

Os limites do dano moral *in re ipsa*: as lições do REsp 2.161.428/SP para se evitar uma responsabilidade civil sem dano

Cid Marconi Gurgel de Souza

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Bruno Leonardo Câmara Carrá

*Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará.
Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.
Juiz Federal e professor universitário.*

RESUMO

O artigo analisa criticamente os limites do dano moral *in re ipsa*, destacando a necessidade de se evitar uma responsabilidade civil sem demonstração efetiva de dano. Com base no julgamento do REsp 2.161.428/SP, o estudo demonstra que a presunção automática de prejuízo pode banalizar a reparação civil e transformar o instituto em mecanismo punitivo desvinculado de lesão concreta. Os autores resgatam fundamentos históricos da responsabilidade civil, confrontam doutrinas que defendem a função preventiva e sancionatória do instituto e examinam a evolução da jurisprudência do STJ. Concluem que o *in re ipsa* é técnica legítima, desde que aplicada com parcimônia, em casos de difícil prova, mantendo o dano como pressuposto indispensável para a indenização moral.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. *In re ipsa*. Jurisprudência do STJ.

ABSTRACT

This article critically analyzes the limits of moral damages *in re ipsa*, highlighting the need to avoid civil liability without effective proof of harm. Based on the judgment of Resp 2.161.428/SP, the study demonstrates that

the automatic presumption of loss can trivialize civil compensation and transform it into a punitive mechanism disconnected from concrete harm. The authors examine the historical foundations of civil liability, contrast doctrines that defend the preventive and sanctioning function of the institution, and examine the evolution of STJ case law. They conclude that *in re ipsa* is a legitimate technique, as long as it is applied sparingly in cases where proof is difficult, maintaining damage as an indispensable prerequisite for moral compensation.

Keywords: Civil liability. Moral damage. *In re ipsa*. STJ case law.

Sumário: Introdução; 1. Dano: de elemento imprescindível à responsabilidade civil sem dano; 2. Danos presumidos (ou *in re ipsa*): o que diz a jurisprudência do STJ; 3. A tendência de cautela: as lições do REsp 2.161.428/SP; Conclusão; Referências.

Introdução

A responsabilidade civil contemporânea ocupa lugar de destaque na teoria e na prática do Direito, especialmente em razão do papel que desempenha na tutela da dignidade da pessoa humana. Desde a Constituição de 1988, que ampliou o catálogo de direitos fundamentais, assistiu-se no Brasil a uma verdadeira “explosão indenizatória”, marcada pelo crescimento exponencial de ações de reparação por danos morais.

Esse fenômeno foi favorecido pela incorporação jurisprudencial da categoria dos danos morais presumidos, também denominados *in re ipsa*. Nela, a lesão seria tão evidente que dispensaria a prova de sofrimento, bastando a prática do ato ilícito para autorizar a indenização. Se, por um lado, essa técnica favoreceu a efetividade da proteção, por outro abriu espaço para uma aplicação muito mais ampla do imemorial instituto.

O julgamento do Recurso Especial 2.161.428/SP, em março de 2025, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça trouxe novamente o debate sobre os limites da aplicação dos danos *in re ipsa*. O caso disse respeito à possibilidade de se impor reparação civil em virtude da reconhecida fraude em contrato de empréstimo consignado contra uma aposentada, o STJ afastou a indenização por dano moral, por ausência de demonstração mínima de repercussão extrapatrimonial.

O voto de desempate do ministro Antonio Carlos Ferreira reafirmou que o dano continua a ser pressuposto da responsabilidade

civil e que sua ausência impede, por óbvio, a implementação da indenização. Porém, e aqui vem a razão de ser de todo o problema, não raras vezes a categoria do *dano in re ipsa* termina funcionando como expediente prático para que se transponha a necessidade de se syndicar a presença de um dano efetivo a interesse juridicamente protegido.

Este artigo pretende analisar criticamente a categoria do dano moral *in re ipsa*, confrontando-a com a tradição histórica, as propostas doutrinárias de responsabilidade sem dano, o direito comparado e a jurisprudência brasileira, para indicar limites conceituais e probatórios que preservem a racionalidade do instituto. Em definitivo, o que está em discussão, se formos sinceros, é algo muito maior: o próprio sentido conceitual da responsabilidade civil hodierna.

