

AS FORMAS DE FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO NAS AÇÕES DE DANO MORAL

Stênio Magno da Silva Pinheiro

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo principal, discutir as maneiras utilizadas pelo magistrado para arbitrar o valor da indenização de danos morais, levando em consideração, que a presente temática é um desafio do dia a dia dos magistrados e julgadores, tendo em vista que não existe um tabelamento pronto capaz de demonstrar julgador o quanto ele deve arbitrar ao conceder uma indenização dessa natureza. Em razão da falta de tabelamento para arbitrar a quantificação, aqui também será discutido se a indenização arbitrada pelo magistrado é capaz de cumprir com a sua função punitiva para o ofensor, e compensatória para o ofendido. É sabido ainda que o dano moral é uma dor experimentada pela vítima, não atingindo assim o seu patrimônio. A inexistência de parâmetros para quantificar o dano sofrido, faz com que o magistrado se utilize de critérios subjetivos, que sejam capazes de ao menos demonstrar o constrangimento e a dor causada ao ofendido. Assim sendo, aqui também será demonstrado se a falta de critérios objetivos para a fixação do quantum indenizatório, acarreta o ativismo judicial e a insegurança jurídica. De um modo sucinto, também será demonstrado quais são os impactos trazidos na justiça do trabalho com relação a essa temática, certo que na justiça do trabalho, atualmente, são utilizados critérios objetivos para quantificar a indenização.

Palavras-chave: Indenização. Dano Moral. Critérios. Ativismo Judicial. Insegurança Jurídica. Quantificação.

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to discuss the ways in which magistrates can judge the value of compensation for moral damages, taking into account that the present issue is a challenge for the daily life of magistrates and judges, since there is no a ready record capable of demonstrating to judge how much he should arbitrate in granting such indemnity. Because of the lack of tabulation to arbitrate the quantification, here will also be discussed if the indemnity arbitrated by the magistrate is able to fulfill with its punitive function for the offender, and compensatory for the offended. It is also known that moral damage is a pain experienced by the victim, thus failing to reach his patrimony. The lack of parameters to quantify the damage suffered, causes the magistrate to use subjective criteria, which are able to at least demonstrate the embarrassment and pain caused to the victim. Thus, it will also be demonstrated here if the lack of objective criteria for the determination of the indemnity quantum, entails judicial activism and legal insecurity. In a succinct way, it will also be demonstrated what are the impacts brought on labor justice in relation to this issue, certain that in labor justice, currently, objective criteria are used to quantify the indemnity.

Keywords: Indemnification. Moral damage. Criteria. Judicial Activism. Juridical insecurity. Quantification.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasceu a partir de uma dúvida que permeou durante o bom tempo: Quais são os critérios utilizados pelo magistrado para arbitrar o valor para indenização nas ações de danos morais, haja vista a inexistência de tabelamento para se arbitrar o valor? Após um estudo feito a partir dessa dúvida, outra dúvida surgiu: Se o dano moral é considerado como uma dor interna sofrida pelo ofendido, como o magistrado será capaz de avaliar o caso e dar um valor de indenização, se ele não passou por tal situação? Porque existe oscilação de valores em ações dessa natureza para um mesmo caso?

Após o estudo sobre a temática, chegou-se então à seguinte indagação: A falta de critérios objetivos para a fixação do quantum indenizatório, acarreta a insegurança jurídica e o ativismo judicial?

O presente trabalho além de trazer esses tópicos, também irá discutir se a indenização arbitrada pelo magistrado é capaz de cumprir o seu papel punitivo para o ofensor e compensatório para o ofendido.

Aqui também será discutido os impactos causados na justiça do trabalho, pois a reforma trabalhista trouxe consigo o tabelamento das indenizações de dano moral, tendo por base o salário do ofendido.

CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito

A responsabilidade civil é conceituada por alguns autores como sendo uma idéia de reparação de dano causado, um dever jurídico a ser cumprido. Carlos Roberto Gonçalves conceitua a responsabilidade civil da seguinte maneira:

A responsabilidade civil exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica.¹

Na visão do autor Fábio Ulhoa Coelho, a responsabilidade civil é conceituada da seguinte maneira:

Responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva. Classifica-se como obrigação não negocial.²

O autor Sérgio Cavalieri Filho, fala da responsabilidade civil fazendo menção ao seu sentido etimológico e sentido jurídico, sendo da seguinte forma:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocabulário não foge dessa

¹CARLOS, Roberto Gonçalves. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. Vol 4. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010. p. 19.

²COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil**. Vol. 2. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 268.

ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.³

1.2 Elementos fundamentais da responsabilidade civil

É possível verificar a existência de pressupostos da responsabilidade civil fazendo uma simples leitura do artigo 186 do Código Civil que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁴

Analisando o dispositivo acima, nota-se que são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil, sendo: Ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Com relação a ação ou omissão, a lei faz referência a qualquer pessoa que venha causar dano a outrem por ação ou omissão. A responsabilidade pode se originar de um ato próprio, ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda, dos danos causados por animais e coisas que lhe pertençam.

O Código Civil ainda traz consigo as hipóteses de responsabilidade por ato próprio, por exemplo, nos casos de calúnia, injúria e difamação, de abuso de direito e de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga.

No que se refere à culpa ou dolo do agente, é sabido que o dolo nada mais é do que a vontade de violar algum direito, e por essa razão passa a ser uma conduta intencional e consciente, já a culpa, consiste na falta de cautela.

Carlos Roberto Gonçalves, no que tange a obtenção de reparação, expõe seu ponto de vista dizendo:

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns

³FILHO, Segrio Cavalieri. **Programa da responsabilidade civil**. 3ª tiragem. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. p 24.

⁴BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.⁵

A relação de causalidade nada mais é do que o elo de ligação entre a ação ou omissão do agente e o dano causado. Sem relação de causalidade não há que se falar em obrigação de indenizar. Havendo a existência de um dano, este deve estar diretamente ligado ao comportamento do agente. Não estando, não se configura a relação de causalidade, nem a obrigação de indenizar.

Em se tratando de dano, sem a prova deste, não poderá haver responsabilização civil de nenhum agente. O dano poderá repercutir sem atingir a seara financeira do ofendido, podendo ser assim, material ou moral. A não evidência de dano é obstáculo para requerimento de indenização.

Com efeito, o elemento subjetivo da culpa é o dever violado. A responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente. No entanto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropelar nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta. A obrigação de indenizar decorre, pois da existência da violação de direito e dano, concomitantemente.⁶

1.3 O dano moral no Brasil e a sua evolução

A ocorrência do dano moral dentro do direito brasileiro pode ser separada em três diferentes fases, sendo: negativista, reparabilidade restrita e reparabilidade plena, conforme Wesley de Oliveira Louzada.

Mesmo com a reparabilidade do dano moral ter seu espaço na doutrina, a concepção dominante na jurisprudência era negativista, sendo que tal concepção,

⁵CARLOS, Roberto Gonçalves. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol 4. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 53.

⁶CARLOS, Roberto Gonçalves. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol 4. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 54.

tinha como centro a impossibilidade da reparação do dano moral, e com amparo equilibrado de alguns autores, tendo como sustentáculo argumentos no sentido de que, não se poderia reparar o dano moral porque seria irreal atribuir valor à dor humana e a ausência de previsão regular geral, sendo categórico o Código Civil de 1916 com relação às ressalvas em que a reparação do dano moral seria possível.

