a informação infinita e o saber ilimitado das regras e condições que poderiam justificá-la. Ainda que o tempo do saber fosse ilimitado, a decisão continuaria estruturalmente finita, pois marca sempre a interrupção da deliberação jurídico ou ético ou político-cognitiva que a precede (DERRIDA, 2018, p. 51-52).

Neste contexto, o excesso de justiça sobre o direito e sobre o cálculo, em outras palavras, o excesso do inapresentável sobre o determinável, não é pretexto para se ausentar das lutas jurídico-políticas (DERRIDA, 2018, p. 55). A vontade do legislador, a literalidade da norma, a finalidade social — nenhuma das tentativas de dogmatizar a justiça consegue afastar a assombração da indecidibilidade. Contudo, é necessário enfrentar a aporia de decidir o indecidível, pois a ideia de justiça infinita é devida ao outro como uma exigência pura. A justiça incalculável manda calcular (COSTA, 2007).

A incerteza, assim, não pode ser transformada em uma náusea paralisante. As aporias da justiça devem ser vistas como uma abertura desconstrutiva que possibilita a realização da justiça no mundo, para além das certezas ilusórias obtidas com as fundamentações míticas (COSTA, 2007).

A justiça nunca se apresenta, mas representa uma responsabilidade inafastável. O fato de ela exceder as fronteiras do jurídico e do político e não ser um elemento de cálculo não é causa para afastarem-se da busca pela transformação da sociedade (COSTA, 2014). A justiça requer uma decisão, requer o indecidível.

2.5.3 A superação da irreparabilidade do dano moral e o indecidível

Como visto, no caso dos danos materiais é absolutamente factível a valoração do que existia antes e depois da ofensa. Assim, sabendo o que existia antes do fato lesivo e o que restou, pode-se “medir” o que foi perdido. Quando se trata de danos morais, por sua vez, não é possível aferir o estado de espírito do indivíduo ofendido antes e depois do dano, a fim de valorá-lo.

O principal argumento no sentido da irreparabilidade do direito moral residia na impossibilidade de fixar a exata avaliação do dano sofrido pela vítima. Contudo, aceitar tal argumentação significaria negar a indiscutível tutela dos direitos de personalidade.

Sobre a tese da irreparabilidade do dano moral, Pontes de Miranda indagou: "que mal-entendida justiça é essa que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não ao dano material sozinho?" (REIS, 2010, p. 160). O sentido de equidade da justiça nos conduz à ideia de que toda lesão ilícita deve ser suscetível de ampla reparação (REIS, 2010, p. 77).

Logo, a suposta necessidade de perfeita equivalência não é suficiente para negar a indenização do dano moral. Seguindo a linha de pensamento de Derrida, à míngua de outras alternativas para reparar a ofensa, a responsabilização deverá ser aplicada, não sendo possível o direito simplesmente omitir-se, sob o pretexto de que a dor não tem preço. Isso porque os direitos de personalidade não têm preço, mas são valores fundamentais para a pessoa humana.

Nenhuma justiça se exerce, nenhuma justiça se torna efetiva nem se determina na forma do direito, sem uma decisão indiscutível (DERRIDA, 2018, p. 46). A busca pela justiça determina que o direito não pode permanecer inerte frente a uma lesão a bem extrapatrimonial, mas pretender ter consequências, intervir de modo eficiente e responsável (DERRIDA, 2018, p. 14).

O impedimento de se afirmar que determinada decisão é justa não significa uma neutralização do interesse pela justiça, mas, pelo contrário, é um aumento hiperbólico na exigência da justiça (DERRIDA, 2018, p. 37). Paralelamente, a impossibilidade de se valorar em termos exatos a dor moral de alguém não significa que o bem não possui valor, mas, pelo contrário, é um valor inerente à formação da pessoa humana, implícito na sua dignidade, e não um mero capital.

Ainda, Derrida afirma que "se o cálculo é o cálculo, a decisão de calcular não é da ordem do cálculo, e não deve sê-lo" (DERRIDA, 2018, p. 46). A desconstrução age no direito louca pelo desejo de justiça, ela manda calcular (DERRIDA, 2018, p. 49). Neste ponto, não pode o direito eximir-se de reparar o dano extrapatrimonial sob o pretexto da indecidibilidade, devendo o ordenamento jurídico assegurar a todos os cidadãos a incolumidade dos seus bens existenciais.

Para José de Aguiar Dias (2006, apud REIS, 2013, p. 160), a impossibilidade de uma exata avaliação matemática só pode gerar benefício à vítima e não prejuízo. O impedimento de se chegar a um equivalente exato não impede o dever de indenizar, posto que, em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas.

Assim, a negativa da reparação dos danos morais não mais encontra ressonância na atualidade. Estabelecido o direito de a vítima ter o dano moral reparado, o problema se volta para a forma como se dá a sua quantificação em dinheiro, objeto do presente trabalho.

3 A POSITIVAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO BRASIL

3.1 A INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro pouco dispunha acerca do dano moral. Os raros dispositivos que tratavam do tema eram esparsos e não geravam grandes repercussões na cultura jurídica do país (NASCIMENTO, 2017, p. 1032).

Neste sentido, o Código Civil de 1916, em seu artigo 159, tratava de forma genérica o dano: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Naquela época, a maior parte da doutrina alegava que o referido artigo, ao dispor sobre a reparabilidade de qualquer dano, sem distinção de sua espécie, abarcava tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, por outro lado, afastava a fixação do dano moral puro, negando sua indenização fora das hipóteses explicitamente previstas em lei. Ainda quando enumeradas em lei, via de regra deveria ser atestada a existência de prejuízo material (THEODORO JR, 2016, p. 3).

Vigorava, naquela sociedade consumerista do século XX, uma mentalidade patrimonialista. A visão econômica do dano é reflexo dessa vocação materialista em vigor quando da edição do revogado Código Civil, o qual inspirava-se no liberalismo da revolução francesa¹⁴ (REIS, 2010, p. 75). Ele limitava-se a estabelecer o legítimo interesse moral como condição para o exercício do direito de ação (art. 76¹⁵) e a determinar apenas em poucos e determinados casos a forma de reparação dos danos a direitos personalíssimos, como para os danos por injúria (BELMONTE, 2013, p. 23).

Embora este cenário desfavorável à tese da reparabilidade, ainda que o Estatuto Civil de 1916 não houvesse inserido expressamente a reparação por danos morais em seu texto, Clóvis Bevilacqua afirmava que, se o interesse moral previsto em seu artigo 76 justificava a interposição da ação a fim de defendê-lo e repará-lo, isso significava que tal interesse era indenizável (REIS, 2010, p. 79).

O entendimento das Cortes começou a mudar especialmente com um caso paradigmático no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, situação na qual foi reconhecida a reparabilidade do dano moral. No

14 Com a Revolução Francesa, surge um novo modelo de relação privada, em que a propriedade era o símbolo maior da nova ordem jurídica. As relações jurídicas eram fundadas na liberdade econômica, evitando-se uma interferência do Estado que colocasse em risco a autonomia, a liberdade e a propriedade dos indivíduos. Diante de tal cenário, ficava evidente a importância da coisa em detrimento da pessoa.

15 Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

juízo do Recurso Extraordinário nº 59.940/SP, em abril de 1966, a referida Corte reconheceu o dano moral aos pais que pleitearam indenização pela morte de filho causada culposamente por uma empresa de ônibus. Assim, a reparação desta espécie de dano foi sendo paulatinamente aceita pela jurisprudência pátria, até a expressa previsão pela Carta Maior, que pôs fim as resistências dos tribunais e o afastou da verificação do prejuízo material (NASCIMENTO, 2017, p. 1032).

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5º, incisos V e X, que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e que "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". Ainda, em seu artigo 1º, inciso III¹⁶, promove a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, protegendo os valores morais e os direitos da personalidade da pessoa (NASCIMENTO, 2017, p. 1032). A constitucionalização marcou de forma definitiva o instituto do dano moral; findou-se a problemática a respeito de seu ressarcimento. Após a proclamação da Carta Magna, houve um incremento enorme de ações indenizatórias por danos morais interpostas perante o Poder Judiciário. No Superior Tribunal de Justiça, de 28 ações, em 1993, passaram a ser 5.844, no final de julho de 2005 (REIS, 2010, p. 73).

A importância dada ao instituto no Brasil foi tardia, pois ainda em 1948 foi adotada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, um documento que reconhece a dignidade inerente a todo indivíduo, editado sobretudo em face dos atos de barbárie praticados pelos nazistas contra os seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial (REIS, 2010, p. 91). Todavia, embora este estatuto esteja entre os maiores documentos da história humana, é teórico, não oferecendo garantia. Por isso, foi a Constituição Federal de 1988 que concretizou no país a tutela da condição do homem como ser espiritual, consagrando ao ofendido a total reparabilidade em virtude dos prejuízos que sofreu (REIS, 2010, p. 83-84).

Elaborado em conformidade com os princípios presentes na Constituição¹⁸, o Código Civil assegura a indenização por danos morais quando dispõe, em seu artigo 186, que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,

16 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.

17 Dispõe o seu artigo 12: "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei".

18 "A partir da Carta Constitucional de 1988 um novo paradigma surgiu para estudar o direito privado. Trata-se do direito civil-constitucional, ou seja, o direito civil esquadrinhado e interpretado à luz dos novos valores e princípios estampados na Constituição Federal" (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 192).

violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" e prevê, em seu artigo 927, que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Observa-se que o novo Código manteve o texto inicial do Código anterior, porém acrescentando em sua parte final "... ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", ou seja, fez questão de incluir expressamente o dano moral (DALLEGRAVE NETO, 2013, p. 53).

Ademais, a lei infraconstitucional, além de dispor que comete ato ilícito aquele que, por ato culposo, violar e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186), dispõe, em seu artigo 187, que "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". Não bastasse isso, o parágrafo único do artigo 927¹⁹ prevê a responsabilidade civil pelo risco da atividade. O Código de 2002 não só reconheceu a reparação por dano extrapatrimonial, como também ampliou a proteção das vítimas de danos injustos (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1207). Neste sentido, tratou de inserir situações novas, com o objetivo de excluir ao máximo a "teoria do azar", isto é, aquelas ocasiões em que a vítima não tinha acesso ao ressarcimento por ausência de previsão legal. Dentre as novas situações, pode-se citar a contida em seu artigo 928²⁰, que ampliou a reparação de danos causados pelo incapaz (REIS, 2010, p. 92). Vê-se no ordenamento atual uma tendência à ampla defesa dos direitos humanos, com a ampliação de casos de prejuízos indenizáveis visando dar efetividade a esses direitos.

O reconhecimento da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais pela Constituição repercutiu em diferentes institutos legais, nos mais diversos campos do relacionamento humano, que confirmaram a indenização dos danos morais, conforme se observa: Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90 – art. 6º, inciso VI); direitos autorais (Lei n. 9.610/98 – art. 108); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90 – arts. 3º e 17); Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003); Lei contra a violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei n. 11.340/2006) (REIS, 2010, p. 87).

3.2 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Admitida no texto constitucional, a indenização pelo dano extrapatrimonial estende-se às diversas áreas do Direito, inclusive do Direito do Trabalho. Deve-se resguardar e promover a defesa de qualquer lesão ao direito de personalidade, bem

19 Art. 927 (...) 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.

20 Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

como a dignidade das partes na relação laboral (CRISTOFOLINI JÚNIOR, 2018, p. 229).