Por meio de abstrações conceituais como pode vir a ser o dano *in re ipsa*, ela pode terminar se desnaturando, voltando a se constituir, como foi em um passado longínquo, um verdadeiro direito de penas (ou multas). É isso que realmente queremos?

1 Dano: de elemento imprescindível à responsabilidade civil sem dano

Dano e responsabilidade civil sempre estiveram juntos sob uma lógica de causa e efeito. Se essa ligação nasce durante a fase clássica do Direito Romano, é com o racionalismo jurídico que ela vai se tornar definitiva. Com efeito, por meio dos autores do século XVII e XVIII, passa-se a divisar um conceito abstrato e uniforme de dano, fixando a concepção de que, uma vez que tudo poderá ser considerado como dano, a responsabilidade civil serve de instrumento jurídico para compensá-los.

Segundo a tradição continental, que se inicia no direito romano pós-clássico¹ e se conclui com o racionalismo jurídico, o dano é compreendido como categoria unitária, apta a abarcar toda forma de prejuízo injusto. Contudo, nem sempre a associação existiu, como, por isso mesmo, muitos sistemas jurídicos se formaram sem ela. Nos primórdios da responsabilização civil, não havia

¹ VALDITARA, Giuseppe. Dall'aestimatio rei all'id quod interest: evoluzione del criterio di stima del danno aquiliano. Pavia: Luculano, 1995, p. 17. A questão, porém, é bastante controversa. No sentido contrário, ou seja, de que os romanos nunca chegaram a divisar a noção unitária, baseada na ideia de diferença negativa proposta pela Differenztheorie, cf.: ZIMMERMANN, Reinhard. The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 826.

propriamente indenizações, assim entendidas como a reparação que se faz a um dano, mas penas, ou seja, mais uma sanção imposta pela prática de uma conduta vedada normativamente do que uma compensação por um prejuízo efetivo.

Essa dicotomia é uma das muitas que permeiam a bifurcação entre as famílias da *Common Law* e do sistema romano-continental. No nosso caso, ela constitui a própria razão de ser de, em uma, falar-se em *tort law* e, na outra, em responsabilidade civil. A primeira, que guarda correspondência histórica com as primeiras fases do Direito Romano, ainda falando em punição de ilícitos que, em uma gradação de riscos, afetaria mais ao indivíduo que a sociedade como um todo; porém, em o fazendo, coloca em perspectiva a conduta do ofensor e não apenas os prejuízos que dela efetivamente decorreram. A segunda, que historicamente pode ser considerado como uma evolução da primeira, faz exatamente o oposto.

Essa evolução culminou, no caso do chamado sistema continental, com o artigo 1382 do Código Civil francês de 1804, com a conhecida cláusula do dano (*la clause*): “Todo fato humano que cause dano a outrem obriga aquele por cuja culpa o causou a repará-lo”. No Brasil, essa tradição foi recepcionada pelo Código Civil de 1916 (art. 159) e reafirmada no Código de 2002 (arts. 186 e 927), ambos estruturados sobre a tríade conduta ilícita, dano e nexo causal. Como lembra Mario Franzoni (2010, p. 210), “a função da responsabilidade civil é reagir ao dano injusto, e não punir uma conduta antijurídica”.

Apesar da consolidação histórica do dano como pressuposto da responsabilidade, parte da doutrina contemporânea sustenta a possibilidade do que, repetidamente, é designado de uma responsabilidade sem dano. A ideia ganhou força na Europa Continental, especialmente na França, sob a influência da ideia de que vivemos, diferentemente do passado, em uma sociedade de risco, sendo ele, e não mais o dano, seu catalizador. A existência de danos os mais diversos, a dificuldade de repará-los, ou mais pontualmente até mesmo em prová-los judicialmente são apontadas como causas dessa viragem.

Catherine Thibierge (1999, *passim*), uma professora da Faculdade de Direito de Orleans, em artigo publicado no ano de 1999, foi provavelmente a primeira a pregar a superação do dano como elemento essencial da responsabilidade civil. Ela propôs, em essência, sua divisão em duas funções: uma repressiva, voltada ao passado, e outra preventiva, dirigida ao futuro, com a adoção de medidas de precaução para a evitação do dano,

que deveria ser sua preocupação principal. Não muitos, mas vários estudiosos da matéria resolveram lhe seguir.

