



LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL Y LA IMPOSIBILIDAD DE LA SOLICITUD GENÉRICA

ARTÍCULO ORIGINAL

TORREÃO, André D Albuquerque¹, DENDASCK, Carla Viana²

TORREÃO, André D Albuquerque. DENDASCK, Carla Viana. **La cuantificación del daño moral y la imposibilidad de la solicitud genérica.** Revista Científica Multidisciplinaria Núcleo do Conhecimento. Año. 06, Ed. 11, Vol. 09, pp. 42-51. Noviembre 2021. ISSN: 2448-0959, Enlace de acceso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/ley/solicitud-generica>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/ley/solicitud-generica

RESUMEN

Uno de los desafíos contemporáneos del poder judicial está directamente relacionado con la búsqueda de la ruptura de la lentitud, asegurando la fluidez por parte del poder judicial y el acceso a la justicia de la sociedad en su conjunto. Una de las alternativas se basa en la necesidad de que los profesionales presenten acciones que tengan subsidios consolidados para su existencia, reduciendo así la carga del poder judicial. Los procesos por daños morales también representan un porcentaje importante, llevando incluso a algunos autores a señalar la existencia de una "banalización" de este tipo de procesos. Dentro de este contexto, este artículo presenta la siguiente pregunta guía: ¿Cómo cuantificar el daño moral y cuáles son las consecuencias de entrar con una aplicación genérica? Por lo tanto, los objetivos aquí esbozados buscaban comprender cómo ocurre el daño moral, pasando por su contexto histórico, el derecho de reparación por daño y, finalmente, la necesidad de mirar la creación de un proceso sólido al ingresar una acción para evitar la trivialización de este tipo de proceso.

Palabras clave: Daño moral, Solicitud genérico, Reparación.

INTRODUCCIÓN

Una de las acciones que más terminan sobrecargando al poder judicial está relacionada con el daño moral. Esto se debe a que tenemos muchas personas que terminan haciendo un mal uso de este derecho subjetivo. El problema empeoró, porque en algún momento de nuestra historia se otorgó daño moral en los casos en



que no hubo ocurrencia, creando lo que popularmente se llamó la "industria del daño moral", creando así una cadena de trivialización de procesos (LIMA, 2017).

El daño moral es la lesión correcta de la personalidad y se caracteriza como la ofensa o violación de la propiedad moral de una persona, como que se refieren a su libertad, su honor, su salud (mental o física), su imagen. Feliz la definición hecha por el profesor Cavalieri (2012) al definir qué es el daño moral, y la importancia de su existencia autónoma:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente (CAVALIERI, 2012, p. 89).

Sucede que no todo puede ser clasificado como daño moral, no es cualquier mera molestia lo que debe causar su ocurrencia, el daño debe causar una sacudida real en el punto moral de la vida de esa víctima nunca será la misma. En este camino de afinación, podemos señalar lo que Sérgio Cavalieri (2012, p. 93):

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.



Ante este escenario, hay que ser celoso en deliberar sobre la ocurrencia del daño moral, porque en nuestra vida cotidiana nos enfrentamos a varias situaciones desagradables que la vida en sociedad nos impone y que no se consideran daños morales, sino situaciones que forman parte de nuestra vida cotidiana y tenemos que aprender a vivir con ellas.

DE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Un aspecto muy importante para entender el daño moral es su evolución histórica. El reconocimiento de la autonomía jurídica del daño moral no ocurrió con prontitud, siendo adquirido a través de un ciclo evolutivo. Este proceso se puede resumir en tres fases distintas.

La primera fase trata de la irreparabilidad del daño moral al que De Lima (1940) ya ha aludido como una "extravagancia del espíritu humano", y que, en el estudio publicado en el Boletín de la Faculdade de Direito de Coimbra, señala algunos argumentos que se utilizaron, en esta primera fase, como la "inmoralidad de compensar el dolor con dinero". En esta etapa, no se adoptó el paradigma (reparabilidad) del daño moral. Sin embargo, este concepto fue perdiendo fuerza con la propia evolución del derecho.

Durante el siglo XX, la tesis de la reparación del daño moral comienza a crear más cuerpo. Sin embargo, el daño moral generalmente se observaba solo cuando estaba vinculado a daños materiales, es decir, había dificultad para reconocer su autonomía (LIMA, 2017).

Con la evolución del derecho, llegamos a la segunda fase, que aún no admite un reconocimiento inmediato del daño moral, pero que comienza a ser admitida y observada por la jurisprudencia, sin embargo, siempre vinculada a la ocurrencia de un daño material. Así, si la víctima sufriera un amargo daño material, existía la posibilidad de convencer al poder judicial de la ocurrencia de un daño moral en paralelo, es decir, esto se observaba como resultado de la existencia de aquello, limitando su autonomía.

Por cierto, vale la pena mencionar que el Código Civil de 1916, que estaba vigente en ese momento, no impidió la reparación autónoma del daño moral. Con el advenimiento



de la constitución de 1988, el daño moral ha reconocido su propia autonomía y reparabilidad, de acuerdo con los artículos 5, V y X, llegando así a la tercera fase.