O ambiente de trabalho é local em que ocorrem diversas violações aos direitos do trabalhador²¹, pois ali figura uma relação de hierarquia. O empregador exceder-se no exercício de seu poder de mando é uma situação corriqueira nas relações trabalhistas, devendo ser combatida. Tem-se, de um lado, o empregador em busca do lucro incessante e do aumento cada vez maior da produção, e, de outro, o empregado, normalmente insatisfeito com o seu salário. Do natural clima de tensão advindo do desempenho das atividades laborais, intensificado pela convivência diária, é previsível a colisão de interesses e, como consequência, agressões no plano psicológico, fazendo surgir o dano moral, amplamente tutelado pela ordem jurídica do país (REIS, 2013, p. 99). Em tais casos, além dos valores pessoais resguardados em todos os cenários (personalidade, privacidade), encontra-se em jogo a dignidade do trabalho, princípio basilar dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição²² (REIS, 2013, p. 80).

Conforme assinala Reis,

"é inquestionável a ocorrência de conflitos de vários matizes nas relações laborais – a empresa é a sede onde se verificam múltiplas transações de natureza interpessoais, em que permeiam sentimentos e emoções presentes nos ambientes de trabalho. Os conflitos se sucedem, gerado pelo ambiente em que vicejam disputas, invejas, anseios, fobias, diferenças que acabam resultando em diversos tipos de hostilidades" (REIS, 2013, p. 85).

Neste contexto, perdurou durante décadas a controvérsia, na doutrina e na jurisprudência, acerca de quem seria competente para julgar tais questões envolvendo o contexto empregatício. Uma primeira vertente alegava serem os danos morais matéria de direito civil, sendo competência da justiça comum processá-los e julgá-los. As matérias não trabalhistas entre empregado e empregador só seriam conhecidas pela justiça especializada em caso de expressa previsão legal. Uma segunda vertente, em contrapartida, asseverava que a lesão originada no ambiente de trabalho deveria ser deslocada para a justiça trabalhista (REIS, 2013, p. 99). A competência seria determinada pela presença de uma lide tipicamente entre empregado e empregador, figurando como credores e devedores recíprocos, pouco importando a natureza do pedido (se empregatício ou não) (DELGADO, 2017, p. 720). Este segundo entendimento foi confirmado através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que atribuiu no artigo 114, inciso VI, da Constituição, competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar "as ações de indenização

21 Por óbvio, também podem ser violados os direitos do empregador, situação menos comum, visto que, no contrato de trabalho, o trabalhador é quem se encontra em situação de dependência pessoal.

22 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.

por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho".

O advento da referida emenda possibilitou um debate sobre a efetivação da proteção da personalidade no âmbito trabalhista, relacionando-a com a valorização do trabalho humano, norma que também possui *status* constitucional²³ (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 217). Trata-se de uma conquista que ampliou a tutela dos valores da pessoa. Ressalta Reis:

"Se o dano moral foi constitucionalizado a partir de 1988, no artigo 5º, incisos V e X, foi novamente constitucionalizado a partir da Emenda 45/2004, consagrando e tornando efetiva a valorização da dignidade da pessoa humana através da indenização dos danos morais, nas diversas esferas de atuação da pessoa".

3.3 O *QUANTUM* DO DANO E A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

3.3.1 Critérios para a fixação do montante financeiro pertinente

Firmada a competência judicial trabalhista para examinar os litígios entre empregado e empregador relativos a dano material e moral e vinculados a fatos da relação empregatícia, vislumbra-se grande desafio judicante: a apuração da quantia a título de reparação pelos danos extrapatrimoniais. O tema sempre foi alvo de intensas polêmicas, ausente qualquer previsão legal específica até o advento da reforma trabalhista. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência passaram a adotar critérios para a fixação da indenização por dano moral respaldados na natureza jurídica da indenização e nas regras da legislação civil (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 199).

Em razão da ampla tutela conferida à dignidade da pessoa humana, nosso direito adotou a "teoria da reparação integral" (art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal). Ainda, dispõe o Código Civil, em seu artigo 944, como verdadeiro princípio-guia da teoria dos danos, que "a indenização mede-se pela extensão do dano". Assim, doutrina e jurisprudência entenderam que a quantificação dos danos extrapatrimoniais deveria ser feita segundo o prudente arbítrio do juiz, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Essa solução jurídica também vai de encontro ao disposto no art. 953, parágrafo único, do Código Civil, o qual prevê que, na indenização por injúria, difamação ou calúnia "se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso", bem como ao previsto no art. 8º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que recorre a equidade como um dos

²³ 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, observados os seguintes princípios: (...).

recursos de superação de omissões (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1210-1211).

Os Tribunais brasileiros têm adotado o binômio compensação-punição a fim de satisfazer de forma ampla a pretensão indenizatória. Busca-se, a um só tempo, satisfazer o ideal de justiça imanente no espírito das vítimas (função compensatória), bem como obstar a prática de novos atos ofensivos por parte do lesionador (função pedagógica) (REIS, 2013, p. 87). O Tribunal Superior do Trabalho identifica essa dupla função da indenização dos danos morais (REIS, 2013, p. 87-88):

“Como se sabe, o objetivo da indenização por danos morais e materiais é punir o infrator e compensar a vítima pelo dano sofrido, atendendo desta forma à sua dupla finalidade: a justa indenização do ofendido e o caráter pedagógico em relação ao ofensor”. (TST, AIRR, 1666/2005-153-03-40, DJU 28.09.2007, Relator: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi).

Neste ponto, diz-se que a reparação não pode servir ao propósito de mero enriquecimento pessoal do lesado²⁴, acarretando enriquecimento ilícito a vítima, tampouco perder sua capacidade de incitar reflexão ao ofensor. Assim, é preciso considerar não só as condições econômicas do agente causador do dano, como também as da vítima. Estes são apenas um dos critérios utilizados como diretrizes da mensuração do dano²⁵(DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 201):

“O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado pelo juiz (art. 1.553 do Código Civil), atendendo ao duplo caráter da reparação, ou seja, o de compensação para a vítima e o de punição do agente. E, como critérios abalizadores, pesam a extensão do dano; a condição socioeconômica e cultural da vítima e a sua participação no evento; a capacidade de pagamento e o grau de culpabilidade do agente; dentre outros definidos pela doutrina, pela jurisprudência, e por normas pertinentes a hipóteses semelhantes.” (TRT 3ª R., 2ª Turma, RO 15335/99, Rel. Juiz Antônio Fernando Guimarães, DJMG 29.03.2000, p. 20)

Além disso, o juiz deve sempre atentar para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a teor do disposto na Lei Maior. Busca-se, a partir da conjugação fundamentada de todos esses critérios, condenações justas e razoáveis, evitando-se decisões exorbitantes ou insuficientes (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1210).

24 Dispõe o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização".

25 "(...) da análise da jurisprudência trabalhista e da Justiça Comum observa-se que foram adotados, de um modo geral, os seguintes critérios objetivos para a fixação do valor da indenização por dano moral: (i) extensão e gravidade do dano; (ii) extensão da dor do ofendido; (iii) repercussão social do dano; (iv) possibilidade econômica do ofensor; (v) análise do dolo ou culpa com que o ato foi cometido; (vi) reincidência; (vii) retratação espontânea; e (viii) caráter didático da condenação" (NASCIMENTO, 2017, p. 1038).

3.3.2 O processo judicial como narrativa

Em sua obra "Tempo e Narrativa Histórica", Paul Ricoeur discorre sobre a relação entre "tempo vivido" e "narração", ou, em outras palavras, entre "experiência" e "consciência". Para o autor, toda história é narrativa (BARROS, 2012, p. 2). Ele assinala que todas as possibilidades narrativas já se encontram anteriormente configuradas na própria estrutura e materiais da língua, cabendo ao produtor do discurso somente selecioná-las e individualizá-las, mediante uma ação humana e elementos que caracterizem cada narrativa como única:

"Previamente a qualquer discurso narrativo que irá tomar forma, já existe na língua uma complexa e heterogênea 'rede conceitual' que já traz dentro de si seus potenciais narrativos (Ricoeur irá chamá-los de 'configurações pré-narrativas da ação'). Quando dizemos 'Judas traiu Jesus', a palavra 'trair' já contém dentro de si, por assim dizer, uma micro-narrativa. Verbos como 'trair', 'amar', 'trabalhar', 'explorar', já nomeiam previamente certas ações humanas possíveis e tornadas possíveis de serem pensadas através da língua. 'Trair', narrativa presente na própria língua, transforma-se na 'traição de Judas em relação a Jesus', especifica-se (BARROS, 2012, p. 7).

Além disso, a narrativa é formada por uma história que envolve não só a ação humana, mas também os seus significados. Narrar é também examinar circunstâncias:

"Quando contamos uma história sobre como "Judas traiu Jesus", não estamos apenas relatando a sequência das ações humanas, mas também discutindo os seus significados. Podemos estender a narrativa e falar sobre as causas e conseqüências do ato de Judas, ampliar o seu tempo para além do vivido de cada um dos dois personagens envolvidos" (BARROS, 2012, p. 7-8).

Para Ricoeur, uma narrativa histórica, por elaborar um relato sobre a ação humana e discorrer sobre seus significados, dá um novo sentido ao entendimento do interlocutor que a compreende acerca da ação humana e seus possíveis significados (BARROS, 2012, p. 10). O autor afirma que "el hacer narrativo *resignifica* el mundo en su dimensión temporal, en la medida en que narrar, recitar, es rehacer la acción según la invitación del poema²⁶" (RICOEUR, 2004, p. 153).

Neste sentido, inexistente narrativa sem explicação, posto que não se pode iniciar uma história sem hipóteses. Ao dizermos que alguma coisa é, estamos dizendo o que ela é; ao refletirmos sobre os fatos, estamos relacionando-os com conceitos (BARROS, 2012, p. 11). A própria escolha da ordem de eventos, ou a decisão a respeito de quais fatos apontar, traz para uma narrativa determinados significados (BARROS, 2012, p. 15). A narrativa acrescenta novas características ao

²⁶ Tradução: narrar é resignificar o mundo na sua dimensão temporal, na medida em que narrar, contar, recitar é refazer a ação seguindo o convite do poema.

discurso ao concebê-lo como história de "alguma coisa".

Aliás, segundo defende Ricoeur, a narrativa histórica não deve limitar-se a uma tentativa de mera imitação do real, haja vista que, conquanto baseada em referências reais, é uma construção do locutor (e do interlocutor), isto é, é construída pelo sujeito:

"Com a narrativa histórica proposta por Ricoeur, o que se busca não é, portanto, mostrar meramente o que se passou, mas sim estabelecer uma referência a este vivido e depois retornar a ele. Emergindo do vivido, a narrativa a ele retorna, transformando-o e transformando-se em um único movimento, de tal maneira que se pode dizer que a narrativa histórica é uma reflexão do Vivido sobre si mesmo, através das imprescindíveis mediações do historiador que constrói o texto e da atividade recriadora do leitor que recebe e ressignifica a obra historiográfica, compreendendo, através dela, a si mesmo e ao mundo". (BARROS, 2012, p. 16).

Nesta perspectiva, a narrativa inclui sempre inovações semânticas, quando acrescenta elementos temporais aos elementos pré-narrativos. Ela sempre fala algo "além"; a linguagem e seu sentido são sempre revistos.

A narrativa em que consiste o processo judicial aproxima-se da narrativa histórica na medida em que toda decisão judicial tenta reconstituir algo que por definição o juiz não presenciou. A memória da requerente não pode ser transmitida ao julgador, podendo ser no máximo narrada; a experiência pessoal não pode ser transmitida ao juiz, podendo somente ser indicada pelo texto que ele deve interpretar. Da mesma forma que o historiador não pode aproximar-se da realidade passada senão aproximativamente, o julgador não pode se aproximar da realidade da parte senão aproximativamente.