Dentre todos eles, destaca-se Suzanne Carval (1995. p. 13), morta prematuramente para os padrões atuais no ano de 2018, para quem a responsabilidade deveria ser reconduzida à função normativa que teve em um passado distante. Em sua visão, a responsabilidade não se destinaria apenas a reparar, mas também a impor uma espécie de “pena privada oficializada”, desvinculada do dano. Justamente por não se encontrar vinculada a princípios de contenção estatal, como o da legalidade estrita, a postulação de Carval é de que a disciplina das condutas humanas poderia ser melhor realizada pela responsabilidade civil. O raciocínio é tão preciso como audacioso e busca uma espécie de síntese na lógica repressora do direito público, combinada com a flexibilidade natural do direito privado.

A reparação não seria mais a única (e nem a mais importante) finalidade da responsabilidade civil. O ponto crítico dessa nova forma de responsabilidade civil consiste no alargamento como instrumento de controle do próprio risco, prevenindo-o antes mesmo que ocorra o dano. Seu objetivo é, assim, o de sancionar qualquer conduta e não apenas condutas qualificadas pelo dano ocorrido (CARVAL, 1995. p. 379). Seria essa a tal função normativa, pela qual a responsabilidade civil já nem poderia ser considerada exclusivamente um sistema de reparação (retributivo). Ela, agora, se converteria em um mecanismo eminentemente punitivo, de disciplina de condutas. Um ramo jurídico redimensionado, readaptado aos novos tempos e, portanto, redefinido como “pena privada oficializada” (CARVAL, 1995. p. 381).

Sob o ponto de vista da eficácia, sim, a proposta de uma responsabilidade civil que contemple o melhor dos dois mundos (do direito público e do direito privado) é bastante sedutora. A grande questão, como será mencionada logo mais, é o preço que se está disposto a pagar por isso do ponto de vista das liberdades individuais, porque, como é fácil perceber, são elas que são o escrutínio direto de uma responsabilidade civil, como o nome diz, baseada na conduta e não mais em suas eventuais consequências (dano).

G. Marton (1939, p. 355), um consagrado autor do começo do século XX, já consignava, em sua época, que a indenização civil, sem prescindir de uma lógica preventiva geral, permitiria sancionar de forma adequada as lesões praticadas contra o patrimônio ou integridade de um indivíduo, sem, no entanto, jogar o ofensor na vala comum das sanções do direito público.

Na contramão de quem se propõe a usar a responsabilidade civil para controlar condutas, ele ensinava que a utilização das indenizações como penas, ou seja, de seu uso em caráter punitivo, desnaturaria por completo o instituto.

Embora, quando expressamente mencionada, ainda seja franca a resistência a uma responsabilidade civil na qual não haja lugar para o dano, por meio de uma série de menções à necessidade de preveni-lo mais que repará-lo, começa-se a dar lugar à responsabilidade civil sem dano, tendência verificada, sobretudo, na América Latina. No caso, serve de referência obrigatória o relativamente novo Código Civil e Comercial argentino, cujos arts. 1.710 e 1.711 aludem expressamente a uma função preventiva da responsabilidade civil, ao lado da ressarcitória.

A existência de uma responsabilidade civil sem dano, na doutrina nacional, vem conquistando adeptos. Dividindo *mais conservadores*, de um lado, ou os *mais progressistas*, do outro, não se pode dizer mais que se seja indiferente a ela nos dias atuais. Aliás, como lembra Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (2016, p. 93), em meados de 2013, mais de uma década atrás, um renomado encontro de civilistas ocorrido no Recife (PE), sintetizou a questão em carta aberta dizendo: “A análise crítica do dano na contemporaneidade impõe caminho de reflexão sobre a eventual possibilidade de se cogitar da responsabilidade sem dano”.

Não é aqui o espaço, contudo, para se levar adiante um estudo mais detalhado sobre próceres e contendores da responsabilidade civil sem dano, no Brasil especialmente. Porém, a referência a ela é fundamental porque é basicamente sobre isso que se quer falar quando se coloca em perspectiva a questão dos danos presumidos em sua dinâmica atual. Com efeito, uma reflexão crítica sobre o uso dos danos presumidos (ou *in re ipsa*) no contexto atual sugere que eles assumem o papel muito mais de instrumento de controle de condutas que propriamente de reparação de um dano efetivo.

