

A POLÊMICA DA SÚMULA 385 STJ – EXCEÇÃO DA PRÉ-NEGATIVAÇÃO E O DEVER DE INDENIZAR

Marcio Fernandez Perez¹

RESUMO

O dano moral, tido como uma ofensa aos direitos da personalidade, mostra-se presente quando da inscrição indevida do nome da pessoa nos órgãos de restrição ao crédito (violação à honra objetiva). Contudo, quando a inscrição se dá em momento em que já existe uma outra negativação devida vigente, não se observa dano passível de reparação moral, de modo que o conteúdo da súmula 385 STJ não merece revisão ou cancelamento.

Palavras-chave

súmula 385 STJ, dano moral, direitos da personalidade, negativação indevida.

ABSTRACT

The moral damage, pointed as a violation of the personality rights, is detected when the name of a person is registered incorrectly in the credit bureaus (trespass of the objective honor). However, when the registration is made in a moment that exists other regular registration, it's not possible to the person claim for moral damages, what imply in the maintenance of the enunciation 385 STJ.

Keywords

enunciation 385 STJ, moral damage, personality rights, credit bureaus.

1 INTRODUÇÃO

A questão a ser enfrentada no presente estudo se relaciona com a aferição do dano (e seu caráter ressarcível) causado pela negativação indevida nos órgãos de restrição ao crédito, e sua relação com os direitos da personalidade, já que tal ato constituiria uma ofensa à honra objetiva. O estudo parte do conteúdo da súmula 385 STJ, que afasta a responsabilidade civil do responsável pelo cadastro indevido quando há pré-negativação devida.

¹ Advogado em São Paulo. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw.

Os serviços prestados pelos órgãos de restrição ao crédito possuem alta relevância, vez que objetivam “disponibilizar informações a terceiros, de modo a viabilizar melhor apreciação dos riscos para concessão de créditos²”. Ou seja, tais órgãos servem como mecanismo de proteção a quem pretende conceder crédito a outrem, permitindo identificar se o tomador de crédito enfrenta naquele momento uma situação de inadimplência, o que reduziria sua chance de cumprir futuras obrigações.

Como afirma Antônio Carlos Efig³:

...percebe-se que a informação toma contornos cada vez mais relevantes na sociedade atual, haja vista a dimensão desta, motivo que levou os arquivos de consumo (verdadeiras manifestações da sociedade de informação) a “uma estatura semidivina, tamanha a confiança que neles depositam os agentes econômicos e, por via de consequência, os próprios cidadãos, vistos coletivamente”.

Tal é a importância de tais órgãos restritivos, que o Código de Defesa do Consumidor os eleva expressamente à categoria de entidades prestadoras de serviço de interesse público, conforme a redação de seu artigo 43, parágrafo 4º: “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”.

Em seu sítio eletrônico, o Serasa Experian, órgão dessa natureza com maior presença no mercado brasileiro, dá uma ideia da importância desses serviços⁴: “há mais de 40 anos presente no mercado brasileiro, a Serasa Experian participa da maioria das decisões de crédito e negócios tomadas no País, respondendo, on-line e em tempo real, a 4 milhões de consultas por dia, demandadas por 400 mil clientes diretos e indiretos”.

Assim, pelos números apresentados, percebe-se que a cada 50 dias de atividades, referida entidade (sem contar as demais) realiza consultas em número equivalente à população total do Brasil, conforme levantamentos mais recentes efetuados pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁵.

No entanto, mesmo tendo tais órgãos uma finalidade preventiva e assecuratória,

² REsp 1246170, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 11/05/2011.

³ EFING, Antônio Carlos. Bancos de dados e cadastro de consumidores. V.18. São Paulo. Editora RT. 2001. P. 41

⁴ Disponível em: <<http://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/institucional/>>. Acesso em 16/10/2013.

⁵ Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/29/brasil-tem-mais-de-201-milhoes-de-habitantes-estima-ibge.htm>>. Acesso em 16/10/2013.

tem-se como fato notório que todos os dias são ajuizadas ações de cunho indenizatório decorrentes da negativação indevida do nome de pessoas (físicas e jurídicas) em seus bancos de dados. Seja por negligência, esquecimento, fraudes, etc., infelizmente é comum em nossa sociedade a ocorrência da inserção ilegítima nesses órgãos restritivos.

Isso decorre principalmente da facilidade e rapidez com que os nomes são incluídos, excluídos, e consultados no cadastro, o que é necessário para a eficácia do serviço, e próprio de sua natureza. Afinal, seja numa pequena loja de bairro, ou mesmo nas maiores instituições financeiras, aquele que concederá o crédito precisa de uma resposta imediata para que decida entre conceder ou não o crédito pretendido.

Nesse aspecto, demonstrando a facilidade de uso do sistema, mister observar que é o próprio credor quem realiza a inscrição desabonadora, que muitas vezes não é feita de forma regular⁶:

...para efetuar a inscrição nos bancos de dados, são exigidos, em geral, a qualificação do devedor, o valor da dívida, a data de vencimento, o número do contrato e a identificação do fornecedor. (...) os bancos de dados de proteção ao crédito permitem a inclusão das chamadas restrições comerciais por meio de preenchimento de formulário próprio ou pela Internet. A solicitação e o registro baseiam-se apenas na afirmação do fornecedor: não se exige, *a priori*, qualquer comprovação do débito.

A doutrina e jurisprudência nacional sustentam que tal inserção, quando indevida, causa danos àqueles que sofreram restrições creditícias de maneira irregular, que devem ser reparados por parte de seu causador. Isso porque a negativação acima mencionada atingiria diretamente os direitos da personalidade da vítima, que injustamente perde seu crédito na praça e ainda arca com a fama de “má pagadora”.

Contudo, surge polêmica quando tal negativação indevida é efetuada em momento que o nome da vítima já consta em tais cadastros, por inscrição devida anterior. Ou seja, aquele que já tem o nome nos órgãos de restrição ao crédito, quando sofre posterior negativação indevida, sofre dano passível de reparação? Dada a polêmica que cerca o tema, passaremos a enfrentar a questão.

⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo. Editora RT. 2003. P. 32/37.

2 O DANO MORAL CAUSADO PELA NEGATIVAÇÃO INDEVIDA

Ao apresentar seu conceito de “responsabilidade civil”, o ilustre civilista português Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge⁷ aduz ser “a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito, é obrigado a indemnizar o lesado dos prejuízos que causou”, definição esta que muito se assemelha ao conteúdo do artigo 927 do Código Civil brasileiro.

Apresenta-se, assim, como o instrumento conferido pela ordem jurídica à pessoa que deseja obter a reparação de um dano sofrido, cabendo à lei definir as hipóteses em que isto será possível, bem como indicar quem será o responsável por promover tal reparação (que nem sempre será o causador direto do dano, como visto no artigo 932 do Código Civil).

A responsabilidade civil pode advir da causação de um dano patrimonial (material) ou de um dano não patrimonial (ou imaterial), assim distinguidos por Carlos Alberto Bit-tar⁸:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem 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 ou atua (o da reputação ou consideração social).