3.3.3 Os limites e paradoxos presentes nas decisões judiciais

Os critérios apresentados, adotados pelos julgadores para efeito de fixação do *quantum* indenizatório revelam que "o tema contém em si um paradoxo e um limite interpretativo" (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 217), qual seja, a tentativa de reparar patrimonialmente um dano cuja natureza é extrapatrimonial:

"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)? (...) 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" (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 218).

A subjetividade da experiência da vítima, intrínseca a toda lesão a personalidade humana, impossibilita uma identidade absoluta desta com a experiência pessoal de qualquer outro indivíduo, até a do juiz. Neste contexto, tanto a narrativa histórica como o processo judicial são "tributários de uma forma da ativação da memória" (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 219).

Ricoeur distingue a memória e o hábito. Enquanto o hábito se encontra constantemente ativo no presente (por exemplo, andar de bicicleta) e, uma vez incorporado, não é necessário recordá-lo, a memória refere-se ao que não está sempre presente. Está ligada à capacidade de recordar e de considerar correta esta recordação de o sujeito se reconhecer nela; é a recuperação de uma sensação previamente vivenciada, é a tentativa de tornar presente uma ausência através da lembrança. "A memória apresenta algo ausente, algo passado, e então esta apresentação assume outra forma, pois esta presentificação do que é memorado não só apresenta a memória, mas a re(a)presenta" (TEIXEIRA; GUIMARÃES FILHO, 2014, p. 106-107). Assim, a memória não simplesmente atua do passado para o presente, mas, pelo contrário, o passado é recriado no presente.

A memória é parte do processo (seja histórico, seja judicial), mas não o esgota:

"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)" (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 219-220).

Ainda acerca do testemunho, salienta Ricoeur:

"Dije alguna vez que no tenemos nada mejor que la memoria para asegurarnos de la realidad de nuestros recuerdos. Ahora decimos: no tenemos nada mejor que el testimonio y la crítica del testimonio para acreditar la representación historiadora del pasado²⁷" (RICOEUR, 2004, p. 366).

Neste sentido, a narrativa processual intenciona mais do que uma mera descrição de fato, objetiva conferir sentido 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" (OLIVEIRA, 2006/2009

²⁷ Tradução: Ocorreu-me dizer que não temos nada melhor do que a memória para assegurar a realidade de nossas lembranças. Agora, dizemos: não temos nada melhor do que o testemunho e a crítica do testemunho para dar crédito à representação historiadora do passado.

, p. 220). Em paralelo, "como um ser que é histórico poderia realizar uma reprodução mental de algo exterior, ao tentar representar um aspecto da história, na qual, de modo mais amplo, ele também está imerso?" (MENDES, 2016, p. 101). Tal paradoxo está presente nas decisões dos tribunais trabalhistas apresentadas, tendo em vista que se valem da impossibilidade de construção de uma narrativa exata da experiência pela qual enfrentou a vítima para reputar adequados os critérios de fixação do montante por danos extrapatrimoniais (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 220).

Contudo, trata-se de paradoxo repleto de possibilidades. A chamada à memória do sofrimento, o qual não pode ser retratado fielmente, mas apenas interpretativamente narrado, requer a ativação da memória (OLIVEIRA, 2002, p. 220). Como parte da narrativa, a memória é a possibilidade de ressignificarmos continuamente ao que podemos ter acesso, isto é, a memória. Quando uma sociedade muda, a palavra pode ser a mesma, ter igual grafia, mas o seu significado é transformado (TEIXEIRA; GUIMARÃES FILHO, 2014, p. 107). Da mesma forma, o processo judicial como narrativa impede a sua estabilização:

"(...) 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". (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 220).

3.4 O TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL IMPOSTO PELA REFORMA TRABALHISTA

Na contramão da expansão do instituto do dano extrapatrimonial no país, a Lei nº 13.467/2017 deu um novo tratamento ao tema. O legislador reformista adicionou à Consolidação das Leis do Trabalho um título próprio para reger a reparação de danos extrapatrimoniais derivados da relação de trabalho: o Título II-A, intitulado "Do dano extrapatrimonial" e integrado pelos artigos 223-A a 223-G.

Em seu artigo 223-G, a referida norma estabeleceu, em um rol de 12 incisos, parâmetros para o julgador apreciar os pedidos de reparação desta espécie de dano, pretendendo eliminar ao máximo a pura subjetividade do juiz quando da fixação do valor indenizatório:

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.

Como se vê, parte das diretrizes elencadas no dispositivo supracitado são as mesmas já reconhecidas anteriormente pela jurisprudência trabalhista para a difícil tarefa de proceder à dosimetria do valor reparatório em tais casos (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1211). O julgador já adotava subjetivamente esses quesitos, mas, uma vez positivados, não poderão deixar de ser apreciados. Todavia, parâmetros não previstos pelo legislador e exurgidos do caso concreto também podem nortear a atuação do magistrados, como a verificação de se a conduta praticada foi um fato esporádico ou uma prática reiterada do empregador, por exemplo. Ainda, os incisos devem ser apreciados com cuidado, haja vista a situação de subordinação do empregador perante o empregado, impedindo a sua livre manifestação de vontade. Não é possível presumir o perdão tácito somente pela inércia de reação do lesado, tampouco admitir a autonomia do trabalhador para concordar espontaneamente com a retratação espontânea por parte do lesante (OLIVEIRA, 2017, p. 1063-1064).

O legislador equivocou-se ao indicar o grau de dolo ou culpa como critério a ser considerado pelo juiz nos pleitos envolvendo dano extrapatrimonial. Isso porque não existe no ordenamento jurídico brasileiro previsão de grau de dolo, mas sim espécies de dolo, a saber: direto, quando o agente almeja o resultado; eventual, quando o agente assume o risco de produzi-lo. Certamente, trata-se de rol meramente exemplificativo, que deve ser apreciado com cautela, considerando-se que a qualidade do texto reformista impede uma interpretação meramente literal de suas disposições (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1211).

Além desse, variados pontos da reforma trabalhista motivam importantes debates, mas aqui focaremos no tabelamento²⁸ da indenização por dano extrapatrimonial, disciplinado nos parágrafos que acompanham o artigo 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;

²⁸ Segundo Oliveira, a expressão "tabelamento dos danos morais" é preferível à expressão "tarifação do dano moral", tendo em vista que o vocábulo "tarifa" ostenta a natureza de preço público, tratado no campo do direito administrativo (OLIVEIRA, 2017, p. 1064).

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.

Isto posto, a reforma trabalhista previu de forma expressa a aplicação do dano moral tabelado, delimitando o *quantum* da compensação pela graduação do dano e pelo valor do salário do ofendido. Implementou-se modelo de reparação em que "a tutela jurídica de interesses extrapatrimoniais é prévia e abstratamente tarifada por um inflexível critério patrimonial, independente da concreta extensão do dano e das particularidades do caso concreto. Nada mais surreal" (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1211).

A limitação dos valores da indenização é incompatível com a Lei Maior, que garante resposta proporcional ao agravo e indenização integral dos danos materiais ou morais sofridos. Como visto, a proteção constitucional é regida pelo princípio da reparação integral do dano, dispondo no mesmo sentido o Código Civil, o qual prevê que a indenização se mede pela extensão do dano.

No afã de coibir indenizações excessivas ou irrisórias, o legislador celetista promoveu o tabelamento prévio da reparação por danos extrapatrimoniais no âmbito trabalhista. Porém, ao tentar combater o arbítrio judicial, incorreu no mesmo ato que visou denunciar e evitar: praticou paradoxal arbítrio legislativo. Pois bem, "a total discricionariedade do legislador é tão lesiva quanto a total discricionariedade do julgador" (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1212).

O tabelamento da indenização por dano extrapatrimonial, por óbvio, cerceia o direito constitucional a uma reparação integral, justa e proporcional pela lesão sofrida. O alcance da violação a direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana só pode ser aferido pela análise das circunstâncias do caso concreto, devendo ser fixado por arbitramento do juiz.

4 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A IMPOSSIBILIDADE DE TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

4.1 A TESE DE DWORKIN ACERCA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

4.1.1 A integridade

A integridade exige que o estado aja seguindo um conjunto único e coerente de princípios. Segundo Ronald Dworkin, ela é uma virtude, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal (DWORKIN, 1999, p. 261):

"A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito" (DWORKIN, 1999, p. 203).

A integridade no julgamento pede aos juizes o cumprimento da coerência, atribuindo ao passado e aos precedentes um poder especial próprio no tribunal e concebendo o direito como um todo, não apenas uma série de decisões distintas que se poderiam tomar ou emendar uma por uma (DWORKIN, 1999, p. 203). Ainda, determina que "nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas" (DWORKIN, 1999, p. 261). Trata-se de ideal para nortear a prática do Judiciário rumo a melhor orientação e leitura possíveis. Dworkin ilustra a vitória parcial da integridade por meio de um exemplo:

"Durante algum tempo, os juízes ingleses declararam que embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a tal responsabilidade. Entendida em sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensados aos advogados, a menos que este possa ser justificado em princípio – o que parece improvável. A Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita. A integridade, porém, não estará satisfeita enquanto a isenção não for totalmente eliminada" (DWORKIN, 1999, p. 264).

4.1.2 O direito como integridade

Enquanto o convencionalismo prestigia o passado²⁹ e o pragmatismo³⁰ mira o futuro, o direito como integridade "insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro" (DWORKIN, 1999, p. 271). A prática jurídica é, neste sentido, uma política em processo de desenvolvimento³¹. Segundo Dworkin, o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, no qual o direito constitui a melhor justificativa do conjunto das práticas jurídicas, isto é, a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis (OLIVEIRA, 2009, p. 92):

"o direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância" (DWORKIN, 1999, p. 492).

Em síntese, para o autor, "as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simples valorativas, em algum sentido dissociadas da história jurídica" (DWORKIN, 2005, p. 219). São interpretativas da história jurídica, combinando elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo contudo distinta de ambas.

Este entendimento, no entanto, difere-se daquele usualmente defendido por aqueles para quem "o direito é uma questão de interpretação". Para estes, quando a lei é obscura em algum ponto, ela deve ser interpretada aplicando-se o que denominam "técnicas de interpretação da lei". A maior parte dos juristas entende que a interpretação consistiria em descobrir a intenção dos legisladores ou constituintes ao usarem as palavras utilizadas, mas reconhecem que em alguns casos isso é tarefa impossível. Outros adotam uma postura mais cética ao afirmarem que os juízes simulam o descobrimento da intenção por detrás da lei, sendo isso "apenas uma cortina de fumaça atrás da qual eles impõem sua própria visão acerca do que a lei deveria ter sido" (DWORKIN, 2005, p. 220).

29 "O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo" (DWORKIN, 1999, p. 272).

30 "O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro" (DWORKIN, 1999, p. 272).

31 "O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. [...] Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica no Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda" (DWORKIN, 2005, p. 217).

Para Dworkin, a ideia de interpretação deve estar dissociada do significado ou intenção do falante, que remete à tese positivista segundo a qual as proposições de direito descrevem decisões tomadas no passado. “Se a interpretação deve formar a base de uma teoria diferente e mais plausível a respeito de proposições de Direito, devemos desenvolver uma descrição mais abrangente do que é interpretação” (DWORKIN, 2005, p. 220). Nesta perspectiva, considera que seria de bom alvitre que os juristas se dedicassem a estudar a interpretação literária e outras formas de interpretação artística.

Uma interpretação plausível da prática jurídica deve, assim como a interpretação literária, a) ajustar-se a essa prática; e b) demonstrar sua finalidade ou valor. Aduz Dworkin:

"Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (Essa caracterização é, ela própria, uma interpretação, é claro, mas permissível agora por ser relativamente neutra). Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve" (DWORKIN, 2005, p. 239).