Independentemente de se saber se isso é uma solução sistêmica para nosso ordenamento jurídico, é fundamental examiná-la de modo frontal, ou seja, admitindo-se de maneira sincera o que não se está indenizando um dano, pelo menos não dentro do conceito que dele usualmente se cogita.

2 Danos presumidos (ou *in re ipsa*): o que diz a jurisprudência do STJ

Como referido, negar a responsabilidade civil sem danos costuma ser fácil. Não raro, até provoca reações presididas por certa indignação: como abrir mão do papel que o dano desempenha na responsabilidade civil? Entretanto, a prática vem se formando em termos mais maleáveis com o que, na prática, outra coisa não pode ser considerada que seu reconhecimento. O elastecimento do dano moral pode e deve ser considerada a forma mais comum pela qual ela se realiza, pois, sob o manto do dano moral, sobretudo dos danos morais coletivos, busca-se muito mais punir uma conduta que indenizar prejuízos.

Nesse contexto, relevante o conceito de danos presumidos, também chamados de danos *in re ipsa*. Por meio desse conceito, a jurisprudência brasileira ampliou a incidência da responsabilidade civil, concebendo indenizações cuja prova naturalista seria de difícil realização. Segundo prática aceita nos tribunais, portanto, danos presumidos, ou *in re ipsa*, são expressões sinônimas.² Significam que, em determinadas hipóteses, a própria prática do ilícito revela lesão à dignidade do ser humano em si mesma, dispensando assim qualquer outra prova em juízo.

A expressão pode ser associada aos danos *per se* existentes na *Common Law*.³ Na França, a Corte de Cassação, desde 1996, acolheu, de modo definitivo, a tese segundo a qual as ofensas aos direitos da personalidade configuram danos por si mesmos (ou *in re ipsa*). Em qualquer dos casos, cuida-se fundamentalmente de um método pelo qual, abstratamente, presume-se como danosa uma conduta que, em princípio, não revela um dano fenomênico aparente.

² Na doutrina, contudo, é possível encontrar manifestações que consideram que ambos constituem categoria. Nesse sentido: SOARES, Flaviana. Rampazzo. Dano presumido e dano 'in re ipsa' – distinções necessárias. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. IV-X, 2023. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/256>. Acesso em: 23 set. 2025. Particularmente nossa posição é diversa como é explicada no texto.

³ Na *Common Law*, a expressão *in re ipsa* é empregada em sentido diverso, significando, na realidade, uma presunção de culpa. Ela surge em *Byrne v. Boadle*. A defesa afirmava que não havia prova da quebra do dever de cuidado, pedindo a improcedência. No apelo, Sir. Charles Pollock, um dos últimos barões da centenária Corte de Exchequer, assinalou: “um barril de farinha não rola (sozinho) de um depósito, senão com certa negligência” para presumir a culpa do autor, consagrando a expressão. ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit, p. 910.

No Brasil, igualmente, desde a década de 1990, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) os vem reconhecendo. Os primeiros precedentes em que eles são expressamente referidos podem ser considerados os REsp 23.575/DF e o REsp 196.024/MG, ambos relatados pelo ministro César Asfor Rocha e julgados, respectivamente, entre os anos de 1997 e 1999, nos quais se entendeu que a inscrição indevida em cadastros de inadimplentes geraria dano moral, cuja prova seria presumida.

Com o tempo, o mesmo STJ não apenas os consolidou como instituto como também os reconheceu nos mais variados casos. Assim, para permitir a realização da reparação civil em casos em que, apesar de visto que prejuízo havia, não se conseguia bem materializá-lo, modificou-se a forma de apreensão do próprio conceito de dano, valendo-se dessa que é uma categoria menos ortodoxa que prática.