Vale notar que, quanto a estes últimos (danos não patrimoniais), passou-se a utilizar o rótulo “danos morais”, consagrado pela doutrina e jurisprudência por estar assim consignado na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, embora não seja o mais adequado à espécie.

A respeito, confira-se a lição de Petrônio Bismarck Tenório de Barros, que salienta a impropriedade da expressão, e sua ligação aos direitos da personalidade⁹:

Doctrinariamente el daño moral ha sido representado por expresiones que buscan relacionar su caracterización con el dolor, la tristeza y el sentimiento. Ahora, el daño moral extiende su tutela a todos los bienes personalísimos, los complejos de orden ética, razón por la cual se revela más apropiado denominarlo de daño inmaterial o no patrimonial. La expresión daño moral, aunque no sea técnicamente adecuada para

⁷ PESSOA JORGE, FERNANDO. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1999. P. 36.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3ª Edição. São Paulo. Editora RT. 1998. P. 41.

⁹ BARROS, Petronio Bismarck Tenorio de. Daño moral a la persona jurídica en el derecho brasileño. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/13.html>>. Acesso em 14 de outubro de 2013. Com citação à obra de Miguel Piedecasas.

calificar todas las formas de perjuicio no fijables pecuniariamente, ha sido por demás acepta por la doctrina y jurisprudencia patria, aún porque constituye aquella que fue positivada.

Com efeito, é no campo dos danos morais que concentraremos o estudo da matéria aqui enfrentada – o dano causado à pessoa que tem seu nome inscrito indevidamente no rol de inadimplentes (bancos de dados mantidos por entidades como o SERASA, SPC, EQUI-FAX, TRANSUNION, etc.).

Tratando-se de questão antiga e corriqueira, que gera inúmeras ações judiciais (o que é possível afirmar com segurança, mesmo inexistindo dados objetivos sobre a quantidade de demandas com esse objeto), é evidente que com o passar do tempo diversas polêmicas a ela relacionadas passaram a surgir, cabendo então ao Superior Tribunal de Justiça exercer a missão constitucional de uniformizar a jurisprudência a respeito.

Contudo, o pronunciamento dessa corte superior (que deu origem à súmula 385 STJ) não foi seguida da esperada pacificação da questão, mas sim no fortalecimento de um debate que parece encontrar mais críticos do que defensores ao posicionamento adotado pelo tribunal.

Para darmos continuidade à exploração do tema, mister se faz um análise prévia do “dano” (aqui constatado como elemento para configuração da obrigação de indenizar), e sua relação com os direitos da personalidade, que serve como fundamento para a reparação não patrimonial em questão.

2.1 O dano como pressuposto da responsabilidade civil

Para análise do dano (pressuposto), nos valem do conceito dado pelo eminente professor M. J. de Almeida Costa, que o define como “toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica¹⁰”.

A qualificação do dano como pressuposto da responsabilidade civil é uma realidade há muito consolidada. Em nosso ordenamento vigente, ademais, sua presença é expressa-

¹⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 6ª edição. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1994. P. 496.

mente exigida para configuração da responsabilidade civil, conforme consta da Constituição Federal (artigo 5º, X) e das codificações de maior incidência no campo obrigacional (artigos 186 e 927 do Código Civil vigente, e artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor).

Apenas com a intenção de ressaltar a indispensabilidade do dano na obrigação de reparação moral e material, vale citar o levantamento feito por Fernando Pessoa Jorge na doutrina clássica portuguesa, o qual identificou a presença do “dano ou prejuízo” em todas as tentativas de sistematização dos pressupostos da responsabilidade civil, por parte dos juristas daquele país¹¹.

O caráter imprescindível do dano é também destacado por Antunes Varela¹², ao afirmar que:

...para haver obrigação de indemnizar, é condição essencial que haja dano, que o facto ilícito culposo (ou, nos casos previstos na lei em que tal não é pressuposto) tenha causado um prejuízo a alguém (...) se o automobilista transgrediu as regras de trânsito, mas não atropelou ninguém nem danificou coisa alheia (...) não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade. Esta surge apenas quando ao facto ilícito sobrevém um dano.

Contudo, cumpre destacar que nem todo dano é indenizável, ou seja, capaz de gerar responsabilização civil. Para que seja considerado ressarcível, é necessária a conjugação de alguns requisitos, cuja definição não encontra simetria na doutrina.

Para Antônio Jeová Santos¹³ (que se ampara nas lições de Atílio Alterini), por exemplo, a configuração do dano ressarcível exige a presença de certeza, atualidade e subsistência. Preferimos, no entanto, adotar os requisitos indicados por Fernando Pessoa Jorge¹⁴, para quem é necessária a conjugação de quatro requisitos: alienidade, certeza, mínimo de gravidade, e a causação pelo ato ilícito (nexo de causalidade).

A alienidade é a circunstância de que os prejuízos tenham sido suportados por pessoa alheia a seu causador (vedação de responsabilização civil pela autolesão) – requisito indicado pelo próprio professor como elementar e evidente.

A certeza se refere ao prejuízo concreto e existente, o que exclui o dano eventual, que pode não se efetivar. A certeza pode ser presente ou futura, dando-se esta última quando o

¹¹ Op. cit. P. 53/54.

¹² ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. V. 1. 7ª edição. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1993. P. 591.

¹³ SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 4ª edição. São Paulo. Editora RT. 2003. P. 76/78.

¹⁴ Op. cit. P. 385/412.

prejuízo futuro decorre da fluência normal dos acontecimentos, como consequência natural do dano efetivo (é o caso dos lucros cessantes).

Vale aqui notar, quanto à certeza, que a “perda da chance” não exclui o requisito, conforme salienta Antônio Jeová Santos na obra acima referida. Trata-se, nesse caso excepcional (de estudo complexo, aqui apontado apenas para destacar a abrangência do requisito), de fato danoso que exclui o ganho muito provável, ou seja, aquele em que há boa dose de certeza na sua verificação (como no caso do jogador de futebol que se destacou em todas as categorias pré-profissionais, mas em vias de profissionalizar-se, já tendo recebido sondagens de clubes de renome para contratação, tem a perna amputada).

O requisito do mínimo de gravidade, por sua vez, está relacionado ao caráter lesivo do dano – se irrisório, não dá amparo a um pedido de reparação. Tal requisito, no ordenamento jurídico brasileiro, deriva também do princípio da boa-fé objetiva, como reflexo da eticidade que permeia o Código Civil vigente. Tratando de um requisito mais subjetivo, sua análise será casuística.

Por fim, exige-se para configuração do dano o nexo de causalidade, que é o liame entre o ato ilícito praticado pelo agente, e o dano que sobreveio. Adota-se, nesse caso, a teoria da causalidade adequada, de modo que, conforme fórmula elaborada pelo ilustre mestre (p. 411/412):

A obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que, tendo resultado da lesão, provavelmente (ou seja, em termos de um juízo *ex post*) dela teriam resultado; ou, numa versão negativa: a obrigação de indemnizar não existe em relação aos danos que, tendo resultado da lesão, todavia, em termos de juízo de probabilidade, dela não resultariam.