Em desacordo com a taxatividade do Código Civil de 1916 relacionada à reparabilidade dos danos morais, Yussef Said Cahali enfatiza o seguinte:

“se é certo que o antigo Código Civil se omitiu quanto a inserir uma regra geral de reparação do dano moral, não era menos certo que se referia a diversas hipóteses em que o dano moral seria reparável (arts. 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550, todos do CC/1916); tais hipóteses assim referidas estavam longe de constituir simples exceção à regra de que só os danos patrimoniais deveriam ser ressarcidos; antes, pelo contrário, visando apenas disciplinar a ‘forma de liquidação do dano’, prestavam-se para confirmar que estava ínsita na lei civil a ideia da reparabilidade do dano moral”.⁷

De forma gradativa, a teoria positivista foi conseguindo conquistar o seu lugar dentro do ambiente dos tribunais, a ponto de que já tivesse sido admitida a indenização por danos morais antes mesmo da Constituição Federal de 1988, entretanto, de forma arisca, tendo sido apontada pela jurisprudência da época, como imprescindível para que se examinar a indenização por danos morais a lesão de algum bem patrimonial.

A fase da reparabilidade restrita acontecia dessa maneira, não sendo autorizada de forma clara e evidente, a contingência do dano moral puro. Mesmo com a teoria positivista mostrando um grande avanço em relação a fase negativista anterior, ainda havia o dever de fazer referência ao dano patrimonial indireto para que alcançasse a meta de reparar o dano moral.

Na fase da reparabilidade restrita, a principal crítica feita é com relação a ausência de segurança jurídica relacionada às indenizações por danos morais, pois, de acordo com o exposto, quando se autoriza a reparação por dano moral fazendo exigência da presença de dano patrimonial, o que se exige na verdade é que nas

⁷CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 41.

ações de indenização seja ocultado o dano de ordem moral sob alguma peculiaridade patrimonial antes de submetê-lo à análise do julgador.

A discussão relacionada ao fato de indenizar ou não para compensar o dano moral era muito intensa até a promulgação da Constituição Federal de 1988, e a partir daí, a temática conquistou amparo no texto da Constituição, expostos em seu artigo 5º, V e X, e mais tarde, com o advento do Código Civil, em seu artigo 186. A partir de então, os pedidos de reparação de dano moral foram acolhidos pela Constituição, dizendo o seguinte:

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;⁸

No que se refere a garantia trazida nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, Yussef Said Cahali faz um breve comentário, dizendo que “a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior”.⁹

Maria Celina Bodin de Moraes, no que se refere a chegada da Constituição Federal juntamente com a confirmação de suas garantias expostas em seu artigo 5º, incisos V e X, expõe seu ponto de vista de acordo com a seguinte percepção:

“Não há lugar, atualmente, para controvérsias quanto à ressarcibilidade do dano moral, em face do que consta da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X, no qual se lê claramente que é assegurado o direito à indenização por danos morais. Todas as objeções quanto à ressarcibilidade do dano moral, portanto, parecem hoje interessantes somente do ponto de vista de sua evolução histórica, pois a reparabilidade dos danos morais não

⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

somente é matéria constitucionalmente prevista, mas configura-se ali através de cláusula pétrea”¹⁰

Fazendo menção a Clayton Reis, Alexandre de Moraes expõe o seguinte:

“A Constituição Federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando ao ofendido a total reparabilidade, em virtude dos prejuízos sofridos. A norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja pelo ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta”.¹¹

Como a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a garantia da reparação por danos morais, o Código Civil de 2002, seguindo a mesma linha, também trouxe consigo a possibilidade de reparação do dano, exposto no seu artigo 186, onde diz o seguinte:

Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹²

No que se refere a regulamentação feita pelo Código Civil de 2002 com relação ao dano moral, Rui Stoco faz uma crítica, alegando a ausência de um regulamento um pouco mais aprofundado sobre o tema, dizendo o seguinte:

“Lamentavelmente o Código Civil de 2002, nesta quadra, postou-se na contramão da história, pois é extremamente tímido com relação ao dano moral, tanto que fez menção e ele uma única vez (no art. 186), apenas de passagem, nada mais estabelecendo acerca da proteção fundamental como

¹⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 155

¹¹REIS, Clayton. **Dano moral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 85.

¹²BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

que revelando a aversão que o legislador nutria acerca desse aspecto da responsabilidade civil.”¹³

Humberto Theodoro, sobre a regulamentação trazida pelo Código Civil em seu artigo 186, fala o seguinte: “hoje, então, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão”.¹⁴

Diante de todo o exposto e de toda a análise feita, o que se nota é que a hipótese de irreparabilidade do dano moral já está mais do que derrubada, em razão das regulamentações trazidas em nossa Carta Magna, Código Civil, nas doutrinas e também nas jurisprudências.

1.4 Dignidade da pessoa humana inserida na responsabilidade civil

Propondo a estudar a temática do dano moral, automaticamente também se torna importante fazer referência a dignidade da pessoa humana, levando-se em consideração que a Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, menciona que a República Federativa do Brasil, tem o princípio da dignidade humana como um dos seus fundamentos, e que o artigo 5º inciso X da Carta Magna garante o direito à indenização por danos morais e materiais, decorrentes de violação do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, o Estado passou a ser um Estado Democrático de Direito, razão pela qual, o legislador colocou o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo um princípio fundamental, confirmando que o Estado se encontra em razão das pessoas, não as pessoas em função do Estado.

A existência dos direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição

¹³STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1664.

¹⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Federal, se deve ao fato de que as atitudes tomadas pelo Estado não podem barrar os direitos e garantias das pessoas. As atitudes do Estado deverão ser examinadas com base no princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de ser tida como inconstitucional.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana passa a ter a característica de uma norma para a inclusão de outras regras e princípios do ordenamento jurídico, pois, como dito acima, as condutas do Estado deverão estar de acordo com tal princípio. A aplicação deste princípio a visão do direito, teria melhor aproveitamento quando aplicada a um caso concreto, quando, a partir daí, passa a se observar como tal princípio se desenvolve e manifesta dentro da realidade.

Dessa maneira, é fundamental reconhecer a grandeza que o princípio da dignidade da pessoa humana tem no ordenamento jurídico vigente, haja vista ser esse o princípio-chave, ou seja, o princípio que tem a competência para conceber ao direito civil unidade avaliatória e sistemática, impedindo dessa forma, a ocorrência de desigualdades.

CAPÍTULO II – DO DANO MORAL

2.1 Conceito

O presente capítulo tem o objetivo de conceituar o dano moral a partir da visão de alguns doutrinadores e falar quais são as funções da sua indenização, levando em consideração que tal conceito poderá ser definido de diferentes formas por doutrinadores que trabalham sobre a matéria.

Os vários conceitos de dano moral devem ser analisados e observados tendo por base a Constituição Federal de 1988, pois ela, desde a sua vigência, colocou o ser humano no centro do ordenamento jurídico, e com isso, fez com que os seus direitos se transformassem numa condução para todos os ramos jurídicos.

Rui Stoco, quando cita Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze menciona que

“o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente dedutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.¹⁵

Na visão de Sérgio Cavalieri Filho o dano moral é:

Lesão de um bem integrante da personalidade; violação de bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação á vítima.¹⁶

Carlos Roberto Gonçalves define o dano moral da seguinte maneira: Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio.

