

DANO PRESUMIDO E DANO *IN RE IPSA* – DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Flaviana Rampazzo Soares *

“As palavras precisam ser semeadas, são como sementes. Não importa o quão pequena uma semente possa ser, quando ela pousa no tipo certo de solo, ela desdobra sua força e mesmo sendo minúscula, ela se expande e cresce para um tamanho enorme. A razão faz o mesmo; para o olho externo, suas dimensões podem ser insignificantes, mas com a atividade começa a se desenvolver. Embora as palavras faladas sejam poucas, se a mente as captou como deveria, elas ganham força e rompem para cima. Sim, os preceitos têm as mesmas características das sementes: são de dimensões compactas e produzem resultados impressionantes.” Sêneca (Cartas de um estoico. Carta XXXVIII).

Em ações indenizatórias nas quais são postuladas compensações por danos extrapatrimoniais, frequentemente são empregados os vocábulos “dano presumido” e “dano *in re ipsa*”. Amíúde são tratadas como locuções que expressariam um mesmo significado, como se fossem uma mesma semente, na linguagem de Sêneca.

Tome-se por exemplo dessa afirmação um trecho da ementa do Recurso Especial n. 1.624.224/RS julgado em 2018 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual consta que, “segundo entendimento consolidado nesta Corte de Justiça, para a caracterização de improbidade administrativa, por frustração da licitude do processo de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano *in re ipsa*.¹”

A expressão “ou seja” é uma locução conjuntiva, e, do modo como foi inserida no texto da ementa, sugere que dano presumido e dano *in re ipsa* transmitiriam um mesmo sentido.

Não se trata de uma equiparação exclusiva no direito brasileiro. A doutrina italiana, por exemplo, por vezes também iguala ambas as expressões².

* Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Processual Civil. Advogada e Professora.

¹ STJ. 2ª Turma. Recurso Especial n. 1.624.224/RS. Rel. Min. Francisco Falcão. Recurso provido. Votação unânime. J. em 01.03.2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1677406&tipo=0&nreg=201501383251&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180306&formato=PDF&salvar=false>, acesso em 30.03.2023.

² Por exemplo: “Lo scenario appena descritto contrasta decisamente con le linee di evoluzione del diritto privato generale, che conosce diversi criteri di imputazione della responsabilità e con le risultante della giurisprudenza civilistica che ha interessato la colpa di un processo di oggettivizzazione, ha abbandonato il ricorso alle presunzioni dell'accertamento dell'elemento soggettivo e ha avvertato sempre di più la teoria del danno presunto o *in re ipsa* in favore dell'accoglimento del concetto di danno come conseguenza pregiudizievole”. POLETTI, Dianora. Qualche notazione sul risarcimento del danno da lesione della proprietà intellettuale, tra regole speciali e disciplina generale. In: BUSNELLI, Francesco. D. *Diritto civile tra principi e regole*. V. 1. Milano: Giuffrè. 2008. p. 344.

É possível afirmar, no entanto, que o dano presumido e o dano *in re ipsa* são distintos em sua estrutura e em sua incidência no âmbito da responsabilidade civil. Não apenas isso, a distinção entre ambos ultrapassa contornos meramente teóricos e contempla repercussões práticas significativas.

Esse debate permeará, por exemplo, muitas questões que envolvem a responsabilidade civil por violação de dados pessoais. Cabe aos tribunais responder se esse tipo de violação causa um dano *in re ipsa*; gera um dano presumido ou se não pode ser um dano por si, a depender de comprovação concreta.

Em matéria de responsabilidade por violação de dados, em 2019, por meio do REsp n. 1.758.799/MG³, o STJ havia responsabilizado uma empresa que compilava dados pessoais e os disponibilizava na rede, determinando a sua obrigação de indenizar o titular dos dados por danos morais (classificados como *in re ipsa* no acórdão), tendo em vista que o demandante não fora avisado de que seus dados seriam coletados, armazenados e compartilhados. Não houve diferenciação entre dados sensíveis ou não sensíveis como um ponto que pudesse alterar o resultado do julgado, tampouco foi exigida prova específica do dano, tendo sido enfatizada a necessidade de que o consumidor tivesse conhecimento de que seus dados eram compartilhados e que efetivamente anuísse com o compartilhamento, para que essa conduta fosse considerada regular.