Expostos os requisitos que tornam o dano ressarcível, sem os quais não é possível a pretensão reparatória, faremos uma breve exposição a respeito de sua prova, em específico no que se refere aos danos extrapatrimoniais.

Isso porque, uma vez que o dano extrapatrimonial não é passível de prova material, já que se encontra na esfera psicofísica da pessoa, cumpre à vítima demonstrar a ocorrência do fato lesivo (em regra um ato ilícito) e o nexo de causalidade deste com o dano, considerando-se a prova do dano como “prova *levior*” (aferida com menos rigor pelo juiz), como salienta Antônio Jeová Santos¹⁵.

¹⁵ Op. cit. P. 515.

E o mesmo prossegue:

...o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa*. Acredita que ele existe porque houve a ocorrência do ato ilícito. Quando a vítima sofre um dano, que pela sua dimensão, é impossível ao homem comum não imaginar que o prejuízo aconteceu. (...) A consumação do ilícito que faz surgir fatos desta natureza, mostra o prejuízo, a prova é *in re ipsa*.

Caberia então à vítima apenas demonstrar a repercussão danosa causada pelo fato, salvo nos casos em que tal repercussão é presumida, ou *in re ipsa*, sendo o exemplo clássico de um dano moral a matéria objeto deste estudo – a inscrição indevida do nome da pessoa no rol de inadimplentes, cujos efeitos lesivos, tidos como evidentes (constrangimento, abalo de crédito, etc.), sequer precisam ser provados.

2.2 A natureza e a forma da reparação dos danos não patrimoniais

O dano moral é uma violação aos direitos da personalidade, conforme entendimento contemporâneo. Mas a definição da natureza da reparação dos danos não patrimoniais é (também) objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Como bem salientado por José Pedro Ferreira de Souza¹⁶, a indicação dessa natureza está atrelada à aferição de qual é a função da responsabilidade civil na hipótese.

A respeito, Petrônio Bismarck Tenório de Barros discorre da seguinte forma sobre essa problemática no direito brasileiro¹⁷:

Está sedimentado en la doctrina jurídica patria la comprensión de que tres son las corrientes que debaten la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral. La primera defiende que la reparación del daño moral tiene naturaleza jurídica reparatoria o compensatoria. La segunda entiende que la reparación del daño moral es de naturaleza punitiva. La tercera, y última, afirma que la naturaleza jurídica principal es reparatoria con un carácter disciplinador, para coibir nuevas lesiones.

As principais diferenças entre elas podem ser assim resumidas, conforme se extrai dos dois trabalhos mencionados nesse item – ao aduzir que a função é meramente reparatória, tem-se que a indenização por danos morais objetiva restituir ao ofendido o *status quo ante*,

¹⁶ SOUSA, José Pedro Ferreira de. Danos não patrimoniais (dano morte). Revista do IPCB – Instituto Politécnico de Castelo Branco. Ano I, n.º 1. 2002. P. 119.

¹⁷ Op. cit.

como se o dano não tivesse ocorrido; quanto à função punitiva, pretende-se tão somente punir aquele que praticou o ato ilícito, tenha deste ato resultado dano ou não; enquanto a função reparatória-disciplinadora teria como fundamento precípua a reparação do dano, mas também um caráter pedagógico, ou seja, a condenação ao pagamento dos danos morais serviria também como um “freio” para que o causador do dano não repita as atitudes lesivas.

Como conclui o professor Petrônio de Barros, o sentimento jurídico dominante na maior parte da doutrina, e especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, aponta para acolhimento dessa última tendência, qual seja, a natureza jurídica da reparação do dano moral no Brasil é reparatória-disciplinadora (destaca-se o papel da Ministra Eliana Calmon como firme defensora da tese).

Quanto às formas de reparar esse dano extrapatrimonial, a doutrina em geral costuma classificá-las de diversas maneiras, dentre quais atribuímos maior relevância na diferenciação da reparação “*in natura*” da reparação pela “via indireta”.

A reparação *in natura* é a reparação “tanto por tanto”, aquela que seria capaz de reparar integralmente o dano causado, e por esse motivo deve ser tida como preferencial na ocasião de condenação do ofensor (em detrimento da via indireta, que é a pecuniária). Nesse sentido, é claro o magistério de Américo Luís Martins da Silva, “a reparação do dano moral deve ser, quando possível, satisfeita *in natura*. No caso desse tipo de reparação não ser possível, caberá a reparação através de compensação pecuniária¹⁸”.

Ainda quanto às formas de reparação do dano, menciona-se a título de curiosidade o disposto na Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), que em seus artigos 16, II e 49, I, previam responsabilização civil e criminal pela divulgação de informações que pudessem gerar “desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica”. Referida lei, contudo, não mais se aplica, pois foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal como não recepcionada pela Constituição Federal vigente (ADPF 130).

2.3 A tutela dos direitos da personalidade

¹⁸ SILVA, Américo Luis Martins da. O dano moral e sua reparação civil. São Paulo. Editora RT. 2002. P. 328.

Como já visto, a violação aos direitos da personalidade (capaz de gerar a obrigação de reparação do dano extrapatrimonial causado) é apurado “*ir re ipsa*”, em função de sua gravidade, e da impossibilidade de demonstração material da ocorrência desse dano. Nesse sentido, é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

A conceituação dos direitos da personalidade, por sua vez, pode ser vista sob duas correntes opostas – a dos positivistas e a dos naturalistas.

Abordando o tema, Carlos Alberto Bittar¹⁹ explica que a corrente positivista apresenta direitos subjetivos inatos e essenciais à pessoa humana, sendo que “apenas os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica” seriam direitos da personalidade. Já os naturalistas conceituam direitos da personalidade como aqueles que “existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerando em si e em suas manifestações”.

Em seguida, ao filiar-se a corrente naturalista, conclui que não é possível limitar os direitos subjetivos, para depois tê-los como inerentes à pessoa humana. Como afirmado pelo ilustre professor na sequência:

(...) em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).

No Brasil, tais direitos foram positivados tão só na Constituição Federal de 1988, ao declarar como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), considerado atualmente como supraprincípio do ordenamento jurídico.

No entanto, o Código Civil de 2002, assim como seu antecessor, não traz um direito geral de personalidade, no entender de Fábio Siebeneichler de Andrade. Essa situação resulta, no entender do autor, na excessiva invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, que estaria sendo banalizado na aplicação jurisprudencial²⁰:

Na atualidade, há que saudar a circunstância de o ordenamento brasileiro contem-

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. 1989. P. 6/10.

²⁰ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. Revista de Derecho Privado, n.º 24. 2013. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2305362>>. Acesso em 14/10/2013.

plar uma disciplina mínima acerca dos Direitos da Personalidade. Contudo, viu-se aqui que, na sua disciplina, o Código Civil de 2002 não atendeu a alguns objetivos essenciais: não regulou a matéria de forma mais abrangente, incluindo temas já discutidos na doutrina e jurisprudência; tampouco estabeleceu elementos mínimos de ponderação”.