¹⁵STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª. Edição. revista atualizada. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1666.

¹⁶FILHO, Segrio Cavalieri. **Programa da responsabilidade civil**. 3ª tiragem. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. p 93.

É a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.¹⁷

Ainda reforça dizendo:

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

¹⁸

Maria Helena Diniz, define o dano moral de uma maneira bastante sucinta, dizendo que “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo.”¹⁹

Orlando Gomes também, de maneira breve define o dano moral como sendo “o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem.”²⁰

A autora Maria Celina Bodin de Moraes preleciona que “tanto será dano moral reparável o efeito não patrimonial de lesão a direito subjetivo-patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.”²¹

Ainda, segundo preleciona Humberto Theodoro Júnior,

¹⁷CARLOS, Roberto Gonçalves. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol 4. 7ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012, p. 379.

¹⁸CARLOS, Roberto Gonçalves. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol 4. 7ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012, p. 379.

¹⁹DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. Vol 7. 21ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2007, p.88.

²⁰GOMES, Orlando, **Responsabilidade civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2011, p. 77

²¹MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 157

“de maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da reputação ou da consideração pessoal’)”.²²

2.2 Funções da responsabilidade civil

Ao observar o conceito de dano moral indenizável, é importante agora analisar quais são as suas funções, sendo indispensável destacar em primeira análise, que, tratando-se de indenização por dano moral, não há falar devidamente em ressarcimento, como é familiar no dano patrimonial e na responsabilidade civil em geral, em cujo seio a remediabilidade do dano moral tem seu berço, institutos que se orientam pelo princípio do *restitutio in integrum*.

Clayton Reis preleciona dessa maneira ao dizer que “a teoria da responsabilidade civil se encontra edificada sobre o princípio da integralidade ou da *restitutio in integrum*, ou seja, amparada no pressuposta de que todo dano deve ser objeto de plena reparação ou reposição ao *status quo ante*”.²³

Assim sendo, notadamente, quando refere a dano moral, não é possível a restauração ao *status quo* anterior, pelo que se mostra desacertada a utilização do termo ressarcimento, abrindo brecha à ideia de reparação ou compensação, e, desse modo, a quantia dada a título de compensação por dano moral tem a utilidade de uma solução ineficaz para pacificar o interior do ofendido e tentar aniquilar o dano através das inúmeras oportunidades que o dinheiro pode proporcionar, a critério do ofendido.

2.3 Função compensatória

A função compensatória da responsabilidade civil tem o papel de acertar o desacerto causado pelo prejuízo. A função compensatória é exercida pelo modo

²²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7 edição. atualizada. e ampliada. Belo Horizonte:

Editora Del Rey, 2010. p. 2.

²³REIS, Clayton. **Dano moral**. 5 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 170.

pecuniário, ou seja, mediante pagamento em dinheiro. Quando há evidência de um prejuízo patrimonial, a compensação será condizente ao prejuízo sofrido pelo agente. Sobre o assunto, o autor Fábio Ulhoa Coelho menciona:

O devedor tem a obrigação de pagar ao credor o valor do prejuízo. Não se opera, neste caso, enriquecimento da vítima que deve apenas ver seu patrimônio recomposto à mesma condição anterior ao dano. Já se o prejuízo é extrapatrimonial, no caso de danos morais, o valor a ser pago em dinheiro não é equivalente ao dano. A dor moral é rigorosamente falando, insuscetível de avaliação pecuniária. A função da responsabilidade civil, assim, é compensar o credor do vínculo obrigacional, seja recompondo prejuízos patrimoniais na mesma medida, seja assegurando-lhe aumento no patrimônio em contrapartida a dor experimentada.²⁴

No mesmo sentido, o referido autor ainda preleciona:

A principal função da responsabilidade civil é compensar os danos sofridos pelo sujeito ativo. Se forem exclusivamente patrimoniais, a indenização terá equivalência ao valor dos danos, e o credor não se enriquece com o pagamento. Se forem extrapatrimoniais, não há esta equivalência e o credor enriquece com o cumprimento da obrigação de indenizar.²⁵

De acordo com o que dispõe o artigo 944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano.”²⁶

Com relação a esse dispositivo, quando não se puder mensurar o dano de uma forma especificada, é notório que a aplicação da pecúnia a título de indenização necessariamente cumpra com a tarefa de operar como um bálsamo razoável para o ofendido.

Na doutrina e jurisprudência, não se encontra nenhum tipo de divergência quanto ao fato do dano moral ter de ser reparado, e sendo assim, a reparação será

²⁴COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil.** Vol. 2. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 284.

²⁵COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil.** Vol. 2. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 284.

²⁶BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

feita através da compensação, haja vista que não é possível devolver ao ofendido, o seu estado de espírito diminuído pelo dano causado.

2.4 Função punitiva

No que se refere a função punitiva da responsabilidade civil, existe uma contradição entre autores, pois alguns deles classificam como uma só as funções punitiva e preventiva.

O presente trabalho procura resguardar a corrente que objetiva a separação entre as funções punitiva e preventiva, sendo a função punitiva caracterizada como efeito sancionatório inerente à indenização, pois, em conjunto com a função compensatória, na transmissão do patrimônio do ofensor ao ofendido, ao mesmo tempo em que o ofendido auferir a indenização, a quantia referente a essa indenização, representa uma diminuição no patrimônio do ofensor, de modo que produza nele, um efeito diminutivo, como punição ao dano causado ao lesado.

Em oposição à função punitiva verificam-se alegações no sentido de que a função punitiva nas indenizações por dano moral, viria a afastar a função principal de reparação, princípio fundamental da responsabilidade civil referente ao direito civil.

Maria Celina Bodin de Moraes, citando o posicionamento de Wilson Melo da Silva, ao limitar a indenização por danos morais apenas ao seu caráter compensatório sustenta que “para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine é um delito que a justifique, ou seja, ‘*nulla poena sine lege*’. Para que haja dano basta a simples infringência da ampla regra do ‘*neminem laedere*’. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que o juízo cível se busca ressarcir é apenas a consequência do delito, ou seja, o dano [...]. Mira-se, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do quantum reparador, e não a culpa do autor”.²⁷

Ainda, nesse sentido, vem dizendo:

²⁷MORAES, Mria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos**

“A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não há que se basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de se não atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança”. E conclui: “em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (lato sensu) de que se irradiou o dever de indenizar [...] Ora, o pagamento indenizatório a título punitivo seria claramente uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito” [...]. A reparação é sem propósito exemplificativo, disciplinar: o que se tem por fito é emenda, correção objetiva. Daí a confundibilidade com a pena. O juiz que condena à reparação não pune; pode punir e condenar à reparação. Mas, mesmo então, as sanções são diferentes em conteúdo”.²⁸

Sobre a matéria, preleciona Humberto Theodoro:

O que, por outro lado, precisa ser ressaltado é que essas exceções em que a reparação civil assume feição punitiva só existem porque a própria lei as instituiu. Não são produto de vontade discricionária dos tribunais, mas resultado da vontade expressa do legislador. Assim, está cumprido o mandamento constitucional do *nulla poena sine lege*, mesmo que a lei in casu seja civil e não penal. O que importa é respeitar o sistema da Carta Magna, sendo indiferente saber se a lei punitiva veio com o rótulo civil ou penal. O que não pode faltar é a fonte legal e está existirá sempre nas exceções já lembradas.²⁹

Assim sendo, nessa formal percepção, de modo que não se constata na Constituição previsão de sanção para o dano moral, sendo que sua reparação é de extrema importância em razão da função punitiva ser, em alto grau, indispensável à responsabilidade civil, devem as circunstâncias encontrar devida previsão legal para tal, como é o caso da prisão civil em caso de alimentos, sob pena de se ferir o princípio da legalidade, exteriorizado na Constituição no artigo 5º inciso XXXIX, onde se lê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.³⁰

Consentindo a aplicação com cautela da função punitiva, Humberto Theodoro

²⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 262.

²⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 84

Júnior escreve:

Há nisso, razão de ordem ética, que, todavia, deve ser acolhida com adequação e moderação no campo da responsabilidade civil, que é geneticamente de direito privado, e não de direito público, como se dá com o direito penal. A este, e não ao direito privado, compete reprimir as condutas que, na ordem geral, se tornam nocivas ao interesse coletivo. Urge, pois, respeitar-se a esfera de atuação de cada segmento do direito positivo, sob pena de sujeitar-se o indivíduo a sofrer sanções repetidas e cumuladas por uma única infração. Um dos princípios fundamentais da repressão pública aos delitos é justamente o que repele o bis in idem, isto é, a imposição de duas condenações, em processos diferentes, pela mesma conduta ilícita. Daí que o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em conta pelo juiz cum grano salis. A ele se deve recorrer apenas a título de critério secundário ou subsidiário, e nunca como dado principal ou determinante do cálculo do arbitramento, sob pena de desvirtuar-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual.³¹

Carlos Roberto Gonçalves, declarando sobre o domínio do entendimento da existência de não apenas um caráter meramente compensatório, verifica o seguinte:

“Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem”.³²

Apesar de existir certa discordância na doutrina a com relação a questão da função mista da indenização por danos morais, a evolução da jurisprudência, ao menos de modo formal, é no sentido de harmonizar o entendimento que aceita, em se tratando de dano moral, tanto o aspecto de compensar o ofendido quando o de punir o ofensor.

É o que se nota no julgado abaixo:

³¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 46

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva,

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 20, § 3º DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 282 DE SÚMULA DO STF. 1."Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido." Precedente REsp 138.059/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 11.06.01); 2. O critério que vem sendo adotado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo, contudo, o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades e aos fatos de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 3. A majoração do "quantum" indenizatório a título de dano moral é medida excepcional e sujeita a casos específicos, tal como verificado no caso em exame. 4. In casu, tendo em vista o valor fixado no acórdão recorrido a título de indenização por dano moral em R\$(cinquenta mil reais), em razão das particularidades do caso e à luz da gravidade dos fatos descritos no acórdão recorrido, impõe-se o ajuste da indenização aos parâmetros adotados por este Tribunal no valor de R\$ 120.000,00, de modo a garantir à lesada a justa reparação, afastando-se, contudo, a possibilidade de enriquecimento indevido, corrigido monetariamente a partir desta decisão e dos juros moratórios nos termos da Súmula 54 desta Corte. 5. A ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento da questão federal suscitada. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido ³³.

Também, de acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS - MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - GASTOS COM CERTIDÕES - RESTITUIÇÃO EM DOBRO - DESCABIMENTO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - RESTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

- A fixação do quantum indenizatório a título de danos morais deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, observados o caráter pedagógico, punitivo e reparatório.

- Verificada a desproporcionalidade no caso concreto, a quantia deve ser majorada. - Somente é cabível a restituição em dobro, daqueles valores indevidamente cobrados e pagos pelo consumidor.

- O fato de o autor ter optado pela contratação de advogado, mediante remuneração, para a defesa de seus interesses, não obriga a parte contrária, ainda que sucumbente, a arcar com os honorários contratuais ³⁴.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1133386 RS 2009/0065181-7.

³⁴MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC: 10095130012313001 MG.

Ainda se observa:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ATOS DOLOSOS. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 475-J DO CPC. VIOLAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação. 3. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação pelas instâncias ordinárias da reparação em 950 salários mínimos, a serem rateados entre os autores, não sendo necessária a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais, salvo quanto à indexação. 4. É necessário alterar-se o valor da reparação apenas quanto à vedada utilização do salário mínimo como indexador do quantum devido (CF, art. 7º, IV, parte final). Precedentes. 5. A multa do art. 475-J do CPC só pode ter lugar após a prévia intimação do devedor, pessoalmente ou por intermédio de seu advogado, para o pagamento do montante indenizatório. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente provido.³⁵

Assim, o argumento que atina maior amparo no Brasil é de admitir essa função punitiva do dano moral, com cautela, como hipótese não somente compensar o dano sofrido, mas demonstrar punição ao dano causado, principalmente com a função preventiva, que será exposta no próximo tópico.

2.5 Função preventiva

A função preventiva da indenização por danos morais tem uma dupla finalidade, seguindo padrões semelhantes às penas previstas no direito penal: a prevenção especial, para impedir que o agente ofensor cometa novamente o mesmo tipo de lesão; e por outro lado prevenção genérica, para que desestimule outras pessoas ou

empresas de cometerem práticas ilícitas semelhantes.

Fábio Ulhoa Coelho, citando Guido Calabresi, assinala que, “ao desestimular condutas potencialmente danosas, a responsabilidade civil contribui para a redução da quantidade de gravidade dos acidentes e, conseqüentemente, dos custos a eles relacionados.”³⁶

Fazendo menção ao mesmo autor, diz ainda que através da função preventiva “previnem-se acidentes tanto por meio de proibição a determinados atos ou atividades como tornando as menos lucrativas”.³⁷

Sobre a matéria, Antônio Jeová Santos preceitua o seguinte:

A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do quantum na fixação do dano moral.³⁸

Por fim, a responsabilidade também tem o seu papel de função preventiva. Quando a responsabilidade é subjetiva, a função preventiva se evidencia quando o ato ilícito punido serve como um desestímulo de uma nova prática.

Assim diz Fábio Ulhoa: “A responsabilidade civil cumpre função preventiva. Quando subjetiva, ao sancionar o ato ilícito desestimula a sua prática; quando objetiva, ao tratar a indenização como custo de atividade estimula a prevenção dos acidentes ou prejuízos como medida de racionalidade econômica”.³⁹

³⁶COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil.** Vol. 2. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 288.

³⁷COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil.** Vol. 2. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 289.

³⁸SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável.** 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 162.

³⁹COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil.** Vol. 2. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 288.

CAPÍTULO III – PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

A busca por demandas indenizatórias nos tribunais vem aumentando de modo bem exorbitante. Assim sendo, o poder Judiciário encontra uma grande barreira em se tratando do arbitramento do *quantum* indenizatório no ramo do dano moral, sabido que não existe uma maneira eficaz e precisa para a sua quantificação ou até mesmo parâmetros seguros para essa, como há no dano material, o qual segue a aplicação da fórmula de “danos emergentes x lucros cessantes”, que visa à reparação do patrimônio da vítima, de forma que a mesma retorne ao estado anterior aos prejuízos. Levando em consideração que a atribuição de tarifar o valor da indenização por danos morais não é nada simples, em razão da falta de critérios legais para a sua quantificação, até mesmo pela tamanha dificuldade para fazer o tabelamento de valores, uma vez que a indenização no dano extrapatrimonial é de caráter exclusivamente compensatório, seria trabalhoso estipular e valores para o constrangimento, a dor, entre outros experimentados pelo ofendido, apesar de ser uma possível solução para a problemática da fixação do *quantum* indenizatório nas ações de dano moral.