Neste mês de março de 2023, o STJ parece ter alterado o seu posicionamento⁴. No julgamento do AREsp n. 2.130.619⁵, referiu que uma concessionária de energia elétrica que vazou dados de uma cliente idosa (nome completo, RG, gênero, data de nascimento, idade, números de telefone fixo e de celular, endereço e dados do contrato de fornecimento firmado) não deveria indenizá-la, sob o argumento de que o vazamento de dados de natureza comum (aqueles pessoais mas não íntimos, passíveis apenas de identificação da pessoa natural não classificados como sensíveis), “a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável” e, nesse sentido, “o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações”.

Segundo o que constou no acórdão do STJ, a parte autora da ação afirmara o “potencial perigo de fraude e importunações” ao qual estava exposta para fundamentar a sua pretensão

³ STJ. 3ª. Turma. REsp n. 1.758.799. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. em 12.11.2019. Unanimemente o recurso foi conhecido em parte, e, nessa parte, desprovido. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1888267&num_registro=201700065219&data=20191119&formato=PDF, acesso em 30.03.2023.

⁴ É visível uma tendência no STJ de restrição dos casos de danos *in re ipsa*, como bem apontou (“Vê-se, portanto, em que pese a histórica consagração do dano moral *in re ipsa* nos casos de cancelamento de voo e extravio de bagagem, o Superior Tribunal vem alterando sua jurisprudência firmada, no sentido de exigir que o passageiro demonstre as circunstâncias especiais que culminaram na violação a seus interesses existenciais. DANTAS BISNETO, Cícero. Dano moral presumido (*in re ipsa*) no âmbito do contrato de transporte aéreo: uma análise das inovações trazidas pela Lei 14.034/20. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 137. Ano 30. p. 217-242. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2021. Trecho da p. 231.

⁵ STJ. 2ª Turma. Recurso Especial n. 2.130.619/SP. Rel. Min. Francisco Falcão. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. Votação unânime. J. em 07.03.2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=178204788®istro_numero=202201522622&peticao_numero=&publicacao_data=20230310&formato=PDF, acesso em 30.03.2023.

indenizatória. Da leitura do acórdão, nada foi dito quanto à efetiva violação da autodeterminação informativa da titular dos dados, inegavelmente existente no caso sob análise, como fundamento da ação proposta, pois o controle do titular sobre os seus dados e as suas informações é fundamental para que possa exercer o livre desenvolvimento da sua personalidade, que enseja direito de não ingerência alheia indevida, a permitir tanto o uso de tutela inibitórias, visando impedir ou mitigar danos, quanto utilizar a via da compensação destes⁶.

No voto do relator do mencionado AREsp n. 2.130.619, constou que “os dados objeto da lide são aqueles que se fornece em qualquer cadastro, inclusive nos sites consultados no dia a dia, não sendo, portanto, acobertados por sigilo, e o conhecimento por terceiro em nada violaria o direito de personalidade” da demandante. Transcrevendo a sentença do caso, o Ministro Francisco Falcão referiu que, “para se caracterizar dano moral, a ensejar reparação, o fato deve gerar grave ofensa à honra, à dignidade ou a atributo da personalidade da pessoa”, não pelo “simples fato de ter ocorrido o vazamento de dados pessoais”, e que o resultado teria sido corroborado pela constatação de que “não veio para o processo prova efetiva de dano”.

Portanto, não se chegou ao ponto de analisar se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva, porque o debate foi sobre a inexistência de dano, separando, de um lado, a ilicitude, e, do outro, o dano juridicamente qualificado. Para o STJ, embora o vazamento de dados seja uma conduta ilícita (conquanto a parte adversa tenha invocado a quebra de nexo causal por suposta conduta de terceiro, que não foi objeto de apreciação no Recurso Especial), foi entendido que isso não teria causado, objetivamente, um prejuízo efetivamente indenizável à parte, por falta de prova na aplicação da regra processual geral (art. 373 do CPC), porquanto não foi referida qualquer questão atinente à distribuição dinâmica do ônus da prova quanto aos pontos controvertidos ou mesmo de inversão do ônus da prova previsto no CDC. Veja-se que o STJ não afirmou que não pudesse ter ocorrido um dano, mas sim que este dano deveria ser objeto de prova específica, não cabendo presunção e não sendo dano por si. Ou seja, o temor de um risco não seria hipótese de dano presumido, tampouco de dano *in re ipsa*.

No acórdão, não consta que a demandada tenha sido instada a comprovar que tenha adotado medidas de segurança “técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”, como determina o art. 46 da LGPD.

O relator destacou em seu voto que o resultado poderia ser distinto se estivesse julgando um caso de violação de dados sensíveis, ao afirmar “diferente seria se, de fato, estivéssemos diante de vazamento de dados sensíveis, que dizem respeito à intimidade da pessoa natural”.