Nelson Rosenvald interpreta de outra forma. Para este, há sim uma cláusula geral de tutela à personalidade²¹:

Em princípio, a sistemática do Código poderia ser qualificada como tímida, pois o legislador disciplinou os atributos da personalidade topicamente, de forma setorial, sem estabelecer uma disciplina mais completa. Contudo, a cláusula geral de tutela à personalidade (art. 12 do CC) permite um rico diálogo de fontes entre a Constituição Federal – por intermédio da dignidade da pessoa humana – e o Código Civil.

Quanto às suas características, são os direitos da personalidade absolutos (oponíveis *erga omnes*), vitalícios (são inerentes à pessoa desde o seu nascimento até a sua morte), extrapatrimoniais (não possuem conteúdo patrimonial aferível objetivamente), indisponíveis (o seu titular não pode negá-los, a princípio), impenhoráveis (não estão sujeitos à penhora), e imprescritíveis (não há prazo para seu exercício).

Ainda a respeito das características, o artigo 11 do Código Civil trata de maneira específica de duas delas (que decorrem da indisponibilidade) – a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que merecem exame mais aprofundado.

Estariam estas ligadas à ideia de que a ninguém cabe dispor dos direitos da personalidade, mesmo mediante consentimento. Isso porque a pessoa não poderia renunciar a um direito inato e inerente, ou mesmo transmitir sua titularidade a terceiros.

A princípio, isso indicaria que não cabe à pessoa, por exemplo, dispor de sua imagem e privacidade. Contudo, essa regra permite temperamentos, já que limitar a autonomia existencial da pessoa aos casos previstos em lei equivale a negar sua própria dignidade²² (vide fenômenos como as redes sociais, e o programa de televisão *Big Brother*).

Na realidade, conforme arguição de Rafael da Silva Rocha, “cabe apenas ao sujeito decidir o que é melhor para si, podendo até restringir o exercício de um direito da personalidade ou consentir na sua lesão, se assim o desejar. Desse modo, ele exerce sua autonomia

²¹ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2005. P. 30.

²² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2009. P. 187.

privada existencial²³”. Com isso, seria possível ao sujeito doar sangue ou órgãos, ou fazer uso de sua imagem para fins onerosos, como é o caso do *Big Brother* (desde que o faça temporariamente – é vedada a renúncia vitalícia de direito da personalidade²⁴), mediante um consentimento válido.

As limitações, com isso, estão vinculadas à dignidade da pessoa humana. Poderia a autonomia da pessoa, dessa forma, avançar até onde não restar ferida a ordem pública, a moral e os bons costumes (ou nos casos de consentimento inválido e renúncia permanente dos direitos)²⁵.

Os direitos da personalidade são tutelados pelo ordenamento jurídico de modo amplo, cabendo aqui dar destaque ao inciso X do artigo 5º da Constituição Federal: “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”.

Dessa disposição, dá-se relevo especial à espécie de direito da personalidade que se refere ao objeto de nosso estudo, qual seja, o direito à honra, que é visto sob dois aspectos – a honra objetiva (que se refere à reputação do sujeito no ambiente em que está inserido) e a honra subjetiva (que é a autoestima, o sentimento de dignidade próprio da pessoa)²⁶.

Da dicção da Carta Magna, ademais, se extrai um das tutelas conferidas ao sujeito lesionado, que se refere ao direito de indenização, o que não exclui a possibilidade de invocação de outros tipos de tutela. Na arguta lição de Rosenthal²⁷, a tutela inibitória do artigo 12 do Código Civil dá azo à uma série de atitudes por parte do ofendido, que pode inclusive se valer do artigo 461 do Código de Processo Civil para sua efetivação.

Mister indicar, ainda, quanto à tutela penal, que o Código de Defesa do Consumidor tipifica as seguintes condutas: “Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa” e “Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata: Pena Detenção de um a seis meses ou multa”.

²³ ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia privada e direitos da personalidade. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, V. 18, n.º 30. P. 145. 2011. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/258>. Acesso em 14/10/2013.

²⁴ Enunciado 4, do Conselho da Justiça Federal: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

²⁵ ROCHA, Rafael da Silva. Op. cit.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Op. cit. P. 125.

²⁷ Op. cit. P. 30.

2.4 Dano moral e pessoa jurídica

A partir da vigência do Código Civil de 2002, restou inequívoco que as pessoas jurídicas são também titulares de direitos da personalidade. Isso porque referida lei trouxe em seu bojo, no artigo 52, a seguinte disposição: “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

No entanto, conforme aduz Fábio Siebeneichler de Andrade²⁸, mesmo diante de tal disposição uma parte da doutrina resiste em reconhecer essa possibilidade, que seria uma contradição do Código Reale. Isso porque, na visão dos críticos, a lei estaria conferindo às pessoas jurídicas (um centro de imputações patrimoniais) uma proteção específica de direitos existenciais, que estariam ligados apenas às pessoas naturais.

Refutando tais críticas, o próprio afirma em seguida: “deve-se referir aqui, uma vez mais, a prevalência de uma concepção funcionalizante, no sentido de garantir à pessoa jurídica a tutela de determinados interesses prevalentes, vinculados ao seu núcleo de atividades como expressão de uma visão jurídica finalista. Esta foi a orientação do legislador, ao inserir no comando do artigo 52 um elemento de ponderação, contido na fórmula ‘no que couber’”.

A realidade é que, seja numa interpretação literal, ou mesmo numa interpretação sistemática, não há dúvidas de que o Código Civil de 2002 quis conferir à pessoa jurídica algumas das proteções conferidas à pessoa natural, vez que a primeira, de fato, é titular de direitos da personalidade.

Pela análise do cenário concorrencial atual, mesmo que superficialmente, se denota as diversas repercussões prejudiciais que podem derivar da ofensa à esfera não patrimonial de uma pessoa jurídica. Como exemplo, podemos aqui citar a falsificação de uma marca, ou mesmo a divulgação de informações falsas (para beneficiar ou prejudicar), que podem influenciar diretamente nos diversos mercados competitivos.

Ao aprofundar o tema, Petronio Bismarck Tenorio de Barros enumera os direitos da personalidade que a pessoa jurídica pode invocar, à luz do Código Civil vigente, a saber²⁹:

Es posible destacar aquellos posibles de defensa por la persona jurídica, tales como: honor, reputación, nombre, la imagen, la libertad, marca y símbolos (derecho a la identidad de la persona jurídica), propiedad intelectual, al secreto y al sigilo, privacidad, y así todos que, con el avance del derecho, se hagan necesarios a la protección

²⁸ Op. cit.

²⁹ Op. cit.

de los desdoblamientos y desarrollo de la vida de las personas jurídicas.

E titularizando direitos da personalidade, a pessoa jurídica pode também sofrer dano moral. Outra não foi a conclusão alcançada pelo Superior Tribunal de Justiça, que há muito pacificou a questão com a edição da súmula 227, com o seguinte teor: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

2.5 A negativação indevida como causa do dano moral

À vista dos elementos conceituais acima elencados, é possível aferir que o dano moral causado por aquele que insere indevidamente o nome da pessoa nos órgãos de restrição ao crédito atinge direitos da personalidade (causação de dano à honra objetiva³⁰), repercutindo de forma gravíssima na esfera pessoal da vítima perante seu meio social.