Dworkin afirma que a análise de um caso difícil³² assemelha-se a um romance em cadeia, no qual vários romancistas escrevem um romance em série, de modo que antes de elaborar um novo capítulo, cada um deve interpretar os capítulos anteriores já escritos pelos demais. Cada romancista "deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade" (DWORKIN, 1999, p. 276). Assim, não há liberdade criativa na criação do romancista, o qual está atrelado à interpretação que, para ele, faça da obra em continuação a melhor possível. Espera-se um texto único e integrado e não uma série de contos independentes.

A metáfora do romance em cadeia expõe a dificuldade de ser alcançada a uniformidade nos julgamentos. É possível que os romancistas adotem interpretações diferentes sobre uma mesma questão, principalmente quando há distanciamento do direito como integridade (SCHULZE, 2012, p. 111).

Julgamentos injustos, causadores de dano moral, devem ser evitados, de modo que cabe ao juiz:

³² Um caso é classificado como difícil quando não há uma regra clara ou específica a regê-lo.

"decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento foi injusto, então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei" (DWORKIN, 1999, p. 3-4).

Embora interpretativo, o direito como integridade se opõe à discricionariedade judicial, que ocasiona enorme insegurança jurídica, conforme se demonstrará.

4.1.3 O combate à discricionariedade judicial

O positivismo jurídico afasta a possibilidade de se estabelecer de forma objetiva a prioridade de um valor substantivo sobre outro. De acordo com esta visão, o direito é um conjunto de regras que estabelecem direitos e deveres e, havendo uma regra vaga, ambígua ou lacunosa, é necessário evocar padrões não jurídicos para complementar regra existente ou criar nova regra. Tal ato de criação/complementação não é controlável, pois os padrões, ao não fazerem parte do direito, não são exigíveis nem verificáveis. Os juízes, então, agem de modo discricionário, político, optando por uma das interpretações possíveis (CARVALHO, 2008, p. 2). "Os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item na legislação" (DWORKIN, 2010, p. 50).

Em outras palavras, a ciência jurídica propriamente dita somente emite "juízos de fato – isto é, proposições descritivas, cuja veracidade pode ser atestada mediante a verificação da equivalência de seu enunciado com a norma-objeto descrita" (CARVALHO, 2008, p. 2). Na seara de aplicação do direito, por sua vez, são emitidos "juízos de valor, assentes em proposições prescritivas, que sugerem alguma espécie de modificação no direito a partir de critérios não-objetivos (ideológicos, políticos ou morais)" (CARVALHO, 2008, p. 2). No segundo caso, ausentes a objetividade e a pureza científica, não há possibilidade de verificação.

Assim, para o positivismo, existiriam duas fases na interpretação judicial: a fase jurídica propriamente dita, na qual se apontam com rigor as interpretações possíveis para o caso, a partir das possibilidades significativas de uma dada norma; o ato arbitrário do juiz, que opta por um dos sentidos definidos no primeiro momento, não havendo uma única decisão que possa ser considerada mais justa. As decisões inscritas dentro da moldura da norma aplicável ao caso são de igual modo aceitáveis (CARVALHO, 2008, p. 2).

Dworkin afirma que "o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz" (DWORKIN, 2010, p. 72). Distingue poder discricionário no sentido fraco e poder discricionário no sentido forte. No sentido fraco, a expressão é utilizada quando os padrões não podem ser aplicados de forma mecânica, exigindo o uso da capacidade de julgar (por exemplo, na ordem do tenente ao sargento para que este leve em patrulha seus cinco homens mais experientes, é difícil determinar quais seriam eles) ou, ainda, quando a decisão de um funcionário público não pode ser revista ou cancelada por nenhum outro funcionário (por exemplo, no beisebol o árbitro da segunda base detém a palavra final ao indicar se foi a bola ou o corredor que chegou antes à segunda base). No sentido forte, por sua vez, admite-se que certos assuntos não estão limitados pelos padrões da autoridade em questão. Não diz respeito ao caráter vago dos padrões nem à autoridade que tem a palavra final sobre eles, pois o indivíduo não está vinculado a nenhum padrão, mas o relevante é seu âmbito de aplicação e as decisões que pode controlar (por exemplo, o sargento teria poder discricionário no sentido forte se pudesse escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha) (DWORKIN, 2010, p. 51-52). A tese positivista pressupõe um sentido forte do termo, já que o juiz, nos casos difíceis, é livre de qualquer padrão jurídico imperativo para decidir — o juiz cria uma solução e a aplica retroativamente ao caso.

Dworkin acolhe a primeira definição de discricionariedade, já que sempre interpretamos a partir de nossas próprias convicções, mas afasta a segunda. Segundo alega, o direito é composto não só por regras, como também por princípios. Estes não são padrões extra-jurídicos, inexigíveis, pelo contrário, estão inseridos no ordenamento jurídico, sendo obrigatórios. O autor, ao distinguir regra e princípio, destaca ser uma diferença de natureza lógica, posto que oferecerem orientações diferentes. Enquanto a primeira aplica-se à maneira do "tudo ou nada" (é válida ou inválida — neste caso, não deve ser inserida em nosso sistema jurídico), o segundo é aplicado caso a caso (pode não prevalecer em determinada hipótese e ser decisivo em outra). Ainda, os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem, a dimensão do peso/da importância. "Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um" (DWORKIN, 2010, p. 42).

Desta forma, o juiz deve elaborar a melhor interpretação possível em todo caso, determinando de forma coerente, e não a seu bel-prazer, quais são os direitos e deveres das partes (CARVALHO, 2008, p. 3). Os indivíduos possuem direitos anteriores ao ato de adjudicação judicial, que estão inseridos em algum lugar do ordenamento jurídico, sendo tarefa do juiz encontrá-los. Nenhum direito novo é criado, o julgador deve sempre buscar a solução apontada pelo sistema jurídico.

Neste sentido, o positivismo pressupõe uma moralidade convencional, a qual apenas é considerada legítima por causa de um acordo ou convenção que expressamente lhe deu origem (CARVALHO, 2008, p. 3). Dworkin defende que há ainda outro tipo de moralidade social, uma moralidade concorrente, na qual o próprio conteúdo do princípio lhe confere aceitação; embora os membros da comunidade concordem acerca da existência de certo princípio, este consentimento é secundário para legitimar sua validade (DWORKIN, 2010, p. 85). Segundo o autor, os argumentos que defendem que as práticas contestadas não precisam de outro apoio além da convenção são impotentes, até mesmo tolos (DWORKIN, 1999, p. 167).

Para demonstrar que é a validade do princípio que molda a razão e não a sua popularidade, Dworkin exemplifica:

"Consideremos duas sociedades, nas quais alguns deficientes físicos são incapazes de se sustentar. Na primeira delas, a maioria é indiferente ao destino dessas pessoas, enquanto na segunda a maioria prefere (preferências externas altruístas) que os sofrimentos dessas pessoas sejam aliviados. Sustento que a justificativa para ajudar os deficientes através de uma ação política, igual em todos os demais aspectos, não deve ser mais forte na segunda sociedade do que na primeira, embora certamente é muito mais provável que a segunda realize aquela ação. Seria desnecessário acrescentar, assim espero, que o princípio de justiça no qual a segunda acredita oferece uma boa razão para uma decisão política" (DWORKIN, 2010, p. 548-549).

Da mesma forma, o fato de a maior parte da população considerar a homossexualidade imoral não conta como argumento favorável a esta ideia. Assim, é a partir do entendimento dessa moralidade concorrente e de que os direitos não derivam só das regras, como também de princípios morais substantivos, que Dworkin defende a completude do sistema jurídico, sendo o direito capaz de fornecer a resposta correta em todos os casos (CARVALHO, 2008, p. 4).

Nas palavras do autor,

"mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos" (DWORKIN, 2010, p. 127-128).

Logo, uma vez vinculados a princípios, os juizes devem fornecer em suas decisões argumentos que expliquem de forma adequada os motivos pelos quais uma pessoa tem um direito ou dever, embora possam existir entendimentos divergentes entre os juristas.

4.1.4 A necessidade de resposta correta

Neste contexto, Dworkin aponta a necessidade de se encontrar a interpretação mais justa para o caso em concreto. O titular do direito, entendido este como trunfo político, deve ter uma decisão tomada em seu favor. O autor não pressupõe um padrão externo à prática jurídica que nos leve à única interpretação certa para determinado caso, mas se pauta no ponto de vista interno. Da mesma maneira que as partes defendem que seus argumentos são, por certo, os mais corretos, assim deve fazer o juiz (CARVALHO, 2008, p. 5).

A fim de afastar as objeções à tese da resposta correta, Dworkin alega que toda preposição, ao negar a existência de uma resposta certa, também é uma proposição moral substantiva (DWORKIN, 1999, p. 101). Tanto o ceticismo interno como o externo pressupõem a veracidade de alguma espécie de juízo, literário ou moral, a lhe conferir sustentação. Contudo, os opositores da tese ainda poderiam argumentar que, mesmo que seus discursos estejam sustentados nos juízos de veracidade que pretendem afastar, tal fato não conduz à possibilidade de uma resposta correta, já que essas proposições são subjetivas, e não se referem a um padrão objetivo. Mas não existe diferença em afirmar que a "homossexualidade é imoral" e que "a homossexualidade é objetivamente imoral". Dworkin diz que ambas têm a mesma natureza, isto é, são proposições morais, e têm igual significado. Nada pode qualificar uma afirmação como mais, ou menos, objetiva em comparação a outra (CARVALHO, 2008, p. 7-8). Afirma Dworkin: "não tenho nada a favor da objetividade dos julgamentos morais, a não ser argumentos morais, nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos, a não ser argumentos interpretativos, e assim por diante" (DWORKIN, 2005, p. 257).

Além disso, uma decisão só pode ser considerada correta considerada a própria atividade na qual ela é afirmada. Dworkin destaca:

"(...) a questão do que 'independência' e 'realidade' constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a questão de se os julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa" (DWORKIN, 2005, p. 262-263).

Logo, a decisão correta é buscada caso a caso. Como visto, existem fatos morais que estão expressos numa moral concorrente, produzida pelos membros da comunidade, mas não dependente deles. Estes fatos são resultado da história constitucional da comunidade e firmam-se como princípios morais, ainda que inexista convenção ou acordo a prevê-los. Uma decisão jurídica é correta se embasada no conjunto dos fatos morais que fornecem melhores argumentos do que a proposição oposta.

O sistema jurídico é formado por vários elementos que impõem e oferecem à resposta correta. Sua composição, além de regras, envolve princípios; a interpretação judicial deve ser adequada (coerência mínima com as proposições estabelecidas) e justificada (melhor interpretação da prática jurídica como um todo) (CARVALHO, 2008, p. 9). Quanto mais complexo o sistema jurídico, menos casos sem nenhuma resposta certa existirão. Isso porque, quanto maior o número de precedentes judiciais e princípios morais consolidados, menor a chance de duas interpretações opostas serem consideradas igualmente boas. Neste sentido, Dworkin ressalta que "tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha" (DWORKIN, 2005, p. 215).

Desta maneira, o autor nunca negou que possa haver discordâncias sobre qual tese é a mais adequada frente às questões de direito apresentadas, desde que existam teses a se apresentar. Nega, isso sim, que a falta de resposta possa existir em um determinado problema a ser resolvido pelo direito, abrindo espaço para decisões puramente discricionárias. Segundo alega, "as ocasiões em que uma questão não tem nenhuma resposta correta em nosso sistema jurídico podem ser muito mais raras do que geralmente se supõe" (DWORKIN, 2005, p. 176). Assim, é possível pensar em outras respostas, mas aquela que mantém a justiça tendo em vista a abstração da norma é a correta, sendo as demais inconstitucionais. Neste aspecto, essencial é o papel dos princípios em fornecer argumentos para sustentar uma decisão, que não pode se basear em fórmulas matemáticas para decidir de forma absolutamente excludente a questão, visto que, conforme alegado, a decisão só pode ser entendida como certa se considerar as particularidades do caso que a envolve.