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 agravio, 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;

Por lo tanto, solo con la llegada de la constitución ciudadana el daño moral ganó realmente su autonomía (reparabilidad autónoma), siendo clasificado como una categoría de daño.

Cabe destacar que el Código Civil de 2002, al conceptualizar un acto ilícito en el artículo 186, aludía expresamente al daño moral, disminuyendo cualquier duda en cuanto a su reconocimiento y disciplina por el sistema brasileño, de lo contrario veamos:

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.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

A pesar de que la fase de discusión sobre el reconocimiento y la disciplina del daño moral está superada, el instituto aún genera mucho debate en la doctrina y la jurisprudencia con respecto a una reparación justa, porque a diferencia del daño material donde se puede calcular objetivamente, en el daño moral su cuantificación es algo mucho más complejo. En la práctica, observamos que existe una "tabla" de daño moral, donde el proceso se juzga de acuerdo con el daño causado, sin observar las



minucias de cada caso específico. Con ello se pretende establecer valores similares para situaciones similares.

Este tipo de acciones del poder judicial no es más que una forma de cobrar daño moral sin contar, para ello, con una legislación que está en el molde de la práctica habitual, creando varias disparidades e injusticias en los tribunales de todo el país.

Así, buscando lograr una mayor justicia en la definición de daños morales, se crearon algunos sistemas para su definición con el fin de evitar tales decisiones discrepantes para casos similares, en un intento de reducir la subjetividad tan inherente al instituto.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Existen dos sistemas para la reparación de daños morales: el sistema trifásico y el sistema abierto, según Stolze y Pampolha (2013) existe una "predeterminación, legal o jurisprudencial, del monto de la indemnización, aplicando el juez la regla a cada caso específico, observando el límite del valor establecido en cada situación". En el segundo, el juez tiene la competencia de "fijar la cantidad subjetivamente correspondiente a la reparación/indemnización del perjuicio (p.419)".

Brasil utiliza el sistema abierto, a través de arbitrario, en este sistema, en este sistema, no hay valores prefijados para la indemnización. Corresponde al magistrado, según su opinión, cuantificar el daño. Una lección importante es traída por Stolze y Pampolha (2013, p.419) que consideran el arbitraje como el procedimiento natural de la reparación del daño moral, en vista de lo que tenía el artículo 475-C, II del CPC de 1973, porque según los autores de renombre, la naturaleza del objeto de la transacción requiere arbitraje:

Ora, o objeto da liquidação da reparação pecuniária do dano moral é uma importância que compensa a lesão extrapatrimonial sofrida. Não há como evitar a ideia de que, efetivamente, a natureza do objeto da liquidação exige o arbitramento, uma vez que os simples cálculos ou os artigos são inviáveis, na espécie.

Analizando el tema, Cavalieri (2012, p.103) entiende que el arbitraje es la mejor manera de limpiar la reparación por daño moral:



Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

Cabe destacar que, incluso si el Brasil adopta el sistema abierto, a menudo observamos que la tarificación sigue siendo ampliamente utilizada en nuestro sistema jurídico, lo que provoca un "enlucido" de las decisiones.

Es muy cierto que el sistema abierto tiene sus defectos, y puede causar cierta inseguridad jurídica, en la medida en que podemos tener una discrepancia entre decisiones de casos similares, sin embargo, nos parece un mal menor que la aplicación del sistema de tarificación, que evalúa de manera extremadamente objetiva el daño moral, que por naturaleza conlleva un alto grado de subjetividad, convirtiéndose con esto en incompatible.

Para el arbitraje de reparación pecuniaria por daños morales, el Juez debe considerar las circunstancias políticas, la repercusión de lo ilícito, las condiciones personales de las partes, así como el principio de razonabilidad y proporcionalidad (LIMA, 2017).

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El nuevo Código de Procedimiento Civil presenta una novedad significativa en cuanto a la oportunidad que tienen las partes involucradas en el proceso de buscar una cuantificación más correcta del daño moral en la audiencia de conciliación y mediación.

El Código de Procedimiento Civil todavía nos presenta dos herramientas importantes contra la "industria del daño moral", ya que excluye la reclamación genérica en el daño moral (art. 292, V), así como la fijación de los honorarios sucumbiendo en función del valor deseado, en caso de despido (art. 85, § 6).

Dada la imposibilidad indicada por el diploma normativo, corresponde al promotor presentar en la pieza vestibular el valor deseado. Esta vez, si el Magistrado concede lo alegado, cesará para el peticionario el interés recursivo, sin embargo, el Autor



tendrá más cuidado de pedir una cantidad ajena a la realidad, pues en caso de sucumbir, los honorarios sucumbiendo se tomarán en cuenta el valor descrito en la inicial, además de las costas procesales.