⁶ Quanto ao tema, convém destacar o alerta de Bruno e Denise Carrá, no sentido de que: “Mercê da facilidade que a doutrina e jurisprudência nele depositam para ter como provada uma lesão concreta ao patrimônio de alguém, sobretudo em seu aspecto imaterial, é possível facilmente lho confundir com a teoria da responsabilidade por mera conduta, embora categoricamente disso não se trata”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica FA7*. Fortaleza, V. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez./2019. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1181/765>, acesso em 30.03.2023.

Esse acórdão suscita vários pontos de investigação aprofundada, que não cabem em um editorial, como, v.g., no tocante ao direito material, o conceito de dano; o campo de incidência da LGPD na classificação dos dados, se aqueles que foram concretamente vazados poderiam ser qualificados como sensíveis pela possibilidade de cruzamento cujo resultado resultasse em informações sensíveis. No campo processual, caberia questionar o tipo de prova que se exigiria da vítima que teve os seus dados pessoais violados e se a comprovação exigida indiscriminadamente de todos os titulares com dados violados poderia ser classificada como uma prova impossível ou muito difícil, cujo resultado seria o enfraquecimento da finalidade da Lei Geral de Proteção de Dados pois, não havendo repreensão ou penalização efetiva, uma análise de *custos versus riscos* poderia fazer com que empresas optassem pelo risco de condenações (ou benefícios de “absoluções”) em vez de investirem em segurança de dados.

De todo modo, para os fins deste breve ensaio, o recente julgado do STJ indica uma tendência de desconsiderar a violação de dados não sensíveis como dano *in re ipsa* ou como um dano presumido e, assim, o tema da diferença entre os dois tipos volta à tona.

Por dano *in re ipsa* compreende-se o prejuízo concretizado pela mera violação de um interesse juridicamente protegido. É um dano por si, independente de outras consequências e que coincide com a própria lesão. Traz simultaneidade entre ofensa e prejuízo, que não se verifica como subsequente, justamente porque a conduta que viola o direito traz o potencial de gerar o dever de indenizar⁷.

Bruno e Denise Carrá bem ressaltam essas características:

“Os danos (morais) *in re ipsa* não são nem 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 expressão *in re ipsa* tão somente como um recurso linguístico para permitir a fuga desse quase que irracional temor de declarar que os danos morais são apenas lesões a interesses jurídicos qualificados (e não os abalos e dores psicológicos como ainda é dito aqui ou ali). Em que pese sua fragilidade teórica, contudo, ela termina por fazê-lo de modo pragmático ao tornar desnecessárias sondagens de viés subjetivo pelo Poder Judiciário para a constatação de tais danos”⁸.

Parte da doutrina, sobretudo a italiana, refere que o dano *in re ipsa* está enquadrado na classe dos danos-evento, ou seja, “um dano ínsito à lesão”, na qual a mera violação de um direito configuraria um dano por si e, portanto, presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, deveria ser indenizado⁹. No denominado dano consequência, devem ser verificadas as repercussões

⁷ Esse é o entendimento da Corte de Cassação italiana (como exemplificam as seguintes decisões: Cassazione It. n. 20620/2015; n. 124/2016; n. 9348/2019; e n. 17897/2020).

⁸ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Ob. cit. Trecho da p. 123.

⁹ “Equiparabile alla teoria del “*danno-evento*” è quella del c.d. *danno “in re ipsa*”, ovvero un *danno* insito nella lesione. In tal senso, del tutto condivisibilmente, le Sezioni Unite hanno osservato che il *danno* non patrimoniale anche quando sia determinato dalla lesioni di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e provato ed hanno precisato che va disattesa la tesi secondo cui è possibile identificare il danno con l’evento dannoso (ovvero il c.d. “danno evento”) così come à da respingere l’affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*.” CENDON, Paolo; NEGRO, Antonello. *Danno biologico e tabelle milanesi*. Milano: Giuffrè Editore. 2011. p. 59.

lesivas efetivas para que estas repercussões, qualificadas juridicamente, possam ser objeto de compensação ou reparação.