4.1.5 O tensionamento entre direito e justiça e a tese de uma única resposta correta

Discorrendo sobre a separação entre direito e justiça, Derrida aponta:

"Aporia é um não-caminho. A justiça seria, deste ponto de vista, a experiência daquilo que não podemos experimentar (...) Mas acredito que não há justiça sem essa experiência da aporia, por impossível que seja. A justiça é a experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um apelo à justiça. Cada vez que as coisas acontecem ou acontecem de modo adequado, cada vez que se aplica tranquilamente uma boa regra a um caso particular, a um exemplo corretamente subsumido, segundo um juízo determinante, o direito é respeitado, mas não podemos ter certeza de que a justiça o foi. O direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra" (DERRIDA, 2018, p. 30).

Assim, enquanto a justiça é infinita, incalculável, rebelde às regras, o direito se apresenta como um sistema estabilizável, calculável, estatutário que objetiva o alcance da justiça (DERRIDA, 2018, p. 41). Além disso, enquanto o direito é formado por normas gerais e requer um balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto exibido pela norma e a sempre presente exigência da justiça, esta reivindica uma recriação da norma, de modo a atender a singularidade de cada caso. Neste sentido, "a construção do sentido de uma norma e a sua aplicação deve significar uma busca incessante pela justiça, busca essa que representa um compromisso ético dos tribunais e aplicadores do direito com o próprio direito" (COSTA, 2014).

Logo, não se defende que temos de agir na ausência de regras, historicamente postas, ou de saberes, historicamente construídos, "mas a justiça exige que a cada passo nós re-instituamos as regras em nome das quais decidimos, em um agir cuja justiça não pode ser garantida por nenhum saber enquanto tal" (COSTA, 2007). Dessa forma, não basta a mera aplicação da lei preexistente, sendo necessária sua reiterada revisão, a fim de que se aproxime ao máximo do ideal de justiça buscado, uma vez que "há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras" (DERRIDA, 2018, p. 55).

Como visto, para Derrida, a justiça enquanto tal, se existe fora ou para além do direito, não é desconstruível; o direito, por sua vez, é construível e, portanto, desconstruível (DERRIDA, 2018, p. 27). Assim, segundo o autor, para que haja justiça é necessária a desconstrução do direito. Em outras palavras, "é no intervalo entre o direito e a justiça que a desconstrução encontra seu lugar, pois desconstruindo e desestabilizando o direito tradicional é que a justiça pode encontrar caminhos para sua expressão" (KOZICKI, 2004, p. 154). O apelo permanente de justiça, essa interminável procura evita que ela se torne sinônimo de direito, no sentido de simples aplicação calculável de uma norma.

O autor alega que, enquanto a regra possui uma forma geral, um ato de justiça deve sempre concernir a uma singularidade, à singularidade do outro, apesar de sua pretensão à universalidade (DERRIDA, 2018, p. 37). Assim, a mera aplicação de uma regra, sem se atentar às particularidades do caso em concreto, conquanto em conformidade com o direito, não é aplicada de forma justa:

"a justiça, como direito, parece sempre supor a generalidade de uma regra, de uma norma ou de um imperativo universal. Como conciliar o ato de justiça, que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduos, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu *como* outro, numa situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça, que têm necessariamente uma fórmula geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é, cada vez, singular? Se eu me contentasse com a aplicação de uma regra justa, sem espírito de justiça e sem inventar, de certa maneira, a cada vez a regra e o exemplo, eu estaria talvez a salvo da crítica, sob a proteção direito, mas não seria justo. Eu agiria, como diria Kant, *em conformidade* com o dever, mas não *por dever* ou *por respeito* à lei".

Isto posto, o ato que consiste em simplesmente aplicar uma regra ou efetuar um cálculo pode até ser conforme ao direito, mas não é possível dizer que é uma decisão justa, simplesmente porque, não houve, nesse caso, decisão (DERRIDA, 2018, p. 43). Segundo Derrida, para a decisão de um juiz ser justa:

"deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso [...] o caráter inicial desse julgamento inaugural pode repetir algo, ou melhor, deve ser conforme uma lei preexistente, mas a interpretação reinstauradora, re-inventiva e livremente decisória do juiz responsável requer que sua 'justiça' não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora do julgamento. Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio" (DERRIDA, 2018, p. 44).

Assim, uma decisão, para ser justa, deve ir além do disposto expressamente pela norma, atentando-se às especialidades do caso. Conforme ressalta o autor, "cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir" (DERRIDA, 2018, p. 44). Neste sentido, Derrida afirma que o juiz não deve atuar como se fosse uma máquina de calcular, deve buscar a única decisão justa ao caso (DERRIDA, 2018, p. 47). Contudo, segundo o autor, "em nenhum momento podemos dizer *presentemente* que uma decisão é justa, puramente justa" (DERRIDA, 2018, p. 45), pois na instituição do direito o problema da justiça se colocará violentamente resolvido, isto é, dissimulado. A prova da

indecidibilidade nunca é passada ou ultrapassada, não é um momento superado da decisão, permanecendo alojada a ela (DERRIDA, 2018, p. 48).

Dworkin, por sua vez, conclui que não existe caso idêntico no direito, pois o que há são reduções de descrições, mas elas não retiram as diferenças que existem entre as pessoas. O autor assume a perspectiva de que não é possível produzir interpretação legítima se os juízes abandonarem a abstração da lei ou deixarem de buscar a justiça no resultado. Ele defende uma teoria do direito que está incomodada com a ausência de compromisso com a justiça na interpretação, sendo papel dos juízes construir uma decisão correta e justa:

“temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum dos princípios. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso nem de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito” (DWORKIN, 2005, p. 103).

Assim, enquanto Derrida alerta sobre a impossibilidade de uma solução absolutamente justa, Dworkin defende a necessidade de se encontrar a única decisão correta.

Refutando a afirmação de que as decisões judiciais que admitem a impossibilidade de fixação de parâmetros prévios na estipulação da indenização por danos extrapatrimoniais negariam a proposta de Dworkin da existência de uma única resposta correta, Oliveira afirma:

“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 legóxico '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” (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 224).

Logo, a abertura dada aos juízes para decidirem sobre a reparação por danos

extrapatrimoniais impede uma resposta mecanizada, impede que o lugar da justiça seja ocupado em definitivo por critérios apriorísticos, exigindo atenção às especificidades do caso, de modo a alcançar uma decisão correta (OLIVEIRA, 2006/2009, p. 225).

4.1.6 A reparação dos danos extrapatrimoniais: uma análise individual

O direito como integridade baseia-se na ideia de que "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade" (DWORKIN, 1999, p. 272). Assim, decidir pelo direito à indenização pelos danos sofridos em determinado caso significa acreditar que a prática jurídica está sob sua melhor luz quando supomos que a comunidade aceitou o princípio de que pessoas em tal situação têm direito a serem indenizadas.

Dworkin tece críticas contra a chamada teoria econômica do direito, que defende, em casos sobre danos cíveis, uma decisão financeiramente adequada, isto é, que produza um provimento menos dispendioso para o conjunto da comunidade. Para esta teoria, a riqueza da comunidade é o critério a ser considerado para a resolução do conflito:

"Suponhamos que eu possa evitar ferir uma pessoa instalando um dispositivo de segurança em meu carro. Segundo esse princípio, se eu não instalar tal dispositivo e ferir alguém, devo indenizar a vítima pelas perdas sofridas se o referido dispositivo me tivesse custado menos que o custo 'deduzido' do acidente, isto é, o custo deduzido pela possibilidade de que o acidente poderia não ocorrer, mesmo sem o dispositivo de segurança. Mas eu não precisaria indenizar a pessoa em questão se o custo de instalar o dispositivo tivesse sido superior ao custo deduzido do acidente." (DWORKIN, 1999, p. 333-334).

Nesta visão, refutada por Dworkin, todas as coisas podem ser transformadas em dinheiro, sendo este o valor que se transforma no parâmetro para as decisões judiciais (SCHULZE, 2012, p. 111).

O autor também critica o ativismo, considerando-o uma forma virulenta de pragmatismo jurídico:

"Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. [...] A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania" (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Tais visões, segundo Dworkin, erram pela ausência de integridade do direito em suas respostas aos conflitos interpretativos (SCHULZE, 2012, p. 113). Da mesma forma, a reparação dos danos extrapatrimoniais não pode se amparar em alguma fórmula de precisão matemática na qual as particularidades do caso deixam de ser apreciadas em prol de uma visão puramente monetária do dano, que é determinado por valores pré-fixados, tampouco pode ser avaliada de forma discricionária, devendo ser analisada sob a luz do direito como integridade.

A noção de resposta correta aplica-se quando: não há resposta clara para o caso; a intenção da lei não se mostra clara; há precedentes judiciais em distintas orientações (SCHULZE, 2012, p. 113). Em síntese, Dworkin aduz que a resposta correta para os casos difíceis será encontrada por meio do reconhecimento dos direitos, que devem ser levados a sério, e por uma percepção do direito como integridade, "que contemple a coerência de princípios, a justiça, a equidade e o devido processo legal" (SCHULZE, 2012, p. 116). Em se tratando da indenização por danos extrapatrimoniais, os juizes, até o tabelamento imposto pela Lei nº 13.467, de 2017, detinham de enorme liberdade para julgar, de forma a buscar a resposta correta.

A fim de expor a complexa estrutura da interpretação jurídica, Dworkin se utiliza da figura do juiz Hércules, um juiz imaginário que possui capacidade e paciência sobre-humanas, tempo infinito ao seu dispor e compactua com a integridade no direito (DWORKIN, 1999, p. 287). Ele avalia todas as inúmeras possibilidades de resolução de um caso difícil e, com base na integridade, encontra a resposta correta. Trata-se de uma metáfora criada para mostrar as formas de o juiz enfrentar todas as questões que devem ser abordadas na hora de decidir corretamente um caso (SCHULZE, 2012, p. 103). Segundo o autor, um juiz verdadeiro só pode imitar Hércules até certo ponto, mas tem capacidade de identificar a interpretação mais adequada ao caso difícil (SCHULZE, 2012, p. 111). Deve tentar encontrar, "em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e

deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 1999, p. 305). O juiz, na hora de quantificar o dano extrapatrimonial submetido à sua apreciação, deve buscar assemelhar-se ao máximo com tal juiz imaginário, de maneira a considerar de forma adequada as pretensões jurídicas levantadas no caso concreto.

A única decisão correta ocorre em face de um caso determinado, limitado por um contexto histórico-social. Desta forma, a reparação individual do dano não pode se respaldar por um procedimento atemporal que conduza a uma mesma decisão em todos os problemas práticos, inclusive porque a integridade opera caso a caso. Assim, não é possível elencar *a priori* qual é o valor do dano a partir de sua graduação em leve, médio, grave e gravíssimo, na medida em que esses padrões normativos não abarcam as particularidades do caso em análise. A multiplicidade de fatos e detalhes que permeiam as relações de trabalho impede que o legislador preveja todos os eventos que possam gerar dano extrapatrimonial, não sendo razoável colocar as diversas formas de violência laboral em somente quatro patamares (VIEIRA, 2018, p. 270-271). Não se pode tratar de idêntica maneira lesões essencialmente distintas.