De nossa parte, os danos (morais) *in re ipsa* não são nem propriamente presumidos, nem se confundem com a própria ilicitude. Eles demonstram uma vez mais que os danos (de modo especial, os de índole moral) constituem formas de lesão a um interesse juridicamente protegido. Desse modo, compreende-se a expressão *in re ipsa* tão somente como um recurso linguístico para não se dizer explicitamente que os danos morais constituem lesão a um interesse juridicamente qualificado (ou seja, os direitos da personalidade) e não os abalos e dores psicológicos, como ainda é dito aqui ou ali (SCHREIBER, 2011, p. 202).

Como aponta a doutrina mais acertada, o dano *in re ipsa* apenas constitui técnica de apreciação do dano, que torna desnecessária a análise de qualquer prova para configurá-lo (TARTUCE, 2020, p. 596). Em uma comparação mais didática que técnica, é franca a equiparação aqui com os conhecidos crimes formais, no âmbito penal. Eles nem são de resultado, porque esses precisam da verificação de um resultado fenomênico para que se considerem como praticados e nem *de mera conduta*, quando a conduta em si mesmo já constitui um crime, independentemente de resultado.

Ao contrário, nos crimes formais, é a própria norma penal que lhe outorga um resultado do ponto de vista jurídico, inclusive porque sabedora de que, não raras vezes, tal resultado é de difícil comprovação material. Assim funciona o dano *in re ipsa*. Ele não dispensa a verificação de um interesse jurídico concretamente violado para que haja sua indenização, não podendo ser incerto, mas pode ser inferido de modo intelectual pelo julgador.

Confirma a afirmação anteriormente feita o fato de, por várias outras vezes, o Superior Tribunal de Justiça não abolir a presença do prejuízo ou efetiva lesão a direito para impor a responsabilização civil, exigindo sua prova. Exemplo muito claro disso é a Súmula 385, a qual dispõe que não cabe indenização por anotação irregular em cadastro quando já houver inscrição legítima anterior. Quer dizer, se não houvesse dano a ser considerado, uma inscrição irregular geraria dano moral com dispensa de qualquer prova, independentemente de qualquer outra circunstância.

Contudo, não é assim. E corretamente não é assim porque, caso contrário, observe-se estar-se-ia concedendo uma indenização não por um dano, mas por uma conduta. Inegavelmente, houve violação da norma de regência porque uma negativação de nome foi realizada sem o procedimento adequado, mas porque a pessoa já estava *negativada* por outro motivo legítimo, não há efetivamente prejuízo. Logo, não há dano, inclusive, por fato inclusive exterior à causalidade supostamente lesiva.

Outros casos envolvem atrasos em voos. Aqui, é particularmente interessante observar que a própria legislação aeronáutica (o Código Brasileiro de Aeronáutica, que foi alterado nesse ponto em 2020) passou a exigir expressamente “a demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo e de sua extensão pelo passageiro ou pelo expedidor ou destinatário de carga.” (art. 251-A). Com a inovação legislativa, o STJ consolidou em definitivo a viragem de sua jurisprudência sobre o tema, de modo que, atualmente, a questão é dada como pacificada naquele Tribunal Superior, como é possível verificar, dentre vários outros casos, pela leitura do REsp nº 1.796.716/MG, relatado pela ministra Nancy Andrighi.

Não obstante isso, o reconhecimento dos danos *in re ipsa* traz consigo o risco de hipertrofia na ideia de responsabilidade civil que pode resultar, como já dito, na prática em uma responsabilização sem danos, ao invés de se excogitar de verificar uma lesão a um interesse jurídico qualificado, o que permitiria sua apreensão, independentemente de qualquer comprovação material ou fenomênica. Exemplos não faltam em que, em nosso sentir, caminhou-se mais nesse sentido que no outro.

No bastante referido REsp 1.899.304/SP, reconheceu-se que a simples aquisição de alimento contaminado por corpo estranho geraria dano moral, ainda que o consumidor não o ingerisse. O julgamento foi realizado pela 3ª Seção e não foi unânime, ficando vencidos os ministros Raul Araújo e Antonio Carlos

Ferreira, demonstrando que o tema ainda pode ser considerado polêmico. O ponto nodal vem a ser precisamente a expansão que a ideia de um dano *in re ipsa* pode causar, pois termina autorizando, para parte tanto considerável como autorizada da doutrina e da jurisprudência, que exposição a um risco, desde que concreto, já seria um dano.