A jurisprudência ainda vacila quanto ao delineamento do conceito de dano, sobretudo nos casos em que está sendo discutido um dano *in re ipsa* quando, *v.g.*, refere que uma mulher deva ser condenada a pagar uma indenização por danos morais, por agredir física e verbalmente uma criança de dez anos de idade que havia brigado com a sua filha na escola, ao destacar que "a sensibilidade ético-social do homem comum, na hipótese, permite concluir que os sentimentos de inferioridade, dor e submissão sofridos por quem é agredido injustamente, verbal ou fisicamente, são elementos caracterizadores da espécie do dano moral *in re ipsa*" (REsp n. 1.642.318).

Não fica claro no acórdão do REsp acima referido se o dano decorre das agressões, dos sentimentos experimentados pela criança ou de ambos, trazendo a ideia de que todo dano moral seria *in re ipsa*¹⁰, a partir da afirmação do acórdão no sentido de que "a reparabilidade dos danos morais exsurge no plano jurídico a partir da simples violação (*ex facto*)", sendo que uma das consequências disso seria a "prescindibilidade da prova de dano em concreto à subjetividade do indivíduo que pleiteia a indenização."

Referiu a Ministra Nancy Andrichi, relatora do REsp n. 1.642.318 que, "em diversas circunstâncias, não é realizável a demonstração de prejuízo moral, bastando a simples causação do ato violador e, nesse sentido, fala-se em *damnum in re ipsa*, revestido de presunção absoluta" que dispensaria "prova em concreto", embora a relatora tenha percebido que ocorreria uma "substituição da prova de prejuízo moral – em muitas situações, incabível – pela sensibilidade ético-social do julgador".

Nas situações de dano *in re ipsa*, outras consequências e contingências poderão ser valoradas se configurarem tipos distintos de dano extrapatrimonial ou se resultarem no arbitramento de uma compensação em montante superior ao da média fixada para situações assemelhadas. Para Cavalieri Filho, o dano moral *in re ipsa* "deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral"¹¹.

Nesse sentido, o autor da ação fica dispensado da prova específica quanto ao dano e não se permite prova em contrário por parte do réu, no sentido de que não tenha havido dano. A prova é unicamente de falta de nexo causal, inexistência do fato lesivo, conduta de terceiro ou da própria vítima, inocorrência de ilícito (este último somente na imputação subjetiva de responsabilidade), situações que impliquem redução da indenização a ser arbitrada ou outro meio não pecuniário de compensação.

Não é possível esquecer as críticas à tese do dano *in re ipsa*, como expõe, por exemplo, ROSSETTI, Marco. // *danno alla salute*. 3. Ed. Padova: Cedam, 2021. p. 233.

¹⁰ STJ. 3ª. Turma. Resp n. 1.642.318. J. em 07.02.2017. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Negado provimento ao recurso, por unanimidade. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1568626&num_registro=201602091656&data=20170213&formato=PDF, acesso em 30.03.23.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 90.

No tocante aos requisitos para caracterização do dano *in re ipsa*, deve haver prova da violação do direito e da conduta lesiva, nexos causal e de imputação, acrescido do ato ilícito (este último obrigatório no fator subjetivo de imputação, não essencial nos casos de responsabilidade objetiva).

No que diz respeito à quantificação, por meio da adoção do critério bifásico reconhecido pelo STJ¹², é possível partir de uma média compensatória arbitrada para casos semelhantes, podendo ser modulada conforme a extensão do conteúdo e o alcance das consequências do dano em cada caso concreto. Em consequência disso, se o Autor da ação pretende elevar a indenização média considerando as particularidades do seu caso ou se o Réu objetiva reduzi-la, deverá haver prova específica quanto aos elementos que justificariam um tratamento diferenciado.

O dano *in re ipsa* é diferente do dano presumido. A presunção do dano significa permitir que, em um caso concreto, o ponto de partida seja a premissa de ocorrência de um dado menoscabo por causa de um determinado evento lesivo, a partir do pressuposto de probabilidade e de verossimilhança, ou, nas palavras de Leite, “a presunção tem relativa eficácia pois ela vigora enquanto não desconstituída por prova em sentido contrário. A parte que é beneficiada está dispensada da comprovação do fato principal que é objeto da prova, mas não do fato secundário que desencadeia a sua ocorrência”¹³.

Como se trata de uma presunção¹⁴ que não é categorizada como absoluta, admite prova em contrário. Ou seja, o réu pode comprovar que o autor não experimentou o dano alegado, além de exigir que o demandante comprove minimamente o dano.

Nas situações caracterizadas como de dano presumido, não sendo elidida e sendo reconhecida a responsabilidade civil, a compensação é devida se houver prova da violação, alegação de dano presumível, elementos mínimos que permitam a presunção, em seu conteúdo e extensão, nexos causal e de imputação, acrescido do ato ilícito (no fator subjetivo de imputação).