Ainda, o bem jurídico tutelado em tais casos possui natureza imaterial, logo, a intensidade e o reflexo das ofensas podem variar quase ao infinito, a depender das circunstâncias de cada caso (OLIVEIRA, 2017, p. 1063). Dado que não é possível limitar a intensidade da lesão, também não é possível limitar o valor da indenização, sob risco de uma reparação deficiente, em prol do indivíduo agressor, o que acaba, inclusive, incentivando o comportamento lesivo (OLIVEIRA, 2017, p. 1065). A intensidade do dano moral considerado gravíssimo pode não encontrar correspondência no limite máximo fixado pela norma (BARBA FILHO, 2017, p. 190).

Deste modo, a predeterminação do ressarcimento é incapaz de reparar a lesão sofrida na devida medida, seja porque não observa as peculiaridades fáticas de cada caso, seja porque estabelece um valor-limite que pode se mostrar incapaz de resultar numa reparação integral. Nosso sistema jurídico e a lógica de equidade, justiça e razoabilidade que o orienta não permite que o autor da conduta ilícita possa auferir situação de vantagem, tampouco que a indenização seja incompleta.

O tabelamento prévio do valor da reparação por danos extrapatrimoniais foi implementado pela Lei nº 13.467/2017 sob o argumento da necessidade de se garantir segurança jurídica às partes. Contudo, não pode a lei subalterna atenuar a responsabilidade civil do causador de ato ilícito pretendendo afastar eventuais excessos na quantificação do valor a reparar o dano.

O arbitramento judicial não se confunde com a arbitrariedade, uma vez que existem critérios que proíbem o total arbítrio do julgador: o juiz deve fixar

indenização equitativa; observar eventual culpa da vítima; atentar-se às circunstâncias do caso (artigos 944 e 945 do Código Civil). Outrossim, a própria reforma trabalhista, em seu artigo 223-G, incisos I a XII, elenca uma série de critérios que guiam o juiz no momento da fixação do valor do dano extrapatrimonial, os quais, conforme já constatado, devem ser entendidos como exemplificativos. Logo, o sistema do arbitramento judicial é o que mais segurança oferece. Os critérios referidos, estabelecidos pela doutrina, jurisprudência e legislação, são lógicos, devendo sempre ser explicitados. Uma vez fundamentada de modo adequada a decisão judicial, garante-se o controle da racionalidade da sentença (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018, p. 179). Se o valor arbitrado for considerado insatisfatório ou exorbitante, as partes ainda podem opor seu descontentamento a uma instância superior, revisora da decisão prolatada.

Neste sentido, uma liquidação equitativa gera maior flexibilidade, maior adequação à exigência da proporcionalidade entre dano e reparação, cuja análise depende das particularidades do caso em concreto. Esta liquidação não pode se traduzir numa operação arbitrária, deve respeitar o direito como integridade. Trata-se de uma estimativa judicial que, para ser justa, deve ser fixada segundo as condições do caso, sem limitações abstratas e em observância aos princípios presentes no ordenamento jurídico. Cabe ao magistrado considerar todos os detalhes da situação fática apresentada, muitas vezes se colocando no lugar do lesante e do lesado, para realizar a subsunção adequada do caso à norma prevista, de modo a proferir a decisão correta.

4.2 DEMAIS RAZÕES DA IMPOSSIBILIDADE DO TABELAMENTO IMPOSTO PELA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.2.1 Uma leitura moral da Constituição

Segundo Dworkin, há uma enorme diferença entre a Constituição e as leis comuns: "a Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, e por esse motivo a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como a suas cláusulas abstratas, deve ser também fundamental" (DWORKIN, 1999, p. 454). O autor parte de uma leitura principiológica da Constituição, por ele denominada "leitura moral da Constituição". Trata-se de uma leitura baseada em princípios jurídicos, possuindo como ponto de partida a reconstrução da concepção de dignidade da pessoa humana, que atua como condição de legitimidade das decisões políticas e jurídicas (PEDRON; CARVALHO, 2016, p. 435).

Para isso, o autor distingue a ética, entendida como o dever de cada um de

fazer de sua própria vida a mais valiosa segundo o seu próprio padrão de felicidade; e a moralidade, compreendida como o dever de agir em relação ao outro, devendo-se tratar todos de modo igualmente valioso. A partir da integração entre ambas, a noção de dignidade humana em Dworkin contém uma dupla dimensão normativa: tanto " exige que devemos tratar os outros com igual respeito e consideração (o que, em si, encerra o sentido de moralidade para o autor)" (PEDRON; CARVALHO, 2016, p. 436) , como "determina que todos têm direito a uma vida eticamente independente (ou seja, uma autonomia de definição ética de que projeto pessoal de felicidade deve estar buscando)" (PEDRON; CARVALHO, 2016, p. 436). Assim, atos que desrespeitem o dever de igual consideração e respeito, segundo o qual a vida de todas as pessoas têm a mesma importância objetiva, são contrários não só à moralidade, como também afetam de forma negativa a ética, através da qual nos esforçamos para tornar nossas próprias vidas como algo importante em si. Daí decorre a exigência de que as decisões institucionais respeitem ambos os princípios da dignidade da pessoa humana (PEDRON; CARVALHO, 2016, p. 436).

Neste sentido, conforme já aduzido, o juiz deve solucionar os casos apresentados à luz da integridade do direito, que impõe a observância a um conjunto único e coerente de princípios. Isso significa dizer que o magistrado, ao fundamentar sua decisão, deve tratar todos com igual respeito e consideração. Dworkin, ao discorrer sobre o direito a ser indenizado por danos causados pela negligência de outra pessoa, afirma que "a integridade detém seu olhar sobre essas questões de princípio: o governo deve ter uma só voz ao se manifestar sobre a natureza desses direitos, sem negá-los, portanto, a nenhuma pessoa em momento algum" (DWORKIN, 1999, p. 268). Isso porque é a posse de direitos que permite que as pessoas sejam tratadas igualmente.

O conjunto de normas inseridos no ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado a partir dos princípios insculpidos na Constituição Federal que, considerada a sua magnitude, não podem ter sua incidência relativizada por norma inferior, tal qual a Lei nº 13.467, de 2017. O legislador constituinte colocou a dignidade da pessoa humana no ápice de nosso ordenamento, qualificando-a como um dos fundamentos do Estado brasileiro e transformando-a num vetor a direcionar todo o corpo normativo do sistema jurídico, de forma que o intérprete não pode desconsiderá-la em nenhum ato de interpretação das normas (MELO, 2013, p. 10). Nesta seara, tem-se que 1) a eficácia dos direitos de personalidade, derivados do princípio da dignidade da pessoa humana e tutelados de forma integral por nossa

Lei Maior contra lesões que os violem, numa sociedade comprometida com os princípios de sua Constituição, não é uma eficácia restrita ou contida, já que a Constituição não é promessa, não é vontade para o futuro; e 2) o igual respeito para com os demais, também derivado da dignidade humana e traduzido no princípio da igualdade (CF, arts. 3º, inciso IV³³, e 5º, *caput*³⁴), não admite que nenhum grupo seja tratado de forma discriminatória. Ocorre que a mudança imposta pela reforma trabalhista violou tais direitos.

O artigo 223-G da referida lei institui duas categorias de pessoas, a saber: cidadãos e empregados. Em regra geral, o Judiciário não sofrerá nenhum limite para definir a indenização que considerar devida, mas, em se tratando de ofensa ao empregado, o órgão julgador deverá agir de modo distinto, submetendo-se aos valores-limites impostos pela norma (VIEIRA, 2018, p. 272). Logo, o empregado encontra-se em situação de nítida desvantagem em relação aos demais cidadãos, uma vez que somente estes últimos terão direito à reparação integral do dano.

Agravando o desrespeito à isonomia, a base de cálculo para a indenização prevista no dispositivo é o salário contratual do empregador³⁵, o que, em outras palavras, traduz-se na ideia de que a dor do pobre é menor do que a dor do rico. Ou seja, dois trabalhadores que sofreram dano de igual intensidade, sob as mesmas circunstâncias, pelo mesmo ofensor, receberão indenizações diferentes, variáveis a depender do salário que recebem (VIEIRA, 2018, p. 272), quando deveriam receber o mesmo valor. Um diretor de uma grande empresa seguramente receberá uma indenização muito superior a do operário responsável pela limpeza do local, ocasionando uma situação de não equidade, tal como se a dignidade do operário fosse de "segunda linha" (SANTOS, 2017, p. 68). Os bens da vida lesados (honra, imagem, intimidade, liberdade de ação), tal como todos os direitos fundamentais, têm pretensão de universalidade, devendo ser tutelados para todos os seres humanos pelo simples fato de serem seres humanos. "Aliás, a própria natureza dos direitos extrapatrimoniais reside precisamente na sua absoluta indiferença ao patrimônio do seu titular" (BARBA FILHO, 2017, p. 189).

Ademais, no caso de dois trabalhadores que exercem a mesma função e ficam tetraplégicos devido ao mesmo acidente de trabalho, mas um deles é sedentário e o outro esportista amador, embora haja claramente uma extensão

33 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

34 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: (...).

35 Tal lógica viola também o art. 7º, inciso XXXII, da Constituição, que assim dispõe: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

diferenciada de danos extrapatrimoniais, já que o segundo, por ser esportista, sofrerá mais em decorrência da tetraplegia, os dois receberão o mesmo valor à título de reparação. O preceito baseado no salário contratual do ofendido como unidade monetária a ser multiplicada para se encontrar o valor do dano, além de ofender o postulado da isonomia, impede a justa indenização, obstando a concretização do direito fundamental à reparação moral proporcional ao dano (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1212).

Além disso, o ofensor pensará duas vezes em quem ofender primeiro, o empregado com salário maior ou menor; pensará duas vezes, inclusive, se determinada ofensa deve ou não a vir a ser concretizada, dependendo do valor que é a ela previamente fixado. O ofensor, nestes termos, acaba sendo figura tutelada pela norma, visto que pode prever articuladamente a quem dirigir o ato e quais serão as consequências advindas dessa ação (CRISTOFOLINI JÚNIOR, 2018, p. 239), além de muitas vezes não precisar reparar de forma integral o dano, conforme já destacado.

O tabelamento do dano extrapatrimonial, por si só, é inconstitucional. Ademais, a distinção entre seres humanos em virtude de sua classificação como cidadão ou empregado, bem como a distinção entre empregados em virtude do salário auferido por cada um, são discriminatórias, logo, inconstitucionais. "Nossa sincera expectativa jurídica é a de que o bom senso prevaleça e a dignidade humana receba o *valor* — e não o *preço* — que merece" (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1215).

4.2.2 Uma análise dos precedentes judiciais

A concepção de dignidade humana tratada por Dworkin converte-se num consistente fundamento de defesa da coerência: a ideia de igual consideração e respeito se convola no princípio segundo o qual devemos tratar os casos semelhantes da mesma forma. Em suma, o juiz deve resolver os casos difíceis por meio de uma análise da legislação, dos princípios que se aplicam ao caso e dos precedentes:

“Caso os princípios que ele citar como estabelecidos forem incompatíveis com outras decisões que seu tribunal propõe-se igualmente a sustentar, Hercules não terá cumprido seu dever de mostrar que a decisão que ele tomou é compatível com princípios estabelecidos e portanto, equânime” (DWORKIN, 2010, p. 181).

Neste sentido, "os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo" (DWORKIN, 2010, p. 165).

Lançando mão da metáfora do romance em cadeia já explicitado, o autor afirma que cada romancista tem uma responsabilidade dupla, isto é, deve interpretar e criar, dado que necessita ler tudo o que foi realizado anteriormente para estabelecer o que é o romance criado até o momento, assim como deve fazer o juiz:

"Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então" (DWORKIN, 2005, p. 238).