A fundamentação constante do respectivo acórdão, relatado pela ministra Nancy Andrighi, com sinceridade que deve ser louvada, afirma expressamente que a *indenização* estava sendo dada em face da exposição do consumidor a risco “de lesão à sua saúde e à sua incolumidade física e psíquica, em violação do seu direito fundamental à alimentação adequada”, sendo assim “irrelevante, para fins de caracterização do dano moral, a efetiva ingestão do corpo estranho pelo consumidor, haja vista que, invariavelmente, estará presente a potencialidade lesiva decorrente da aquisição do produto contaminado”.

Venia concessa, exposição, ou ameaça de lesão ainda não cuidaria de dano, pelo menos não no seu conceito normal, pois estaria em contraposição com a noção de certeza que dele se exige. Todavia, como se está sugerindo, o que se coloca em perspectiva é que a configuração *in re ipsa* pode se converter em mecanismo sancionatório sem lastro em uma lesão concreta, como parece demonstrar o exemplo citado. Esse, insiste-se, constitui ponto a demandar atenção em sua aplicação, especialmente para os que continuam vendo no dano um pressuposto para a responsabilidade civil.

Se é inegável que os danos *in re ipsa*, ao aludirem à possibilidade de se apreciar apenas intelectivamente a conduta danosa, representou efetivo avanço à responsabilidade civil contemporânea, deve-se colocar também em evidência que, precisamente por meio deles, pode estar a semente para a própria exclusão do dano. Não custa lembrar, por sinal, que foram por meio de presunções, inicialmente admitidas como flexibilização da prova da culpa, que se chegou à configuração ampla da teoria do risco. O mesmo receio, agora, comungamos e dividimos em relação aos danos *in re ipsa*, até porque também, como aqui dito, conhecidos são como danos presumidos...

3. A tendência de cautela: as lições do REsp 2.161.428/SP

Diante de todo o quanto se expôs, tem-se que é oportuna e pertinente a adoção dos danos *in re ipsa* da técnica em hipóteses graves, em que seria irrazoável exigir prova do abalo por

clara violação a direitos qualificados da personalidade. Entretanto, também revelam o risco de uma expansão ilimitada. Quanto mais se multiplicam as hipóteses de presunção, mais se fragiliza o requisito do dano, e a responsabilidade civil tende a se converter em mecanismo sancionatório sem lesão concreta, o que não se confunde com uma lesão em potencial.

É nesse ponto que o REsp 2.161.428/SP ganha relevância, um dos últimos que foram julgados no Superior Tribunal de Justiça sobre os limites dos danos *in re ipsa* e sua eventual ultrapassagem para servir de fundamento a indenizações que, uma vez mais, seriam baseadas mais na conduta lesiva do que em uma lesão efetiva. No caso, discutia-se fraude em empréstimo consignado contra aposentada. A controvérsia teve origem em uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica, cumulada com pedido de restituição e indenização por danos morais e materiais.

A autora alegou não ter contratado qualquer empréstimo consignado, mas, ainda assim, passou a sofrer descontos indevidos em seu benefício previdenciário, no valor de R\$ 205,92 mensais, relativos a um contrato fraudulento no montante total de R\$ 8.384,36. Em termos da prova da conduta danosa, a perícia grafotécnica realizada nos autos foi conclusiva ao afirmar que a assinatura aposta no contrato não provinha do punho da autora, caracterizando fraude evidente.

Em primeira instância, o juízo reconheceu a inexistência da dívida, determinou a cessação dos descontos e condenou o banco à devolução em dobro dos valores já descontados, com base no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, negou o pedido de danos morais, sob o fundamento de que a autora permaneceu com o valor do empréstimo creditado em sua conta (R\$ 4.582,15) e não o devolveu voluntariamente, o que configuraria comportamento contraditório e afastaria o abalo moral indenizável.

Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) confirmou a sentença, mantendo a negativa de indenização moral. Para o Tribunal, o episódio representava mero aborrecimento, sem prova de humilhação, vexame ou ofensa à dignidade. Além disso, a Corte estadual registrou que a autora demorou quase seis anos para insurgir-se contra os descontos, o que também mitigaria a alegação de dano relevante.