Com isso, surge a possibilidade do lesado valer-se das tutelas reservadas para sua proteção. Dentre tal sistema protetivo, o que se observa na prática é a proliferação de demandas judiciais objetivando a restituição da situação ao *status quo ante* (*in natura*), bem como a reparação pecuniária (via indireta), visto que a mera exclusão do nome do ofendido dos bancos de dados não seria capaz de reparar o dano sofrido pelo abalo de crédito.

É possível, outrossim, a invocação das tutelas inibitórias, que seriam aplicadas de forma preventiva, quando se percebe que o credor está em vias de efetivar a negativação de forma indevida (o que pode ser comprovado por meio da comunicação prévia que é exigida aos órgãos de restrição ao crédito – súmula 359 STJ).

Ademais, tal dano moral é *in re ipsa*, ou seja, o ofendido não precisa demonstrar que a negativação indevida lhe causou danos, vez que o dano aqui é presumido. Basta à vítima, que pode ser pessoa natural ou pessoa jurídica, demonstrar que a negativação de fato ocorreu, bem como que essa negativação é indevida.

³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Op. cit. P. 126.

3 EXCEÇÃO DA PRÉ-NEGATIVAÇÃO DEVIDA E A SÚMULA 385 STJ

Com a exposição dos elementos conceituais, passa-se à análise concreta da súmula 385 STJ, o que será feito pelo contexto fático de sua edição, o estudo dos precedentes que a justificam, e principalmente pelo confronto entre as críticas que lhe são dirigidas com os argumentos explícitos e implícitos pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse contexto, vale destacar que serão observadas ainda críticas extraídas da análise de reclamações constitucionais dirigidas ao Superior Tribunal de Justiça, algumas delas já julgadas, e outras ainda pendentes de apreciação.

3.1 Conteúdo da súmula 385 e contexto da sua edição

A súmula 385 STJ foi elaborada com a seguinte dicção: “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. Referido enunciado decorre do posicionamento da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, lastreado em oito precedentes, e foi publicado no dia 27/05/2009.

O *leading case* que dá amparo ao entendimento sumulado é o REsp 1.062.336/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andriighi, proferido em sede de “recursos repetitivos” (543-C, do Código de Processo Civil). Vale aqui observar que foi apenas nesse julgamento, ocorrido em 10/12/2008, que pela primeira vez o Superior Tribunal de Justiça deu fundamentação jurídica mais detalhada à hipótese.

Conforme exposto pela relatora na ocasião, até a metade do ano de 2008 o Superior Tribunal de Justiça entendia, de forma majoritária, que a existência da pré-negativação não excluía o dano moral, constituindo apenas uma circunstância que minorava a quantificação dos danos morais. Foi a partir do voto do Ministro Ari Pargendler no REsp 1.002.985/RS, publicado em 27/08/2008, que o entendimento de que a pré-negativação excluía o dever de indenizar passou a ganhar força (apesar de não se tratar de posicionamento inédito).

Em seguida, à vista dos entendimentos divergentes da Corte, a relatora opinou que

deveria prevalecer a interpretação que melhor beneficia o consumidor, qual seja, a de que a pré-negativação apenas mitiga a condenação que deve ser imposta ao responsável pela negativação indevida. Com a ponderação de sempre, a relatora ilustrou ainda que a posição conflitante coloca o devedor com apenas uma negativação na mesma posição do devedor com várias inscrições desabonadoras, e afirmou que o ponto central da discussão não é a situação do negativado, e sim o ato ilícito cometido pelo credor que deu cabo à inscrição indevida.

Após o voto acima resumido, foi dada a palavra ao Ministro João Otávio de Noronha, que proferiu voto oral divergente, opinando pela inexistência de dano à vítima em caso de pré-negativação. Em suma, o mesmo argumentou que o dano causado pela inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito é a imputação de mau pagador àquele que não o é. Afirmou ainda que é comum devedores com inúmeras negativações suscitarem a ocorrência do dano moral e do “abalo de crédito”, mas que estes visam muitas vezes apenas a reparação pecuniária, sem sequer requerer a baixa da restrição. Assim, considerando a incidência do princípio da boa-fé objetiva, concluiu que não há dano a ser reparado nesses casos.

Em seguida, os Ministros Luis Felipe Salomão, Fernando Gonçalves, Carlos Fernando Mathias, e Aldir Passarinho Junior (este último salientou ainda a existência de votos seus nesse sentido desde o ano de 2005) acompanharam a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha, encerrando o julgamento.

3.2 A exceção da pré-negativação

Pouco após o julgamento do *leading case* acima examinado, como visto, o Superior Tribunal de Justiça cumpriu sua função institucional de uniformização da jurisprudência e, com fundamento no artigo 122 do seu Regimento Interno, fez publicar a súmula 385 STJ, fixando a inexistência do dever de indenizar por parte do responsável pela negativação indevida.

A situação criada pela súmula 385 STJ deu origem, assim, à denominada “exceção da pré-negativação”, ora conceituada como a circunstância que exclui o dever de indenizar por parte daquele que inseriu ilicitamente o nome de outrem (pessoa física ou jurídica) em órgãos de restrição ao crédito, ante a impossibilidade fática de existência de dano ressarcível na

negativação realizada em momento que havia inscrição desabonadora válida.

Neste aspecto, importante observar que a exceção da pré-negativação incide apenas se, ao tempo da negativação indevida, já existiam anteriormente restrições devidas. Ou seja, a súmula não se aplica se as restrições que excluiriam o dano são posteriores, ou se essas outras negativações são ilegítimas.

A situação, contudo, parece não ter sido enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça com a abrangência desejada por parte da doutrina e dos órgãos de classes representativos dos consumidores. Talvez por uma insuficiente argumentação material por parte desse Tribunal, a súmula 385 STJ é alvo de severas críticas, como será visto no tópico seguinte.

4 CRÍTICAS DIRIGIDAS À SÚMULA 385 STJ

As manifestações contrárias ao conteúdo da súmula 385 STJ surgiram praticamente junto à sua edição. A análise dessas críticas será feita em três frentes diversas: a posição dos Tribunais de Justiça estaduais a respeito; as críticas extraídas da doutrina; e as críticas levadas ao Superior Tribunal de Justiça por meio de reclamações constitucionais, algumas delas já apreciadas, e outras ainda pendentes de julgamento.

4.1 Posição da jurisprudência nacional frente ao enunciado

A jurisprudência nacional, de forma amplamente majoritária, aplica a súmula 385 STJ diariamente, sendo possível afirmar que se trata de um dos enunciados mais invocados pelas Cortes de Justiça estaduais. Por força da clareza de sua disposição, em nossa pesquisa não se observou nenhuma aplicação equivocada de sua disposição, em situação que a mesma não pudesse incidir.

Contudo, é possível notar algumas divergências com o próprio teor do enunciado, por parte de julgadores que não concordam com a conclusão alcançada pelo Tribunal Superior. Para fins de ilustração, cumpre aqui observar as mais recentes divergências sob a ótica de

três Tribunais distintos: o de São Paulo, que é o maior em volume de julgamento; o do Rio Grande do Sul, considerado o berço do entendimento sumulado; e do próprio Superior Tribunal de Justiça, que inovou em sua interpretação.