Entre los defensores de la imposibilidad de la aplicación genérica, podemos mencionar al ilustre profesor Didier Júnior (2015, p. 581), quien en su curso de Derecho Procesal Civil, se posicionó así:

Problema que merece cuidadosa análise é a do pedido genérico nas ações de reparação de dano moral: o autor deve ou não quantificar o valor da indenização na petição inicial? A resposta é positiva: o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor quanto pretende receber como resarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a “dor moral” que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta “dor” poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante. Ademais, se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R\$ 1,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar interesse recursal. O art. 292, V, do CPC, parece ir por este caminho, ao impor como o valor da causa o valor do pedido nas ações indenizatórias, “inclusive as fundadas em dano moral”. Somente é possível a iliquidizez do pedido, nestas hipóteses, se o ato causador do dano puder repercutir, ainda, no futuro, gerando outros danos (p. ex.: uma situação em que a lesão à moral é continuada, como a inscrição indevida em arquivos de consumo ou a contínua ofensa à imagem); aplicar-se-ia, então, o inciso II do par. 1º do art. 624, aqui comentado. Fora dessa hipótese, incabível a formulação de pedido ilíquido.

El Tribunal Superior de Justicia es responsable de dar la última palabra con respecto a las acciones que involucran daño moral, el mencionado organismo divulgó 11 (once) tesis consolidadas en el tribunal sobre responsabilidad civil por daño moral. Estos entendimientos se presentan en el número 125 de la Jurisprudencia en tesis (BRASIL, 2019).

Cabe señalar el precedente que define que la fijación de la cantidad debida como indemnización por daños morales debe considerar el método bifásico, que combina



los criterios de la evaluación de las circunstancias del caso y el interés jurídico lesionado y minimiza la posible arbitrariedad de la adopción de criterios sólo subjetivos del juez, además de descartar cualquier cargo del daño (BRASIL, 2019).

CONSIDERACIONES FINALES

El presente trabajo buscó presentar la complejidad de la cuantificación del daño moral, demostrando su concepto, evolución histórica y criterios utilizados para su cuantificación.

En este punto de sintonía, se demostró que no hay duda sobre la independencia del instituto del daño moral, consolidada por la Constitución vigente, así como por los mandamientos legales establecidos en el Código Civil y de Procedimiento Civil.

Además, la investigación buscó demostrar los elementos utilizados para atribuir daño moral, presentando criterios utilizados que apuntan a reducir la complejidad y subjetividad de este instituto, así como la comprensión del Tribunal Superior de Justicia de que es el órgano responsable de dar la última palabra sobre el tema.

También se plantearon los cambios causados por la edición del nuevo Código Civil en relación con la imposibilidad de la solicitud genérica de daños morales (art. 292, V), así como la fijación de las tasas sucumbidas sobre la base del valor deseado, en caso de despido (art. 85, § 6).

Así, se ha demostrado que todavía no existe una solución definitiva a su aplicabilidad porque es el instituto dotado de gran subjetividad, pero ha señalado la evolución de los criterios de su aplicabilidad, que pretende evitar exigencias judiciales fuera de lugar que abarroten al poder judicial y alimentan la "industria del daño moral", además de intentar, a través de criterios más objetivos, la aparición de resultados muy diferentes para casos similares.



REFERENCIAS

- BRASIL. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm>. Acesso em: 21/11/2021.
- BRASIL. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21/11/2021.
- BRASIL. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21/11/2021.
- BRASIL. **STJ**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 21/11/2021.
- BRASIL. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/stj-divulga-11-teses-responsabilidade-civil-dano-moral>. Acesso em: 21/11/2021.
- CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DE LIMA, Zulmira Pires. Algumas considerações sobre a responsabilidade civil por danos morais, In **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, 2.º suplemento, Coimbra, 1940, v. XV, p. 240.
- DE LIMA, Zulmira Pires. JUSBRASIL. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942281622/apelacao-civel-ac-10145130562435001-juiz-de-fora>>. Acesso em: 21/11/2021.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador : JusPodivm, 2015.
- LIMA, André Barreto. **Banalização dos processos referentes a danos morais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59041/banalizacao-dos-processos-referentes-a-danos-morais/3>> acesso em novembro de 2021.
- STOLZE, Pablo; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Enviado: Noviembre de 2021.

Aprobado: Noviembre de 2021.



MULTIDISCIPLINARY SCIENTIFIC JOURNAL

NÚCLEO DO
CONHECIMENTO

REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR NÚCLEO DO

CONHECIMENTO ISSN: 2448-0959

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br>

¹ Graduado en Derecho por el Colegio Unipê. Especialización en Derecho Constitucional y Administrativo por Uniamérica.

² Doctora en Psicología y Psicoanálisis Clínico. Doctorado en curso en Comunicación y Semiótica en la Pontifícia Universidad Católica de São Paulo (PUC/SP). Maestría en Ciencias Religiosas de la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Máster en Psicoanálisis Clínico. Licenciado en Ciencias Biológicas. Licenciado en Teología. Trabaja con Metodología Científica (Método de Investigación) desde hace más de 15 años en la Orientación de la Producción Científica de Estudiantes de Maestría y Doctorado. Especialista en Investigación de Mercados e Investigación en Salud. ORCID: 0000-0003-2952-4337.