Dessa forma, juízes e julgadores quando se encontram com uma solicitação, que tem como alvo principal a discussão sobre indenização de natureza extrapatrimonial, encaram uma série de dificuldades, ocorridas em face da inexistência de critérios objetivos e determinados por lei para estipular um valor justo e adequado.

Dessa forma, como a inexistência de dispositivos legais objetivos para fixar valor ao dano moral ainda predomina em nosso ordenamento jurídico, é muito comum visualizarmos decisões com fundamentos discordantes, injustiças, e ainda mais grave, valoração diferente para a mesma espécie de dano sofrido por pessoas desiguais.

Assim sendo, faz-se necessário recordar que a indenização pecuniária do dano moral não repara de modo suficiente a agressão íntima causada à vítima, pois esta é tida como desmedida, ou seja, imensurável. Pela justificativa do dano moral ser tido como inestimável, suas indenizações tempos atrás nunca eram concedidas, assim como colocar preço na dor e no sofrimento de outra pessoa já chegou a ser considerado como imoral. Com o passar do tempo, tais alegações foram sendo estudadas e chegou-se a conclusão que essas alegações eram apenas um meio de fuga para não se efetuar o pagamento da indenização, pois aos poucos, foi se vendo que não se tratava de colocar preço na dor, mas sim de compensar o dano sofrido.

Assim sendo, hoje, a incumbência de fixar o *quantum* indenizatório nas ações de natureza moral é exclusiva do juiz, competindo a ele escolher os critérios que julgar necessários para mensurar o valor indenizatório que será dispensado à vítima. Nesse sentido, dispõe Wesley de Oliveira:

“Em verdade, é o arbitramento judicial o melhor sistema para a fixação da reparação de dano moral. O juiz, aquele que tem contato direto com as partes, que lhes ouve os depoimentos, determina as provas a serem produzidas no processo e acompanha tal produção, é destinatário dos argumentos de ambas as partes, é o sujeito mais indicado para valorar a indenização. Isto após haver reconhecido encontrarem-se presentes seus pressupostos.”⁴⁰

Maria Celina Bodin de Moraes faz uma crítica com relação a assertividade do magistrado/julgador, no sentido da existência de reparações não condizentes com a

⁴⁰BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p.162

real situação:

“A subjetividade e assertividade do julgador na mensuração da dor da vítima traz em si reparações ínfimas ou supervalorizadas, “gerando graves distorções e contradições teleológicas, devido aos tratamentos díspares em fatos homólogos ou semelhantes”.⁴¹

Sobre o tema, Carlos Alberto Gonçalves expõe o seguinte:

“O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimativa. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes-lucros cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado”.⁴²

Pretendendo auxiliar o magistrado no que tange à quantificação da indenização, existe a demonstração de parâmetros gerais, a serem aplicados a cada caso específico, sendo que tais parâmetros gerais podem ser complementados por outros critérios específicos relacionados ao caso concreto.

Os critérios abaixo expostos tem a função de aprofundar os que são citados com maior periodicidade nos julgados dos tribunais de justiça, Superior Tribunal de Justiça e doutrinas.

Tais critérios são: critérios subjetivos e critérios objetivos. Por si só, a valoração pecuniária do dano extrapatrimonial é altamente subjetiva, entretanto, existem critérios que, dentro de sua natureza, é viável observá-los objetivamente, por causa de suas específicas singularidades, como por exemplo, a reincidência da conduta

⁴¹MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dano à pessoa humana: Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. 4. ed. São Paulo. Editora Renovar. 2009, p. 121

⁴²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4.5ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 397

ilícita. A presença da subjetividade estará sempre manifesta em todos os critérios e essa subjetividade baseia-se na importância que o juiz confere a cada critério, o que interfere diretamente na majoração ou minoração do *quantum* devido.

3.1 Critérios subjetivos

3.1.1 Extensão do Dano

O presente critério tem origem nos preceitos gerais da responsabilidade civil e seu fundamento básico é o dano em si mesmo. O dano, é o inaugurador da responsabilidade civil, pois seria impossível haver pecúnia e indenização sem a existência dele. A reparação *in natura*, e a reparação mediante pagamento monetário equivalente capaz de trazer de volta à situação anterior ao ato ilícito (*statu quo ante*), caso a reparação *in natura* não seja possível, são as possibilidades de reparação que o ordenamento jurídico prevê.

Carlos Roberto Gonçalves sobre a matéria expõe que “em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano”.⁴³

O Código Civil de 2002, em seu artigo 944 e parágrafo único preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.⁴⁴

Quando o dano afeta bens que não pertencem à esfera do capital da vítima, a matéria passa a apresentar um outro conteúdo. Refere-se a composição da essência do ser humano, no que tange a violação dos direitos da personalidade. Assim, segundo Antônio Jeová Santos:

A vulneração a direitos fundamentais, a prática de atos que afetam a dignidade humana e que são desaguadouro de perturbação anímica,

⁴³GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4.5ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2010, p. 399

⁴⁴BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

mortificação espiritual e que causem alteração no bem-estar psicofísico, cometido por autoridade ou particular, causam dano moral. A reparação é indefectível⁴⁵.

Nos dizeres de Carlos Alberto Bittar:

De fato, pode o homem sofrer as mais diversas agressões dos entes personalizados, seja em contatos diretos, seja através do vasto aparato de comunicações ora existente, e que lhe podem afetar quaisquer dos componentes citados de sua personalidade, ou de seu patrimônio. [...]

Observa-se, então, que ante a lesão provocada contra *ius* à esfera de outrem, tem-se a noção de dano no âmbito jurídico, que pode ser material ou moral, conforme o efeito produzido na vítima, se em seu patrimônio, ou em sua personalidade.⁴⁶

De acordo com o que foi apontado neste trabalho, durante muito tempo, o dano moral foi considerado como irreparável, pelo fato de não se poder avaliar a sua extensão de um modo certo e preciso. Ao se deparar com o presente critério, a utilização deste, soa como se fosse um tanto quanto contraditória, justamente pelo fato de proceder a uma mensuração vista como impossível. Contudo, o principal objetivo é que o magistrado possa trabalhar com todo afinco possível, para que assim, o valor da indenização se aproxime ao valor equivalente ao dano, trazendo assim efetiva compensação para a vítima. Para se fazer uma análise relativa à mensuração do sofrimento da vítima, faz-se necessário conhecer sobre as suas particularidades, para dessa forma, ser possível identificar o seu temperamento, no que tange a sua sensibilidade, e estipular um elo de ligação com a ofensa vivenciada a seus valores. Dessa forma, o magistrado consegue estipular o *quantum* indenizatório com menos complexidade, fazendo com que as dores vividas pela vítima sejam inteiramente compensadas.

Nos casos onde a violação dos direitos da personalidade atingem vários consumidores por exemplo, em virtude de um mesmo ato lesivo, a extensão e a

⁴⁵SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.44.

⁴⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 254.

amplitude do dano devem ser levadas em consideração no momento da fixação do valor da indenização, no intuito de aumentar o *quantum* devido. O critério de extensão do dano é dividido em outros dois critérios, sendo estes de grande valia para auxiliar o magistrado nessa problemática: a intensidade e a duração do sofrimento da vítima.