Hércules, ao decidir um caso difícil, sabe que outros juízes já decidiram casos semelhantes ao seu. Considera, então, as decisões históricas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar. Todavia, ele não pode descobrir na história institucional aquilo o que nela quiser encontrar. Deve interpretar a história jurídica que encontra, e não inventar uma melhor (OLIVEIRA, 2009, p. 110).

Neste ponto, a tradição se apresenta como fator de estabilidade do direito. Hércules observa a existência de um fenômeno denominado por Dworkin de "força gravitacional dos precedentes", isto é, um juiz tende a comprovar que sua decisão associa-se a outra, tomada no passado, por outro juiz. Segundo aduz o autor, "a força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo (...) à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo" (DWORKIN, 2010, p. 176). O juiz está pronto para pôr à prova sua interpretação, para que ela seja comparada com as demais, a fim de que seja entendida como uma interpretação plena de todo o direito de sua comunidade. Mas

essa força gravitacional está restrita aos argumentos de princípio³⁶ utilizados para fundamentar as decisões passadas (DWORKIN, 2010, p. 177). Deve-se levar em consideração não apenas o que foi decidido anteriormente, mas como foi decidido, considerando o percurso que levou a tal decisão.

Assim sendo, o julgador deve seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado, filtrando os erros³⁷ e acertos; deve buscar o melhor andamento da história adotando o direito como integridade, preocupando-se em manter uma coerência de princípio em suas decisões. Cada decisão é um acréscimo de determinada tradição, não se confundindo com uma repetição desta (PEDRON; CARVALHO, 2016, p. 445). Para Dworkin, a melhor decisão é aquela na qual observam-se os postulados já estabelecidos na sociedade, prestigia-se o passado e projeta-se o futuro de uma maneira adequada. Nesta perspectiva, os precedentes são de análise obrigatória pelos julgadores, ainda que seja para afastá-los.

O ímpeto legislativo de instituir limites prévios a indenizações por danos extrapatrimoniais não é novidade no sistema jurídico brasileiro. A Lei nº 5.250, de 1967, intitulada Lei de Imprensa, assim o fez:

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).

Não obstante, em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, proclamou a não recepção de suas disposições pela Constituição de 1988, dentre as quais o tabelamento dos danos extrapatrimoniais, independentemente do critério utilizado (

³⁶ Dworkin distingue os argumentos de princípio dos argumentos de política: "Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção era proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio" (DWORKIN, 2010, p. 129-130). Assim, "se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma" (DWORKIN, 2010, p. 177).

³⁷ A integridade exige respeito aos precedentes, não sua imutabilidade. Mais do que a procura pela uniformidade das decisões, busca-se que elas sejam embasadas em princípios.

SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1212). Na oportunidade, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou:

“(...) a Constituição, no art. 5º, V, assegura o ‘direito de resposta, proporcional ao agravo’, vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia a dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos. A indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial se necessário for. Já, a indenização por dano moral — depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados — vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula n. 281 do Superior Tribunal de Justiça. Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/ SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello” (STF, ADPF nº 130/DF).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal já mantém há algum tempo jurisprudência coerente no sentido de repúdio a sistemas legais de tabelamento de dano extrapatrimonial (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1213):

"Constitucional. Civil. Dano moral: ofensa praticada pela imprensa. Indenização: tarifação. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa, art. 52: Não-recepção pela CF/1988, art. 5o, incisos V e X. [...] A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial — C.F., art. 5o, V e X — desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição" (STF, 2ª Turma, RE 396386, VELLOSO, j. 29.6.2004, DJ 13.8.2004).

Além disso, está em sintonia com o entendimento de que a riqueza da vítima não pode servir para orientar o valor da indenização do dano extrapatrimonial a

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (OLIVEIRA, 2017, p. 1065):

"Civil. Dano Moral. Indenização. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso Especial conhecido e provido" (STJ, 3ª Turma, REsp nº 951.777/DF, Redator: Ministro Ari Pargendler, DJ 27.8.2007).

Responsabilidade civil do Estado. Omissão no atendimento à gestante. Morte intrauterina. Indenização por dano moral. Proporcionalidade. 4. A avaliação das condições socioeconômicas dos envolvidos deve ser feita em conjunto com a ponderação acerca da gravidade dos fatos. Não se permite a relativização das indenizações por ofensa a direitos fundamentais tendo como parâmetro a riqueza da vítima, de modo que o direito dos ricos valeria mais que o dos pobres, os quais estariam se 'enriquecendo' ao receberem indenizações em valor muito superior à sua renda (STJ, 2ª Turma. AgRg no REsp 1.189.510/AC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 27.4.2011)."

A reforma trabalhista tenta ressuscitar questão já pacificada, entretanto, não afasta nenhum dos elementos que levaram o STF a declarar a Lei de Imprensa não recepcionada pela Constituição Federal (BARBA FILHO, 2017, p. 192). Adotando o entendimento dos precedentes ao caso presente, pode-se afirmar que a reparação por dano extrapatrimonial não está sujeita ao tabelamento previsto na Lei nº 13.467, de 2017. Para aplicá-los, no entanto, conforme alegado, o juiz deve determinar o motivo das decisões anteriores. Segundo Dworkin, direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores, possuindo valor legal não só quando explícitos, mas quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa (DWORKIN, 1999, p. 120). A integridade demanda que os juízes busquem tornar o direito coerente como um todo. A compartimentalização do direito, neste sentido, seria meramente didática, pois ele deve ser inteiramente moldado sob a ótica constitucional. Como se viu, nossa Constituição tutela amplamente o instituto do dano extrapatrimonial, sobretudo diante do proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, caso vingasse o disposto pela reforma trabalhista, ficaríamos perante um inusitado cenário de, quanto a danos extrapatrimoniais sofridos fora da relação laboral, permitir-se a reparação integral, mas, quanto a danos extrapatrimoniais ocasionados pela relação de trabalho, não.

O princípio implícito da proibição de retrocesso social é consagrado constitucionalmente, como se vê nos artigos 60, § 4^{o38}, inciso IV e 114, § 2^{o39}, ambos da Lei Maior, que vedam a exclusão de direitos fundamentais através de emenda

38 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

IV - os direitos e garantias individuais.

39 § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

constitucional e o retrocesso social como consequência da atuação do Judiciário, respectivamente (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018, p. 179). Seu reconhecimento é recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados [...]” (STF, 2ª Turma, AgR-ARE 639337, Min. Celso de Mello, j. 23.8.2011, DJe 14.9.2011).

No âmbito do Direito do Trabalho, tal princípio encontra previsão expressa no artigo 7º da Constituição brasileira (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”), dispositivo que também enuncia o princípio da proteção (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p. 1206). Ainda, sob a ótica do princípio trabalhista da norma mais favorável, todas as normas existentes no ordenamento jurídico que aumentem, no caso concreto, a efetividade constitucional ao princípio da dignidade humana devem ser aplicadas. Assim, a interpretação literal da lei celetista resultaria em tratamento discriminatório e injusto às pessoas inseridas na relação laboral, em claro retrocesso social.

Importa ressaltar que os valores obtidos a partir dos critérios da tabela do dano extrapatrimonial, nos incisos I a IV do do §1º do artigo 223-G ora em análise, são desproporcionais com a realidade que se verifica nos julgamentos realizados pelos órgãos trabalhistas. Em caso de morte, ofensa gravíssima, um empregado que recebe 1 salário mínimo, atualmente no valor de R\$ 954,00, receberia R\$ 47.700,00 a título de danos morais, quantia muito inferior aos valores determinados pelos tribunais trabalhistas. Veja-se julgado em que foi arbitrado o valor de R\$ 125.000,00 para a esposa e R\$125.000,00 para a filha do empregado falecido (CRISTOFOLINI JÚNIOR, 2018, p. 239):

"Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional, ao majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), sendo o valor de R\$ 125.000,00 para a autora Rosa e R\$ 125.000,00 para a autora Bruna, ressaltou a observâncias dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, evidenciando o sofrimento causado pela morte do marido e pai em acidente de trabalho, além da capacidade econômica da empresa. Não obstante tenha reservas pessoais quanto à utilização de critérios patrimonialistas calcados na condição pessoal da vítima e na capacidade econômica do ofensor para a quantificação do dano moral, verifico que, na situação em exame, o valor arbitrado pela Corte de origem não se mostra desproporcional em relação à própria extensão do dano. Incólumes os dispositivos invocados. Agravo de instrumento a que se nega provimento". (TST - AIRR: 1854420115040122, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 21/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/10/2015)

Por todo o exposto, não pode o legislador reduzir a hierarquia axiológica impressa na Constituição Federal, colocando o direito do trabalhador em degrau inferior. Como afirma Humberto Theodoro, "a lei não tem força, no tratar categorias jurídicas, de contrariar a natureza das coisas. A palavra final não é a do legislador, mas a da ciência jurídica" (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 158).

5 CONCLUSÃO

Podemos concluir que a desmedida corrida em busca do lucro, desrespeitada a moral nas relações trabalhistas, transformou o ser humano em frio e abstrato número (MELO, 2013, p. 20). Contudo, defende-se a concepção constitucional do fenômeno do Direito como um efetivo instrumento de civilização, isto é, o Direito como um instrumento civilizatório (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 194). É evidente, à luz da mais simples concepção de justiça, que uma sociedade democrática deve subordinar a lógica patrimonial àquela existencial, isto é, aplicar a regra do ser maior que o ter.

Como se viu, a Lei nº 13.467, de 2017, ao tabelar a reparação de danos morais, é flagrantemente inconstitucional, sendo nosso desafio analisar os possíveis rumos hermenêuticos desta nova regulamentação. A referida norma tentou descaracterizar um dos avanços humanísticos e sociais mais importantes da Constituição Federal de 1988, que é "o princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana" (DELGADO, 2017, p. 144). Tal intento pode ser superado através de uma interpretação científica dos dispositivos analisados, em vez de se ater o intérprete à leitura gramatical e literal do artigo 223-G da CLT.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, em parceria com outras entidades como a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, o Ministério Público do Trabalho – MPT, a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT, promoveram, nos dias 9 e 10 de outubro de 2017, a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, cujo principal tema foi a reforma trabalhista. Foram elaborados 125 enunciados sobre as questões tratadas pela norma (CRISTOFOLINI JÚNIOR, 2018, p. 242-243). Neste sentido, ilustram-se os enunciados acerca da inconstitucionalidade do dispositivo sobre o dano extrapatrimonial tabelado:

INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES AOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. TARIFAÇÃO. LIMITES AOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ARTIGOS 223-A, CAPUT, E 223-G, § 1º, INCLUÍDOS NA CLT PELA LEI Nº 13.467/2017, VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E OUTRAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DE BENS JURÍDICOS TUTELÁVEIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO, BEM COMO DA TARIFAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES. (grifo nosso)

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 223-G DA CLT. DANO EXTRAPATRIMONIAL - INDENIZAÇÃO TARIFADA - VIOLAÇÃO À

ISONOMIA - INCONSTITUCIONALIDADE. NOS TERMOS DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 130/DF QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 52 E 56 DA LEI DE IMPRENSA, COM EXPRESSA REFERÊNCIA À SÚMULA 281 DO STJ, A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NÃO ESTÁ SUJEITA A QUALQUER TARIFAÇÃO. IDÊNTICA A HIPÓTESE DO ART. 223-G DA NOVA CLT QUE, DA MESMA FORMA, AFRONTA O INCISO X, DO ART. 5º DA CRFB/88, QUE NÃO LIMITA O VALOR DA INDENIZAÇÃO PARA QUALQUER DANO EXTRAPATRIMONIAL. (grifo nosso)