No que tange ao Tribunal bandeirante, o paradigma indicado é a apelação n.º 0027182 -93.2010.8.26.0071, julgada em 25/09/2013, sob a relatoria do Desembargador Luis Mario Galbetti. Para referido magistrado, o liame entre a função pedagógica da responsabilidade civil, e a *ratio* da lei consumerista, tornam necessário afastar sua incidência:

Não obstante o teor da Súmula invocada, a sua aplicação indiscriminada parece inadequada ao regime do Código de Defesa do Consumidor, e consistiria em uma excludente para o fornecedor que promove conduta irregular e inscreve indevidamente o nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, o que não parece conveniente, ou prudente, pois a intenção é exatamente prestigiar a função pedagógica, profilática e intimidativa, na exata medida do que se conhece como teoria do desestímulo.

Ainda no TJ/SP, na apelação n.º 0006943-34.2012.8.26.0286, a Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery concluiu também por afastar a incidência literal da súmula 385 STJ, aplicando a solução sugerida pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto acima destacado – a pré-negativação apenas é capaz de minimizar a indenização, mas não de afastá-la.

Já no TJ/RS, de onde sobrevieram todos os recursos que deram origem à edição da Súmula 385 STJ, é ainda mais comum encontrar posições divergentes à súmula. No próprio voto proferido na apelação n.º 0042241-62.2012.8.21.7000, julgada em 24 de outubro de 2013, a Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout salienta que:

Na esteira do entendimento esposado por expressiva jurisprudência desta Corte, ao qual aderi recentemente, a Súmula n. 385 do STJ não é aplicável nos casos em que preexistam inscrições desabonadoras em nome do consumidor, repercutindo tão somente no *quantum* da indenização.

Pode ser citado ainda, no mesmo sentido, os recursos de apelação autuados sob o n.º 70052948940 e 70050219567 perante esse mesmo Tribunal, ilustrando o crescimento do posicionamento na sempre inovadora Corte gaúcha.

Por fim, cumpre destacar recente posição do Superior Tribunal de Justiça, que não ataca a súmula de forma direta, mas aduz que a mesma se aplicaria, conforme ementado, apenas “às hipóteses em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC, antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro”. Essa foi a conclusão do Ministro Raul Araújo no AgRg no REsp n.º 1.360.338/MG, em 16/05/2013 (julgamento unân-

nime da Quarta Turma).

Quanto a este último, que corresponde a um entendimento isolado, entendemos tratar-se de uma “inovação interpretativa”, que se encontra divorciada dos precedentes da súmula 385 STJ, e do próprio *leading case* acima analisado. Fato é que o julgado é expresso ao separar a análise de duas questões diversas (de um lado a necessidade de prévia notificação por parte dos órgãos de restrição ao crédito, para fins de gerar obrigação de indenizar; e de outro a questão da pré-negativação), de modo que esse julgado não tende a gerar maior repercussão.

Ou seja, há uma tímida, porém crescente, corrente jurisprudencial negando aplicação à súmula 385 STJ, mas ainda sem um argumento central. São posições por ora minoritárias, mas que demonstram algumas polêmicas na aplicação da súmula 385 STJ.

4.2 Críticas extraídas da doutrina

Numa síntese das críticas levantadas pela doutrina, serão levantados os apontamentos realizados por dois dos maiores críticos do enunciado – os consumeristas Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem.

Na visão de Cláudia Lima Marques³¹, o entendimento esposado na súmula não está de acordo com o espírito do Código de Defesa do Consumidor, e “autoriza” que os fornecedores façam restrições financeiras sem receio de consequências, ignorando seu dever de manter regulares os cadastros de consumidores.

Nas palavras da autora:

O foco do CDC é na regularidade do cadastro e pressupõe parece-me que mesmo o consumidor superendividado ou com os anteriores e preexistentes problemas de cadastro negativo tem honra (ou *quid*) e sofre dano moral (o *quantum* é que poderia ter sido diminuído), ou teria feito esta exceção. A Súmula ressaltou o direito de cancelar o erro do fornecedor, mas não trouxe qualquer incentivo para que os fornecedores cuidem com os ‘registros irregulares’ que fazem e denigrem a imagem do consumidor.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª edição. São Paulo Editora RT. 2010. P. 833.

Em suma, pelo entendimento acima mencionado, a existência de pré-negativação não excluiria o dano extrapatrimonial causado pela negativação indevida, o que possibilitaria ao consumidor, mesmo que superendividado, exercer a pretensão indenizatória face ao ato ilícito praticado pelo responsável pela inscrição.

Por sua vez, Bruno Miragem³² faz detalhada crítica a respeito, analisando a questão de maneira mais abrangente. Após analisar aspectos conceituais e a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, afirma este que:

A crítica mais eloquente parece situar-se justamente na ausência de resposta do Direito ao ilícito, portanto no âmbito da efetividade da norma que assegura o direito à prévia notificação, mas que fica sem sanção. A exclusividade de cancelamento da inscrição indevidamente realizada não serve para desestimular, mas ao contrário, incentiva o comportamento ilícito, uma vez que não afasta o objetivo econômico pretendido pelo ofensor.

Afirma, assim, que a solução mais adequada seria a responsabilização civil do ofensor, ainda que de maneira mitigada, como modo de reparar o dano moral *in re ipsa* causado, e impor uma sanção àquele que pratica o ato ilícito.

4.3 Críticas levadas ao STJ via reclamação

À vista do conteúdo da súmula 385 STJ, separamos três reclamações³³ (duas delas já julgadas) apresentadas no Superior Tribunal de Justiça, que causaram grande expectativa naqueles que acompanham a polêmica em questão.

A primeira delas, Rcl 4028/DF, suscitou a inobservância da súmula por parte de Colégio Recursal, que teria ignorado sua disposição na ocasião de julgamento de recurso inominado. Afirma o reclamante estar presente hipótese de sua incidência, e que o colegiado silenciou a respeito mesmo após provocado por meio de Embargos de Declaração. Entretanto, a reclamação foi rejeitada pela Ministra Nancy Andrighi com fundamento processual.

Na segunda reclamação, autuada como Rcl 4574/MG, o debate se ateve à seguinte questão – se há apenas uma negativação devida anterior, deve subsistir a exceção da pré-nega-

³² MIRAGEM, Bruno. Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral. Revista de Direito do Consumidor 81/334. São Paulo. Editora RT. 2012.

³³ Todas elas estão disponíveis no *site* do Superior Tribunal de Justiça (processo eletrônico): www.stj.jus.br.

tivação? A resposta, mais uma vez dada pela Ministra Nancy Andrichi, foi afirmativa: “da redação da súmula, portanto, extraem-se duas conclusões: a de que uma inscrição prévia legítima impede a indenização; e, a contrário senso, a de que uma inscrição prévia ilegítima não a impede”.

Nessa mesma reclamação, o Ministro Aldir Passarinho Junior fez ainda o seguinte apontamento: “acompanho o voto, considerando que, no caso específico, a parte está discutindo as duas inscrições simultaneamente, a anterior e a atual. Daí por que realmente a hipótese está fora do caso da súmula, não sendo, portanto, cabível a reclamação na espécie”. No mérito, contudo, a reclamação também não foi conhecida.