Diante disso, a autora interpôs recurso especial ao STJ, com fundamento nas alíneas a e c do art. 105, III, da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 186, 927 e 944 do Código Civil, do art. 14 do CDC e do art. 5º, V, da Constituição. Sustentou que a

fraude bancária e os descontos indevidos sobre benefício previdenciário de pessoa idosa configuram, por si sós, dano moral indenizável. O processo teve a relatoria distribuída para a Ministra Nancy Andrighi, que, em longo e alentado voto, fez considerações as mais pertinentes sobre a teoria do dano moral no Direito Civil contemporâneo, destacando sua apreciação objetiva, ou seja, que ele não se confunde com meros sentimentos de dor ou tristeza, mas decorre da violação de direitos da personalidade.

A relatora, no entanto, destacou que a jurisprudência do STJ, em regra, não presumia o dano moral em casos de fraude bancária, exigindo-se, em tais situações, a demonstração de circunstâncias concretas de malbaratamento dos direitos da personalidade. Apesar disso, considerou que a situação em exame continha peculiaridades relevantes a serem consideradas: tratava-se de consumidora idosa que sofreu descontos indevidos diretamente em seu benefício previdenciário, o que, em sua visão, comprometia sua subsistência e dignidade.

Invocando uma aplicação conjunta e dialogal do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto do Idoso e da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, o voto da ilustre relatora mencionou ainda precedentes como o REsp 1.995.458/SP e o AREsp 2.201.401/RJ, em que se reconheceu a especial tutela da pessoa idosa em relações de consumo bancário para concluir que a fraude configuraria violação à dignidade da pessoa humana, em razão da falha na prestação de serviço bancário.

Com a sequência do julgamento, contudo, o ministro Moura Ribeiro pediu vista e apresentou voto divergente, negando provimento ao recurso especial. Sustentou a divergência que o caso não configurava dano moral, pois a autora permaneceu com o valor depositado em decorrência do contrato fraudulento, sem demonstrar ter sofrido qualquer abalo concreto à honra ou à imagem. Isso porque o simples fato de a vítima ser idosa não autoriza o reconhecimento automático de dano moral, sendo indispensável demonstrar que a idade tenha potencializado o sofrimento ou facilitado a fraude.

Em seu voto, por sua vez, foram citados outros tantos precedentes da Corte Superior que afastavam o dano moral em situações semelhantes (como o AgInt no AREsp 1.701.311/GO e o AgInt no REsp 2.117.699/SP). Reafirmando que a fraude bancária, por si só, não gera indenização, salvo quando acompanhada de circunstâncias excepcionais, concluiu que o comportamento da autora, ao utilizar o valor recebido e tardar em questionar o

contrato, contrariou o princípio da boa-fé objetiva, afastando a pretensão indenizatória.

O julgamento, nesse momento, ficou empatado com dois votos para cada lado. Enquanto a relatora, ministra Nancy Andrighi, e o ministro Humberto Martins, que a seguiu, davam pelo provimento do recurso especial, a divergência do ministro Moura Ribeiro foi acompanhada pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Por disposição regimental, coube ao ministro Antonio Carlos Ferreira, da Quarta Turma, proferir o voto de desempate, o qual acompanhou a divergência. Porém, não se trata apenas de expor o resultado numérico. As razões do voto de desempate merecem consideração especial mercê de situar o assunto precisamente dentro das reflexões antes aventadas.

Na perspectiva do ministro Antonio Carlos Ferreira, não houve efetivamente qualquer demonstração de dano moral autônomo. Considerando que a reparação patrimonial (ou seja, a restituição dos descontos indevidos) já se encontrava adequadamente assegurada, destacou que o reconhecimento do dano moral sem elementos concretos levaria a uma indevida banalização da responsabilidade civil, especialmente em casos de fraude sem repercussões comprovadas na honra ou imagem da vítima, em conformidade com o que foi anteriormente exposto.

Com efeito, o ministro Antonio Carlos Ferreira, entretanto, ao proferir o voto de desempate, adotou posição cautelosa: a fraude, embora ilícita, não gera automaticamente dano moral. Mais do que isso, foi decisiva a afirmação de que o fato de a vítima ser idosa não constituiria, por si somente, razão suficiente para a condenação em danos morais. É certo que a especial vulnerabilidade do idoso pode agravar o *quantum* indenizatório, mas não substitui o pressuposto do dano. Se assim fosse, qualquer fraude contratual resultaria em indenização, instaurando na prática uma responsabilidade sem dano. O acórdão, ao prestigiar a necessidade de prova mínima, reafirmou a centralidade do dano e indicou o caminho para uma aplicação equilibrada do *in re ipsa*.