DANO EXTRAPATRIMONIAL, §1º DO ART. 223 G DA LEI 13.467/2017. DANO EXTRAPATRIMONIAL, § 1º DO ART. 223 G DA LEI 13.467.2017. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO IMATERIAL PREVISTA NOS INCISOS DE I A IV DO § 1º DO ART. 223-G É INAPLICÁVEL PORQUANTO INCONSTITUCIONAL. (grifo nosso)

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL. ART. 223-G, § 1º, DA LEI Nº 13.467/2017. INCONSTITUCIONALIDADE. É INCONSTITUCIONAL A TARIFAÇÃO IMPOSTA PELO ART. 223-G, § 1º, DA LEI Nº 13.467/2017, POIS REPRESENTA VIOLAÇÃO: (I) AO ART. 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, POR DESRESPEITAR O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PERMITIR SITUAÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO ENTRE TRABALHADORES DE PADRÃO SALARIAL DIVERSO; (II) AOS INCISOS V E X, POR EXCLUIR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS, DIANTE DA LIMITAÇÃO DO VALOR MÁXIMO PARA A REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL; E (III) AO INCISO XXXV, POR NÃO PERMITIR, EM TODAS AS SITUAÇÕES, UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL JUSTA E ADEQUADA. (grifo nosso)

TABELAMENTO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. TABELAMENTO DO VALOR DA COMPENSAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. (grifo nosso)

Muitas arestas continuam soltas em relação ao assunto aqui abordado, estando pendentes de julgamentos ações no Supremo Tribunal Federal pugnando pela declaração de inconstitucionalidade das novas regras da CLT relativas às reparações de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho⁴⁰. Todavia, ainda que o regramento ora questionado não seja afetado em sua totalidade, a Lei nº 13.467, de 2017, deve ser interpretada conforme a Constituição, o que significa dizer que os valores indicados pelo artigo 223-G, para o arbitramento a título de danos morais, devem funcionar meramente como indicativos não vinculantes para efeito de tal quantificação (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018, p. 180).

Além disso, buscando sanar o impasse em estabelecer uma justa quantificação de reparação do dano moral, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.152.541/RS10, implementou um método bifásico para o referido procedimento: em primeiro lugar, é atribuído um valor base, valor de referência de acordo com o bem jurídico tutelado e a jurisprudência, ou seja, em conformidade com os casos semelhantes que já foram julgados; só então deve-se analisar as peculiaridades do caso concreto para definir o valor final da indenização (

⁴⁰ Já foram ajuizadas as ações diretas de inconstitucionalidade nº 5870, 6050, 6069 e 6082.

CRISTOFOLINI JÚNIOR, 2018, p. 238). Logo, na primeira etapa, a reparação é guiada por um grupo de precedentes judiciais; na segunda, são consideradas as circunstâncias do caso (são considerados o grau de culpa e a condição econômica do agente, por exemplo), de modo a atender a determinação de arbitramento equitativo pelo juiz. A importância da utilização de critérios teóricos para a definição da valoração do dano extrapatrimonial, a fim de construir parâmetros judiciais mais estáveis e previsíveis, não é negada, mas essa construção judicial não se confunde de nenhuma maneira com uma limitação tabelada legalmente, bem como atende de forma muito mais adequada aos juízos de equidade e reparação integral, essência da reparação dos danos extrapatrimoniais (BARBA FILHO, 2017, p. 192-193).

Destaca-se que o risco de discrepância entre os valores definidos pelos órgãos judiciais em casos semelhantes é permanente, não sendo suficiente para deslegitimar a busca por uma reparação ampla e equitativa dos danos extrapatrimoniais. Tal situação reflete elemento ínsito ao próprio sistema, absorvido inequivocamente pela importância que representa à sociedade a garantia da busca da justiça. Cabe à própria jurisprudência dar congruência aos valores das condenações em casos semelhantes, ressalvadas as singularidades caso a caso, tal como proposto pelo STJ.

Deste modo, o artigo 223-G, incisos I até IV, da CLT, fixa apenas um parâmetro geral, ausente qualquer caráter absoluto que seu texto faz transparecer. Prevalece o arbitramento judicial da reparação de danos extrapatrimoniais, podendo o julgador se valer do método bifásico implementado pelo STJ. Isso porque, quando se lida com o ser humano, necessária é a preservação da sua dignidade, sob pena de desrespeito aos valores fundamentais de qualquer regime democrático e estado de direito e, ainda, sob pena de autodesrespeito. "Não podemos admitir este desserviço a nós mesmos" (COLOMBO FILHO, 2017, p. 56).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Ana Clara Guimarães Rabêllo de. Reparação de danos morais e reforma trabalhista. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 82, n. 2, p. 174-180, fev. 2018.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Responsabilidade do empregador por dano moral reflexo. **Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações**, Porto Alegre, v. 12, n. 190, mar. 2016. 45-53.

ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp>. Acesso em: 20 Jun. 2019.

BARBA FILHO, Roberto Dala. A inconstitucionalidade da tarificação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 7, n. 63, p. 187-193, nov. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, José D'Assunção. Tempo e Narrativa em Paul Ricoeur: considerações sobre o círculo hermenêutico. **Fênix - Revista de História e Estudos Culturais**, v. 9, n. 1, p. 1-27, jan./fev./mar./abr. 2012.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais — estético, biológico e existencial: breves considerações. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. Dosimetria do dano moral. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 17-41, abr./jun 2013.

BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 73, n. 2, p. 158-185, abr./jun 2007.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 11 Jul. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452 de 01 de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452compilado.htm. Acesso em: 30 Mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. . Brasília, 11 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 Mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de Julho de 2018. Altera a Consolidação das Leis do

Trabalho (CLT). , 14 de Julho de 2017. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em:
20 Mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 5.250 de 09 de Fevereiro de 1967. Regula a liberdade de
manifestação do pensamento e de informação. . Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 14 Jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do
Brasil. Revogado pela Lei nº 10.406, de 2002. , 05 de Janeiro de 1916. Disponível
em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 22 Mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso
especial n. 1.189.510. 27 Abril 2011. 2ª Turma. . Jusbrasil. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19119252/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1189510-ac-2010-0067920-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21
Jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 951.777. 27 Agosto
2007. 3ª Turma. . Jusbrasil. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15318/recurso-especial-resp-951777-df-2006-0096518-1/inteiro-teor-100024638?ref=serp>. Acesso em: 21 Jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário
com agravo n. 639337. 15 Setembro 2011. 2ª Turma. . Jusbrasil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito
Fundamental n. 130. 30 Abril 2009. Tribunal Pleno. . Jusbrasil. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714009/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-130-df>. Acesso em: 21 Jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 396386. 29 Junho
2004. 2ª Turma. . Jusbrasil. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741625/recurso-extraordinario-re-396386-sp?ref=serp>. Acesso em: 21 Jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso ordinário
trabalhista n. 15335/99. 29 Março 2000. 2ª Turma. . Jusbrasil. Disponível em:
<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/12911641/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1533599-15335-99>. Acesso em: 21 Jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de
revista n. 1666/2005-153-03-40. 28 Setembro 2007. 3ª Turma. . TST. Disponível em:
<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 23 Jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de
revista n. 1854420115040122. 29 Outubro 2015. 7ª Turma . . Jusbrasil. Disponível
em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/250401473/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-1854420115040122/inteiro-teor-250401496?ref=serp>. Acesso
em: 21 Jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.

121900-12.2008.5.03.0114. 11 Outubro 2013. 1ª vara. . TST. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 23 Jun. 2019.

CARMO, Júlio Bernardo do. O dano moral e sua reparação no âmbito do direito civil e do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte , v. 25, n. 54, p. 67-115, jun. 1995.

CARVALHO, Lucas Borges de. Decisão judicial e resposta correta: o problema da objetividade na interpretação constitucional. **Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional**, Salvador, n. 2, 2008.

COLOMBO FILHO, Cassio. O "dilema do bonde" e a reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 47-56, jul./ago. 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. **Desconstrução e Justiça**: reflexões sobre o texto Força de Lei, de Jacques Derrida. 2007. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/direito-desconstrucao-e-justica/>. Acesso em: 19 Mai. 2019.

COSTA, Helena Dias Leão . **Desconstruindo o direito segundo o pensamento de Jacques Derrida**. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,desconstruindo-o-direito-segundo-o-pensamento-de-jacques-derrida,47705.html>. Acesso em: 11 Jul. 2019.

CRISTOFOLINI JÚNIOR, Wilson. As alterações inconstitucionais acerca do dano moral/extrapatrimonial segundo a Lei 13.467/2017. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 7, n. 67, p. 227-244, abr. 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso . Controvérsias sobre o dano moral trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 73, n. 2, p. 186-202, abr./jun. 2007.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso . O direito geral de personalidade e o conceito de dano moral trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 2, n. 21, p. 51-77, ago. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** . 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A matriz da Constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 193-211, jul./set. 2017.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 3. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2018.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOZICKI, Katya. O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. **O que nos faz pensar**, n. 18, set. 2004.

LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **O dano existencial nas relações de trabalho intermitentes**: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno. Brasília, 2018. Tese (Direito) - Universidade de Brasília.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.**, Porto Alegre, v. 19, p. 180-207, mar. 2001.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de . O dano moral coletivo e a sua reparação. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 38, p. 11-35, mar. 2015.

MELO, Nehemias Domingos de. Fundamentos da reparação por dano moral trabalhista e uma nova teoria para sua quantificação. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 2, n. 21, p. 8-25, ago. 2013.

MENDES, Bruno. A representância do passado histórico em Paul Ricoeur: linguagem, narrativa, verdade. **História da Historiografia: International Journal of Theory and History of Historiography**, Ouro Preto, v. 8, n. 19, p. 88-106, jun. 2016. Disponível em: <https://www.historiadahistoriografia.com.br/revista/article/view/912>. Acesso em: 28 Mai. 2019.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva: critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 81, n. 4, p. 107-134, out./dez. 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. O dano extrapatrimonial e a Lei n. 13.467/2017. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 81, n. 9, p. 1031-1042, set. 2017.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. **Revista LTr**, v. 78, n. 8, p. 965-972, ago. 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. O dano pessoal no direito do trabalho. **Revista**

do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 18, p. 131-161, jan./mar. 2002.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair. A quantificação dos danos morais como exemplo da tensão entre direito e justiça: o processo judicial como narrativa e os limites da experiência. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 15/18, n. 15/18, p. 217-228, 2006/2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 81, n. 9, p. 1054-1068, set. 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud; CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de. A contribuição da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. **RVMD**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 431-449, jul./dez. 2016.

REIS, Clayton. A reparação do dano moral no direito trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 2, n. 21, p. 78-100, ago. 2013.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RICOEUR, Paul. **La memoria, la historia y el olvido**. Argentina: FCE, 2004.

RICOEUR, Paul. **Tiempo y narración**: configuración del tiempo en el relato histórico. 5. ed. México: Siglo veintiuno, 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007 [i.e] 2017, da reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017.

SCHULZE, Clenio Jair. A teoria da decisão judicial em Ronald Dworkin. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 128, dez. 2012.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de et al. Reforma trabalhista e danos extrapatrimoniais: a vida por um preço e a teoria do piso implícito. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 82, n. 10, p. 1203-1215, out. 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski ; GUIMARÃES FILHO, Gilberto. Tempo e Direito: reflexões sobre a temporalização da Constituição a partir de Paul Ricoeur e François Ost. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 1, n. 1, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto . **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto . **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Em que medida é adequado estabelecer um regime tarifado para a indenização por dano extrapatrimonial?. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 84, n. 2, abr./jun. 2018.