Na terceira (Rcl 5650/RJ), ainda pendente de julgamento, o reclamante se volta contra decisão de Turma Recursal do Rio de Janeiro, que mesmo diante do teor do enunciado, decidiu condena-lo em razão da negativação indevida por ele causada, face à “angústia vivida pelo consumidor”. Tal reclamação funda-se na literalidade da súmula 385 STJ, considerando que o reclamante alega ter prova da pré-negativação do nome da reclamada.

Em relação a esta última, distribuída em 05/04/2011, o Ministro Vasco della Giustina admitiu seu processamento, estando pendente de julgamento. À vista das críticas dirigidas ao enunciado, aguarda-se seja o mérito dessa reclamação conhecido, para que o Superior Tribunal de Justiça finalmente apresente qual é o entendimento contemporâneo a respeito de sua súmula 385 STJ.

5 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DIRIGIDAS À SÚMULA 385 STJ

Como visto, os críticos da súmula 385 STJ apresentam uma série de argumentos pela antijuridicidade do enunciado, calcados em prismas diversos. Seja pela ótica consumerista, pela necessidade de responsabilização civil, ou mesmo numa visão existencialista, há de se apontar a pertinência e subsistência das arguições.

No entanto, cremos que o campo de discussão acima delineado merece ser expandido. Afinal, há também outros motivos que justificam a validade do enunciado, tanto que o mesmo vem sendo aplicado rotineiramente na jurisprudência nacional, que não encontra os óbices apontados na atuação prática majoritária.

O primeiro ponto a ser aqui destacado se refere ao preenchimento dos pressupostos para recebimento de indenização, por parte daquele que teve seu nome indevidamente inscrito nos órgãos de restrição ao crédito, após pré-negativação devida. Para tal aferição, torna-se necessário identificar especificamente a figura do dano.

E a questão é mais polêmica do que aparenta. Não há como negar que a negativação indevida gera uma ofensa à honra objetiva da pessoa, e com isso existe um dano. Afinal, se há violação a um direito reconhecido pelo ordenamento (honra), é incontestável a presença de um dano à pessoa atingida.

Contudo, a polêmica surge quando buscamos aferir se esse dano é ressarcível. Como visto, o dano ressarcível exige um mínimo de lesividade para que seja passível de gerar a obrigação do ofensor indeniza-lo, e a possível inexistência dessa lesividade também deve ser considerada.

Como ponderado pelo STJ, pode-se afirmar que o efeito da negativação indevida, quando existente a pré-negativação devida, não gera efeitos determinantes na honra objetiva da pessoa. Antes do ato ilícito praticado, a mesma já era vista perante o mercado como má-pagadora, e a nova negativação em nada altera essa realidade. A pessoa com uma única negativação parece encontrar a mesma dificuldade de obter crédito que uma pessoa com vinte apontamentos desabonadores, e sua posição social também não se altera.

Veja-se aqui que a súmula não afasta o direito da pessoa defender sua honra objetiva, visto que não nega o direito à exclusão do cadastro. O que a súmula nega, em nosso entender, é a existência de um dano passível de reparação pela via indireta (pecuniária). A mínima lesividade, apontada pelo STJ, autorizaria a reparação *in natura*, considerada suficiente nessa hipótese.

Com efeito, a maioria dos críticos defende a necessidade de uma responsabilização civil mitigada nesses casos, muitas vezes com a condenação do ofensor ao pagamento de quantias simbólicas, apenas para que o ato ilícito não fique sem “punição”. Dessa posição, no entanto, é possível também extrair algumas ilações.

De início, observa-se que essa solução afasta-se das funções da responsabilidade. Condenar o responsável pelo ato ilícito por valores reduzidos ou simbólicos não gera efeito disciplinador, e não repararia corretamente o ofendido, caso se considere que ele sofreu um dano. Trata-se de solução “fácil” para o problema, mas que em nossa opinião é ineficaz.

A segunda é que os próprios críticos reconhecem que, se há dano, ele é de repercussão reduzida, o que poderia afastar seu caráter de “ressarcível” (exigência de um mínimo de lesividade). Com isso, se não há dano ressarcível, a imposição do ofensor ao pagamento de indenização quando inexistentes pressupostos para tanto causaria o enriquecimento ilícito por parte da vítima – estar-se-ia trocando uma ilegalidade por outra, apenas para apenar o responsável pela negativação.

Conforme exposto acima, não se deve atribuir à responsabilidade civil uma função tão somente punitiva, sancionadora. A respeito, Tenório de Barros³⁴ afirma: “se justifica que la reparación tenga carácter disciplinador que no debe ser confundido con punición, pues el juez que condena la reparación no pune, aún porque el pago indemnizatorio a título punitivo sería una afrenta al principio del enriquecimiento ilícito”.

O que gostaríamos de adicionar à discussão é o seguinte ponto – será que a reparação por danos morais, tal como apontado pelos críticos, é a única e exclusiva solução para o caso concreto? O ordenamento jurídico, aliado à tutela dos direitos da personalidade, não permite uma outra resposta ao ato ilícito praticado?

Note-se que alguns, como exposto por Bruno Miragem, apontam que a principal crítica que deve ser feita à súmula 385 STJ é que a mesma estaria conferindo “carta branca” àqueles que rotineiramente praticam a negativação indevida, e afastaria a possibilidade de impor a estes uma sanção.

Mais uma vez entendemos que cabem “críticas à crítica”. Como visto, e defendido especialmente por Nelson Rosenvald, ainda que timidamente o ordenamento jurídico nacional prevê a tutela geral dos direitos da personalidade, num diálogo de fontes que especialmente deriva do artigo 1º, III, da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana) e do artigo 12 do Código Civil (tutela inibitória).

O direito à exclusão do nome da pessoa do cadastro restritivo, consubstanciado na súmula em comento, não afasta a possibilidade de outras tutelas, que podem ser invocadas num caráter disciplinador, e com muito mais eficácia do que a condenação pela reparação extrapatrimonial. Nesse aspecto, destacamos aqui o cabimento das demandas coletivas à hipótese.

No artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, é atribuído ao Ministério Público a

³⁴ Op. cit.

defesa dos direitos individuais indisponíveis, enquanto o artigo 129 lhe confere funções diversas para defesa dos direitos difusos e coletivos (funções que foram dispostas de forma exemplificativa no dispositivo, pois havendo relevância social caberá a atuação do *parquet*³⁵).

A respeito, confira-se a súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos e garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana...).

Diante dessa proteção, entendemos viável a atuação do Ministério Público, que inclusive pode agir de ofício, para fiscalizar junto aos órgãos de proteção ao crédito quais são as empresas responsáveis por grandes quantidades de negativações indevidas (as instituições financeiras, por exemplo, seriam notórios alvos dessa investigação). Os controles do Conselho Nacional de Justiça poderiam auxiliar nesse sentido.