O REsp 2.161.428/SP, ao afastar a presunção automática em caso de fraude bancária, representa ponto de inflexão, sobretudo em face dos qualificados votos dos ministros Moura Ribeiro, Villas Boas Cuêvas e Antonio Carlos Ferreira, os quais, em definitivo, reafirmam que a responsabilidade civil não pode prescindir da demonstração mínima de lesão, delimitando sistemicamente o uso dos danos *in re ipsa* de modo a que não se convertam em responsabilização de condutas apenas porque houve ilicitude (porém sem dano).

O precedente contribui, assim, para restabelecer a racionalidade do sistema, garantindo tutela efetiva à dignidade humana sem abdicar de seus pressupostos estruturais. A tendência de restringir presunções automáticas também aparece em domínios sensíveis como vazamento ou uso indevido de dados pessoais.⁴

Conclusão

Da análise doutrinária e jurisprudencial brasileira, devem emergir critérios que conferem racionalidade à aplicação do dano (moral) *in re ipsa*, instrumento, em princípio, válido para *aggiornar* a responsabilidade civil aos muitos desafios que ela enfrenta em um mundo marcado pelas mais variadas formas de lesão a direitos. O ponto, todavia, é saber diferenciar o que continua se constituindo apenas como ilicitude, no sentido amplo da expressão, a qual deve ser sancionada por áreas outras do Direito, especialmente no âmbito público, e o que efetivamente deve ser considerado como uma antijuridicidade qualificada pelo dano.

Não sendo isso feito, haverá o risco de a responsabilidade civil terminar prescindindo do dano. Embora sutil, é perfeitamente possível compreender que, mesmo com a expressão *in re ipsa*, não se está abolindo o dano, mas promovendo uma técnica de apreciação do dano que permite seu exame normativo sempre que forem identificadas lesões a interesses da personalidade, os quais, por não resultarem em ocorrência fenomênica, não podem ser materialmente comprovados.

Ainda assim, é possível identificar situações em que a eventual violação de uma regra jurídica não se encontra associada a qualquer lesão a interesse, o que, uma vez mais, não pode permitir que, a tal título, se coloque a potencialidade da lesão como uma forma de dano. Desse modo, o reconhecimento deve restringir-se a hipóteses de violação direta e imediata a direitos da personalidade, como a honra, a imagem, a privacidade e a integridade física (como, aliás, é expressamente mencionado no artigo 823 do Código Civil alemão).

⁴ Dentre outros assuntos de igual relevância, a agenda do STJ tem hora marcada com o debate discussões (está certo isso?) sobre o âmbito da possibilidade de serem configuradas como *in re ipsa* os danos no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) com clara divergência de opiniões sobre a incidência (ou não) da presunção dos danos em caso de tratamento indevido de dados pessoais, pois já é clara a divisão de posicionamento entre os vários integrantes da Corte sobre o tema.

Como dito reiteradamente, o dano *in re ipsa* é técnica legítima, desde que aplicada com parcimônia em situações em que a prova seria impossível ou desproporcional. Sua expansão ilimitada, contudo, gera o risco de instaurar uma responsabilidade sem dano, em desacordo com a tradição e a lógica reparatória do instituto no Brasil e no mundo.

Referências

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.
- CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction dje peine privée**. Paris: LGDJ, 1995.
- FRANZONI, Massimo. **Trattato della responsabilità civile: il danno risarcibile**. 2. ed. Milano: Giuffré, 2010. t. 2.
- MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile: révision de la doctrine: essai d'un système unitaire**. Paris: Recueil Sirey, 1938.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. vol. 2.
- THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. **Revue Trimestrale de Droit Civil**, Paris, n° 3, jul./set. 1999.
- VALDITARA, Giuseppe. **Dall'aestimatio rei all'id quod interest: evoluzione del criterio di stima del danno aquiliano**. Pavia: Iuculano, 1995.
- ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions**. Cape Town: Juta & Co., 1992.