Na quantificação nas situações enquadráveis no dano presumido reconhecido em juízo, o método bifásico igualmente poderá ser aplicado, a partir de uma média compensatória para casos semelhantes, com a admissão da modulação conforme a extensão do conteúdo e o alcance das consequências lesivas em cada caso concreto. Se o Autor da ação pretende elevar a indenização considerando as particularidades do seu caso, ou se o Réu objetiva reduzi-la, deverá haver prova específica a respeito das circunstâncias que ensejariam uma ou outra consequência.

Expostas as principais diferenças tanto na estrutura quanto na função do dano presumido e do dano *in re ipsa*, e ciente de que esse tema ainda suscitará inúmeros debates, convém advertir

¹² STJ. 3ª. Turma. REsp n. 959.780/ES, j. em 26 de abril de 2011. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1056109&num_registro=200700554919&data=20110506&formato=PDF, acesso em 30.02.2023.

¹³ LEITE, Ricardo Rocha. Ônus da prova e responsabilidade civil: a equivocada premissa da presunção judicial ou *hominis* na análise do dano moral *in re ipsa*. *Migalhas de responsabilidade civil* 01.04.2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/342833/onus-da-prova-e-responsabilidade-civil>, acesso em 30.03.2023.

¹⁴ Trata-se de uma presunção de direito material, e não de direito processual. A presunção de direito processual se divide em absoluta ou relativa. A presunção de dano na responsabilidade civil é, em regra, relativa.

sobre a necessidade de se chegar a um bom destino por meio de caminhos razoáveis e sustentados juridicamente. Não deixar de indenizar casos que mereçam tutela do Poder Judiciário, mas evitar que demandas frívolas sejam exitosas. Para isso, sempre convém lembrar do alerta de Noronha:

“Sabemos que todo direito desempenha uma função social e que qualquer obrigação, de responsabilidade civil ou não, só é objeto de tutela jurídica na medida em que vise realizar um interesse legítimo do credor, assim considerado do ponto de vista social. Por isso, qualquer dano, tanto a coisas como à pessoa, só será objeto de reparação se corresponder a um interesse que seja socialmente tido como sério e útil; não haverá tutela para interesses que não tenham essas características”¹⁵.

Ferreira bem refere que isso não significa que a intensidade do dano seja o fator a considerar, pois a perspectiva correta é de girar a lente para dirigir a luz ao direito de personalidade em questão na causa, de modo que “no caso de violação do direito à vida, liberdade, reputação, privacidade, o dano é a própria violação do direito, independentemente das suas consequências negativas como, por exemplo, o sofrimento mental experimentado pela parte”¹⁶. No mesmo sentido adverte Dantas Bisneto, para quem a possibilidade de responsabilização civil não decorre de uma presunção de “consequências morais negativas, que podem nem mesmo se fazer presentes no caso concreto, mas sim em razão da violação a direito de personalidade da vítima”, conquanto o dano moral deva “ser aferido a partir dos fatos objetivos demonstrados no caso concreto, analisando-se se são suficientes à transgressão dos interesses não patrimoniais da vítima”¹⁷.

Por fim, não se pode olvidar, quanto ao fenômeno da divulgação ou uso indevido de dados, que a inteligência artificial permite que dados sejam eternizados, ilimitadamente e com amplo acesso, sem que o titular possa conhecer ou controlar. Os vazamentos de dados, conforme mencionado, serão ocorrências que estarão na pauta de julgamentos dos tribunais, e saber diferenciar casos de danos por dados sensíveis ou não sensíveis; saber estabelecer o critério de imputação incidente; conseguir aplicar um critério de distribuição de ônus da prova adequado; fundamentar adequadamente a demanda para permitir um correto enquadramento jurídico; demonstrar que a violação de dados do titular efetivamente constitui dano juridicamente tutelado e tutelável serão elementos centrais de debate no porvir, assim como conhecer as diferenças entre dano *in re ipsa* e dano presumido e o âmbito de incidência de cada um, será um ponto diferenciado no exercício das profissões jurídicas, notadamente na seara da responsabilidade civil.

¹⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 498.

¹⁶ FERREIRA, Flávio Henrique Silva. Direitos de personalidade: conteúdo e sistematização. *Revista de direito privado*. V. 39. p. 137-168 (trecho da p. 166). São Paulo: Ed. RT. Jul.-set. 2009.

¹⁷ DANTAS BISNETO, Cícero. Ob. cit., p. 234 e 237.