3.1.2 Intensidade do sofrimento experimentado pela vítima

O presente critério é extremamente relevante para a fixação da indenização, pois aqui, o valor arbitrado deverá cumprir pelo menos com a sua função compensatória, sendo que esta tem a principal finalidade de trazer um lenitivo para a dor sofrida pelo lesado. Diante dessa alegação, a intensidade do sofrimento de uma mãe diante da perda de seu filho em um acidente de trânsito, é indubitavelmente muito maior do que o sofrimento vivenciado por conta de uma negativação indevida do nome de uma pessoa nos órgãos de proteção ao crédito, visto que, o valor da indenização arbitrado pelos juízes na primeira situação é maior que o da segunda.

A intensidade do sofrimento possui direta ligação com o direito da personalidade violado, juntamente com as condições pessoais da vítima. Com isso, sabe-se que a simples análise da intensidade do sofrimento propriamente dita, não é um critério totalmente satisfatório para estabelecer o valor justo e apropriado da indenização. Faz-se importante mensurar as condições pessoais e individuais da vítima de modo simultâneo para que se visualize qual o valor que o direito violado tinha na vida da parte lesada.

Um clássico exemplo, seria o indivíduo que tem a perda de um dedo ocasionada pelo fato de tentar rebaixar o banco traseiro de um carro. Com certeza, esse acontecimento lhe ocasionará enorme detrimento e dor psicológica, entretanto, se este indivíduo for um violonista ou pianista, a perda do dedo dará a causa de um sofrimento físico e psicológico muito mais acentuado, ocasionando também no enfraquecimento da capacidade laboral. Trata-se de uma condição pessoal e especial da vítima que acarreta uma necessária majoração do valor indenizatório.

3.1.3 Duração do sofrimento experimentado pela vítima

De início, este sub-critério (está ligado a extensão do dano) é objetivo e consiste numa observação temporal: é feito um estudo do decurso de tempo, entre o início e o fim da ofensa do direito da personalidade, ou, conforme o caso, se a ofensa ocasionou um prejuízo de natureza definitiva. Essa questão cronológica é a parte objetiva que está presente no critério da duração do sofrimento experimentado pela vítima, que está contido no critério da extensão do dano.

Desse modelo, quanto maior for a duração da ofensa, proporcionalmente, será maior a indenização para compensar o sofrimento. Outro ponto que deve ser observado na hora de se medir a proporção do dano, é se a sua duração cessou em um breve intervalo de tempo ou se esse é definitivo. Sendo de modo definitivo, esse será reparado de modo mais abrangente que um dano temporário, pois danos que são sanados em um curto período de tempo, causam menos lesões e prejuízos do que aqueles que acompanham a vítima pela vida inteira, e mesmo que esta receba a devida reparação, para a vítima é sempre difícil eliminar a situação vexatória vivida entre o dano e a sua devida reparação.

Trazendo este critério para as relações de consumo, há situações em que as ofensas têm curta duração, como por exemplo, nas hipóteses de inscrição indevida no órgão de proteção ao crédito por apenas um dia, com a devida correção após notificação administrativa por parte do ofendido. Por outro lado, há casos em que a vítima de inscrição indevida pode permanecer no rol de devedores durante meses, sem a tomada de nenhuma providência por parte do agente ofensor. Nessa situação, desprezando-se outras circunstâncias, o montante indenizatório merece fixação superior, pois a extensão do dano foi maior.

O TJMG admite a utilização deste critério em seus julgados, *in verbis*:

INDENIZAÇÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - DANOS MORAIS - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - QUANTUM - FIXAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PARÂMETROS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Restando caracterizada a prática de ato ilícito, consubstanciada em negativação irregular do nome do autor, impõe-se a obrigação de indenizar. Para a fixação da verba indenizatória a título de dano moral, é necessária uma avaliação por parte do julgador do caso concreto, de quem deverá conceder a indenização, bem como a condição da vítima, graduando-a de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima. Para a

aplicação do

disposto no § 3º do referido art. 20 do CPC, referente à condenação do vencido em honorários advocatícios, o julgador deve levar em conta o grau do zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, podendo a verba ser fixada no percentual máximo (20%), se somente todos esses fatores operam em favor do patrono da parte vencedora⁴⁷.

Assim sendo, a análise sólida da extensão do dano, se dá essencialmente pela duração do sofrimento experimentado pela vítima, que colabora fundamentalmente para a congruente fixação do valor indenizatório.

3.1.4 Grau de culpa das partes

Nos dias atuais segue-se a linha de rejeitar a importância da culpa no tocante da responsabilidade civil e progressivamente é sustentado o entendimento de que a reparação do dano é necessária, mesmo não havendo culpa do agente causador. Estende-se com certa agilidade a idéia da responsabilidade objetiva e aplica-se em grande escala os padrões formulados pela teoria do risco.

Alvino Lima afirma que:

A teoria da culpa não podia resolver, satisfatoriamente, os casos concretos dos danos; pelas malhas de um princípio de ordem moral consagrado na culpa, embora lógico e elevado, os astutos e afortunados autores do delito civil, à maneira dos que o são no crime, como estuda e proclama Ferrari, passaram a ser os “fazedores de atos”, de atos danosos, cujas conseqüências recaem sobre as vítimas inocentes. [...] a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas.⁴⁸

Na visão de Antônio Jeová Santos, trata-se do critério que avalia a gravidade da conduta “tendo o ressarcimento uma função ambivalente – satisfatória e punitiva – têm incidência e importância a culpa e o dolo no instante da fixação do montante

⁴⁷MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0035.07.089144-1/001.**

⁴⁸LIMA, Alvino. **Culpa e Risco.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 347 p. 195

indenizatório”⁴⁹.

Assim, embora o desacordo da nomenclatura utilizada, o parâmetro apontado pelo autor leva para o mesmo caminho aqui exposto, ou seja, a avaliação da culpa do agente e do grau de desaprovação de sua conduta. Segundo o critério da reincidência da conduta geradora do dano, notam-se acontecimentos no direito do consumidor na qual se visualiza o aparecimento de dolo eventual e até mesmo de dolo direto, razão pela qual a avaliação do grau de culpa das partes, particularmente o grau de culpa do agente causador, tem grande importância na fixação do *quantum* indenizatório do dano extrapatrimonial.

3.1.5 Condições Pessoais da Vítima

As condições pessoais da vítima são as particularidades que especificam a individualidade de cada ser humano. São circunstâncias relacionadas a forma de vida da pessoa, características físicas e psicológicas, enfim, todo e qualquer item que distingue, em especial, a vítima e guarda conexão com o evento danoso, seja de forma negativa, e, assim, ampliando a extensão do dano, seja de forma positiva, diminuindo a extensão do prejuízo sofrido. Em relação à situação do ofendido é importante se visualizar o seu modelo de vida, suas relações tanto de cunho objetivo, como subjetivo que o caso apresente.

Assim, se observa que as condições pessoais da vítima afetam justamente na extensão do dano extrapatrimonial, pois são elas que servem para estabelecer a importância do direito personalíssimo violado para o lesado. O juiz, tendo ciência dessa condição especial da vítima, terá maiores capacidades de apreciar a extensão do dano e suas consequências na vida e rotina do ofendido.

⁴⁹SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 186.