Identificados os maiores responsáveis, caberia ao órgão ministerial averiguar soluções para coibir a prática costumeira de desrespeito ao consumidor. Colocamos aqui como opções o ajuizamento de demanda de dano moral coletivo e a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta, como medidas exemplificativas.

Vale notar ainda que o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor legitima diversas entidades para defesa desses mesmos direitos, de maneira coletiva, em observância a uma reconhecida tendência de coletivização dos direitos. Nesse sentido, caberia também às associações de defesa do consumidor a atuação junto ao órgão competente.

E mais. Nesse campo de soluções alternativas ao dano moral, mister ainda observar a dicção do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê sanções administrativas em caso de infração às suas normas. A aplicação desse dispositivo permitiria a aplicação de sanções não só às grandes responsáveis pelas negativações indevidas, como também àqueles fornecedores de menor porte.

Dentre as sanções previstas na lei, está disposto o cabimento de multa, suspensão temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade, intervenção administrativa, etc., que num diálogo de fontes

³⁵ VASCONCELOS, Clever. Ministério Público na Constituição Federal. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2013. 2ª Edição. P. 246.

seriam também aplicáveis como forma de responsabilizar o ofensor.

Com relação a sanção de multa (a ser aplicada por órgão administrativo, como o PROCON), aduz Vitor Morais de Andrade³⁶:

A penalidade mais comum imposta pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor é a pena de multa. Nos termos do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, a multa pode variar de 200 a 3.000.000 UFIR (aproximadamente R\$ 200,00 a R\$ 3.000.000,00) e tem como critérios estabelecidos para sua graduação: (a) gravidade da infração; (b) vantagem auferida; e (c) condição econômica do fornecedor.

Nesses casos, a imposição de sanções não encontraria obstáculo na súmula 385 do STJ, e as condenações dos ofensores pode resultar num efeito reparador-disciplinador muito mais eficaz, atendendo melhor ao interesse do consumidor.

A imposição de sanções mais concentradas acarretam em medidas mais efetivas, ou valores mais elevados, atingindo de forma mais significativa o responsável (evita-se a pulverização das condenações), e fortalecendo sobremaneira as entidades protetoras dos direitos do consumidor, ante o levantamento de valores ao fundo para sua proteção.

Ademais, dessa forma seria possível o controle mais pontual das sanções impostas. Se mesmo com tais sanções a conduta abusiva não cessar, o órgão responsável (diferentemente das ações individuais em geral, em que não é possível aos juízes fazerem liame entre as condenações) pela aplicação poderá ser mais brando ou mais rigoroso em ocasiões futuras.

6 CONCLUSÃO

À vista do exposto neste trabalho, concluímos que o contexto de edição da súmula 385 STJ indica a preocupação da Corte, frente às posições diversas existentes naquela ocasião, de indicar qual a melhor interpretação a ser feita no caso concreto, conferindo assim segurança jurídica aos jurisdicionados. Contudo, ao fazê-lo, a fundamentação que amparou o voto não fez constar elementos suficientes para sanar a controvérsia devidamente.

Com isso, abriu-se espaço para uma série de críticas, que consideram a conclusão do STJ contrária aos direitos existenciais, e prejudicial aos consumidores. O voto prevalecente

³⁶ ANDRADE, Vitor Morais de. Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. Editora Atlas. 2008. P. 97/98.

foi proferido oralmente (de modo bastante simplório), o que pode ter levado alguns críticos a considerar que o Superior Tribunal de Justiça fez uma análise superficial da controvérsia.

As críticas, assim, são válidas e subsistentes, mas consideram que a única forma de punir o responsável pela negativação indevida é a sua responsabilização civil direta – deve arcar com a indenização frente à vítima mesmo que inexista dano, como se essa fosse a função da teoria da responsabilidade civil contemporânea. A solução proposta pelos críticos, assim, resultaria em uma ilegalidade – o enriquecimento ilícito, ao passo que sequer haveria uma punição adequada.

Isso porque, a nosso ver, parece inexistir dano ressarcível no caso da exceção de pré-negativação devida. Conforme abordado, entendemos que a negativação indevida não causa dano com “mínimo de relevância” quando a pessoa já se encontra negativada devidamente. Em tal situação, a mesma terá a mesma restrição ao crédito que tinha anteriormente à negativação, e sua estima social fica inalterada.

O que se propõe é uma análise mais abrangente do tema. Há sim outras formas de sancionar o responsável pelo ato ilícito, e até mesmo de maneiras mais eficazes do que a mera condenação ao pleito indenizatório nas ações individuais. O diálogo de fontes entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, e a Constituição permite a proteção da vítima e a aplicação de sanções ao responsável pela negativação indevida, não é preciso “inovar”.

Com isso, entendemos que deve ser rechaçada a imposição da condenação por danos morais (no caso de negativação indevida com pré-negativação) como solução primordial e indispensável ao caso, que não estaria sendo aplicada pelo óbice do enunciado (o que constituiria, na visão dos críticos, uma injustiça).

Evidentemente, tal como na aplicação de outras súmulas dos Tribunais Superiores, a casuística pode apontar casos de mais difícil solução, que fugiriam ao âmbito de aplicação do entendimento. Contudo, em condições ordinárias, entendemos pela juridicidade do enunciado, que conforma as disposições expressas e implícitas do ordenamento jurídico nacional.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 6ª edição. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1994. P. 496.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual**. Revista de Derecho Privado, n.º 24. 2013. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2305362>>. Acesso em 14/10/2013.

ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. Editora Atlas. 2008. P. 97/98.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral. V. 1**. 7ª edição. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1993. P. 591.

BARROS, Petronio Bismarck Tenorio de. **Daño moral a la persona jurídica en el derecho brasileiro**. Cognitio Juris, João Pessoa, Ano I, n.º 2, 2011. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/13.html>>. Acesso em 14 de outubro de 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo. Editora RT. 2003. P. 32/37.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. 1989. P. 6/10.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª Edição. São Paulo. Editora RT. 1998. P. 41.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores. V. 18**. São Paulo. Editora RT. 2001. P. 41

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª edição.

PEREZ, Marcio Fernandez. A Polêmica Da Súmula 385 STJ – Exceção da Pré-negativação e o Dever de Idenizar. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

São Paulo Editora RT. 2010. P. 833.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2009. P. 187.

MIRAGEM, Bruno. **Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral**. Revista de Direito do Consumidor 81/334. São Paulo. Editora RT. 2012.

PESSOA JORGE, Fernando. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa, Portugal. Editora Almedina. 1999. P. 36.

ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia privada e direitos da personalidade**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, V. 18, n.º 30. P. 145. 2011. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/258>. Acesso em 14/10/2013.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo. Editora Saraiva. 2005. P. 30.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4ª edição. São Paulo. Editora RT. 2003. P. 76/78.

SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. São Paulo. Editora RT. 2002. P. 328.

SOUSA, José Pedro Ferreira de. **Danos não patrimoniais (dano morte)**. Revista do IPCB – Instituto Politécnico de Castelo Branco. Ano I, n.º 1. 2002. P. 119.

VASCONCELOS, Clever. **Ministério Público na Constituição Federal**. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2013. 2ª Edição. P. 246.