3.1.6 Razoabilidade, Equidade e Prudente Arbítrio do Juiz

A razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz são critérios subjetivos idênticos entre si, que, devem estar necessariamente juntos de outros parâmetros na apreciação do dano extrapatrimonial. Essa singularidade acontece porque o que é satisfatório para a vítima, pode ser extremamente incongruente e desigual para o agente lesante, e assim, por essa razão, o juiz pode divergir da visão de ambos. O conteúdo para caracterizar o razoável é intrínseco de cada ser humano, de cada sociedade e de cada contexto ou momento histórico vivenciado.

O termo razoável é utilizado em muitos julgados, como argumento para diminuir, aumentar ou até mesmo manter o valor da indenização fixada, considerando as jurisprudências de cada tribunal, que servem como um critério de razoabilidade. Wesley de Oliveira confirma a afirmação anterior ao relatar que:

Numerosos são os acórdãos que citam a razoabilidade e a proporcionalidade como parâmetros de fixação da reparação. Entretanto, de uma análise mais detalhada, vê-se que a razoabilidade é utilizada, na maioria das vezes, como mera desculpa, como a “lógica do mais ou menos certo”, já que os julgados se utilizam do mesmo princípio apresentam, por vezes, resultados em muito destoantes [...] ⁵⁰.

Dessa maneira, o manuseio do presente critério particularmente demonstra a insegurança do juiz ao proferir a sentença. Além disso, por inúmeras vezes o desconhecimento por parte do magistrado relacionado aos critérios aplicáveis ao caso faz com que o juiz se utilize de parâmetros amplos e mais genéricos, que não são capazes de externalizar com objetividade e clareza o seu entendimento a respeito do caso em análise. No que se refere à equidade, Antônio Jeová Santos afirma o seguinte:

A equidade, tal como a boa-fé, são institutos largamente utilizados no direito. A apreensão de tais conceitos se dá por intuição. Todos sabemos o que é a

⁵⁰BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 186

equidade e a boa-fé. Porém, no momento de defini-los há uma dificuldade básica que é a de encontrar os verdadeiros lineamentos dos institutos ⁵¹.

O prudente arbítrio do juiz, igualmente à razoabilidade e à equidade, detêm conceito vago e subjetivo. O prudente arbítrio é dito ao forjado de anos de experiência do magistrado, que, ao se deparar com diversos casos concretos, consegue compreender com maior abrangência os interesses da vítima e as possibilidades do réu em arcar com a indenização. Carlos Alberto Bittar, sobre a temática externa o seguinte:

Nota-se, a propósito, que leis mais recentes vêm se abstendo de formular critérios ou parâmetros para a atuação do juiz em tema de responsabilidade civil, deixando a seu prudente arbítrio a decisão sobre a matéria. Aliás, a prevalência desse standart no processo civil tem possibilitado à jurisprudência desempenhar relevante papel na defesa dos valores em causa, como já acentuado na ocasião própria⁵².

Clayton Reis diz que “o prudente arbítrio do juiz, em questões que ainda se encontram em fase de construção jurisprudencial e legislativa, é de extremo valor, já que serão remetidos à sua exclusiva opção os critérios valorativos a serem adotados”⁵³.

Resumindo, razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz são termos utilizados pelos juízes, para que apliquem o que conhecem de justiça e equilíbrio dentro do caso concreto externado pelas partes, quando estiverem diante da ausência de critérios claros e compreensíveis discriminados em lei. Na seara dos danos extrapatrimoniais, que são destacados pela sua subjetividade, o uso desses critérios é ainda maior, o que de certa forma contribui para o clima de insegurança jurídica no valor indenizatório a ser fixado.

O uso destes critérios em si não é prejudicial, porém, o que leva a jurisprudência

⁵¹SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 194

⁵²BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos

⁵³REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

ao retrocesso, é o fato de não haver a colocação dos demais critérios utilizados pelo juiz no caso concreto em análise. É comum a existência de sentenças que não discriminam os demais parâmetros utilizados para fixação do valor indenizatório do dano moral, sob o pretexto de utilização tão somente da razoabilidade, equidade, ou mesmo o prudente arbítrio do juiz. Estes critérios jamais poderão ser os únicos na avaliação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial, sobre pena de arbitrariedade do órgão julgador e de quebra do princípio da motivação da sentença.

No mais, razoabilidade, equidade e prudente arbítrio do juiz são parâmetros que, de uma forma ou de outra, sempre se encontram presentes em qualquer sentença, são parte da rotina de qualquer magistrado interessado na efetiva aplicação da justiça. Portanto, torna-se completamente desnecessário e inócuo mencionar a utilização desses critérios numa sentença referente a danos extrapatrimoniais. Nas palavras de Wesley de Oliveira:

O que se conclui é que razoabilidade e proporcionalidade não são, em nosso contexto jurisprudencial, verificáveis na sentença, servindo como verdadeira “excludente de responsabilidade” do magistrado ao fixar ou reformar a sentença. Ora se diz fundado no citado princípio para fixar o montante, sem qualquer fundamentação; ora se diz que o princípio foi ofendido, a fim de modificar o valor, sem demonstrar, entretanto, onde se situa a ofensa. Deveria a razoabilidade incidir sim, em todas as sentenças que envolvem dano moral, como ferramenta à ponderação dos interesses envolvidos, a fim de servir como mais um parâmetro na busca da justa indenização, o que, infelizmente, não se verifica na prática⁵⁴.

3.2 Dano moral na justiça do trabalho

3.1.2 Impactos causados na justiça do trabalho em razão do tabelamento

A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) sancionada pelo atual Presidente da República, trouxe consigo a quantificação dos danos de natureza extrapatrimonial, sendo essa quantificação baseada no último salário do ofendido, ficando da seguinte

⁵⁴BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.p. 153.

maneira:

Artigo 223 – G, §1º:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.⁵⁵

Antes da reforma, a CLT não dispunha de nenhum critério objetivo para que se fosse fixado o valor indenizatório, sendo assim, a matéria era analisada e julgada pelo juiz por meio da subjetividade.

Como já mencionado anteriormente, a indenização será agora fixada com base no salário do ofendido. Quanto maior for o dano, a indenização aumentará gradativamente, caso venha a ganhar a ação trabalhista.

Como exposto acima, o artigo 223 – G § 1º da CLT, trouxe 4 tipos de ofensa, cada uma com a sua natureza e o respectivo valor indenizatório. O texto legal não trás exemplos dos tipos de ofensas que se encaixam nesses 4 tipos de ofensas, sendo o juiz que analisará o caso concreto.

Apesar de existirem críticas no que se refere a colocação de critérios objetivos para quantificar o dano moral na justiça do trabalho, muitos juízes acreditam que tal colocação, de certa forma, ajudará o magistrado a dar sua sentença, justamente pelo fato de cessar a dificuldade do magistrado em avaliar o caso concreto, correndo o risco de arbitrar um valor indenizatório que não condiz com o caso concreto.

Contudo, por se tratar de uma recente mudança e pelo fato de serem poucas as sentenças já proferidas nesse sentido, ainda é muito cedo para demonstrar os reflexos trazidos e opinar se a quantificação dos danos foi boa ou ruim, certo que, com o decorrer do tempo, essas poderão ser melhor demonstradas.

⁵⁵Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm Acesso em: 02

novembro 2018.

3.3 Da insegurança jurídica e ativismo judicial

A insegurança jurídica surge, na maioria das vezes, pela falta de clareza e transparência do juiz ao sentenciar. No que tange à quantificação do dano moral não é diferente, podendo ser a seara onde mais se encontra essa falta de clareza por parte do julgador.

Em muitas sentenças, é possível observar julgamentos totalmente diferentes em casos totalmente iguais, hermenêuticas e pontos de vista equivocados, alteração repentina de entendimentos e a demora no julgamento pelo excesso de processos pioram ainda mais a situação. Nota-se ainda que muitas sentenças são arbitrárias, incertas e até mesmo inesperadas, capazes de evidenciar também a preferência absoluta do magistrado.

Em conformidade com o que foi demonstrado, temos uma pesquisa realizada tratando justamente da insegurança jurídica no que tange às sentenças e principalmente nas leis que deixam lacunas e que são ineficazes de produzir seus efeitos corretos. Segue abaixo:

Nossos legisladores aprovam leis cujo texto não tem a clareza necessária e, muitas vezes, não contam com base constitucional. As regras são modificadas sem a verificação do impacto econômico dessas alterações e sem que se estabeleça um regime de transição, indispensável para que empresas e contribuintes façam as adaptações exigidas. Há uma produção exagerada de leis, códigos, medidas provisórias, regulamentos, decretos e outras regras que se amontoam diante dos cidadãos e das empresas. Muitas são sobrepostas e tratam dos mesmos assuntos. Para se ter uma ideia, levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) revela que a quantidade de normas editadas no Brasil aumentou de 3,3 milhões em 2003 para 5,7 milhões em 2017 – um acréscimo de 73%.⁵⁶

No mesmo viés da insegurança jurídica, temos ainda o chamado ativismo judicial, que nada mais é do que uma interpretação extensiva do texto legal, ou seja, o magistrado ultrapassando os limites da lei, aplicando assim as suas preferências pessoais no julgamento de um caso concreto.

⁵⁶Disponível em: <https://veja.abril.com.br/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/> Acesso em: 02 novembro 2018.

Na quantificação do dano moral o ativismo judicial também se evidencia, pois, a abstenção do poder legislativo em regulamentar a quantificação da indenização através de critérios objetivos, não permite que litígios dessa natureza sejam solucionados de modo confiável e adequado.

De encontro com o que foi dito, Luiz Roberto Barroso tem uma afirmação nesse sentido:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁵⁷

Luiz Roberto Barroso ainda faz menção a teoria da tripartição dos poderes, ressaltando a evidência do ativismo judicial quando o julgador faz o papel do legislador, sendo essas competências diferentes:

Com efeito, a transformação do julgador em legislador positivo é indubitavelmente a maior evidência de ativismo judicial, face ao princípio da separação dos poderes. Os Poderes do Estado foram instituídos pela Constituição, que lhes atribuiu competências próprias. Em suma, o Poder Legislativo e o Executivo possuem essencialmente caráter político, sendo o primeiro com a competência da criação do direito positivo. O segundo, na qualidade de chefe do Estado ou do governo, tendo outras atribuições secundárias. Já o Judiciário, a sua competência possui caráter eminentemente técnico, consistindo na aplicação do direito quando provocado via ação judicial.⁵⁸

Com isso, extrapolar os limites de competência impostas pela Constituição, fazendo que um magistrado exerça o papel de um legislador, faz com que exista um

⁵⁷BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1ª Edição, 2011, p. 279.

⁵⁸BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1ª Edição, 2011, p. 279.

único poder dominante, o que seria totalmente inadequado no Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, a interpretação extensiva dentro da questão da quantificação da indenização de dano moral, faz com que haja existência de sentenças com valores irrisórios e desproporcionais, que não são capazes de fazer com que a vítima seja devidamente ressarcida e de fazer com que o ofensor não repita mais o ato ilícito. O julgamento pautado na mera convicção do juiz também contribui para que o ativismo judicial e a insegurança jurídica estejam cada vez mais evidentes em suas sentenças.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve em sua estrutura um panorama geral sobre a responsabilidade civil, expondo seus conceitos, seus pressupostos e elementos fundamentais, sem deixar de abordar ainda, a dignidade da pessoa humana dentro da responsabilidade civil. Foi abordado ainda a evolução do dano moral, onde foi visto que sua reparabilidade não era possível em razão da teoria negativista, teoria essa que estava presente na vigência do Código Civil de 1916. A Constituição de 1988 garantiu a reparação do dano moral, e com isso, a teoria negativista já não tinha mais espaço.

Em se tratando do ponto principal do trabalho, que é a insegurança jurídica e o ativismo judicial no que tange ao arbitramento do *quantum* indenizatório, vê-se que, a insegurança jurídica nasce justamente pela falta de critérios objetivos, pois, com essa falta, o magistrado julga um caso com base em outro, sendo uma espécie de prova emprestada. Fazendo assim, é impossível se ter uma análise profunda sobre o caso, e conseqüentemente, não se consegue ter uma sentença efetiva, que consiga resolver o conflito em questão, fazendo conseqüentemente que as funções da responsabilidade civil sejam observadas.

Já o ativismo judicial nasce quando o poder legislativo se abstém de regular determinada matéria, fazendo então que o magistrado o faça através de uma interpretação extensiva. Através dessa interpretação, muitas vezes o magistrado julga o caso através de suas convicções e crenças particulares, fazendo com que a demanda seja analisada sem a devida efetividade.

Muitos magistrados defendem a colocação de critérios objetivos para quantificar a indenização, tendo em vista que, pelo fato do magistrado não ter sentido na pele o constrangimento, situação vexatória e dor experimentada pela vítima, seria muito trabalhoso para ele arbitrar uma indenização pautada sobretudo na subjetividade, podendo essa subjetividade acarretar em indenizações irrisórias e até mesmo supervalorizadas.

Com isso, conclui-se que a solução para a problemática apresentada é a colocação de critérios objetivos para fixar o *quantum* indenizatório nas ações de dano mora, assim como ocorreu na justiça do trabalho após a reforma (Lei 13.467/17), pois tabelando a indenização de acordo com o dano sofrido, as funções da responsabilidade civil seriam melhor observadas e haveria maior celeridade nos julgamentos de processos dessa natureza.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Robson Braga. **Danos da insegurança jurídica para o Brasil.** Disponível em:
<<https://veja.abril.com.br/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/>> Acesso em 02 novembro 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). **Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1ª Edição, 2011.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em :
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 14 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em 14 de outubro de 2018.

BRASIL, **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm> Acesso em 02 novembro 2018.

BRASILIA. **Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1133386 RS 2009/0065181-7,** Recorrente: Sônia da Costa Lima Pereira. Recorrido: Francisco Stefanelo Cancian. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Data de Julgamento: 17/06/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2010). Disponível em
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200900651817.REG.>> Acesso em 13 de novembro de 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARLOS, Roberto Gonçalves. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. Vol 4. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil**. Vol. 2. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. Vol 7. 21ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2007.

FILHO, Segrio Cavaliere. **Programa da responsabilidade civil**. 3ª tiragem. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros.

GOMES, Orlando, **Responsabilidade civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2011.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível 1.0035.07.089144-1/001.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça. AC: 10095130012313001 MG**, Apelante: Joel Aparecido dos Santos. Apelado: Banco Bradesco S/A . Relator: Aparecida Grossi, Data de Julgamento: 17/06/2015, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/06/2015 Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202436599/apelacao-civel-ac-10095130012313001-mg>> Acesso em 13 de novembro de 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.