

A INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 385 DO SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA

Luiz Victor Cruz dos Anjos¹
Thiago Caetano e Silva²

RESUMO

O presente artigo tenciona elucidar que a edição da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça incentiva à impunidade por meio da conduta de inserir indevidamente o nome de outrem nos cadastros dos órgãos de inadimplentes, sem ser aplicado qualquer tipo de sanção para tal ato, que não seja o mero direito de retificação do nome. Pretende-se ainda demonstrar que a utilização do enunciado sumular fere princípios, entre eles o da dignidade da pessoa humana e o da vulnerabilidade do consumidor. Como técnica de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, sobretudo os recentes entendimentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conclui-se que a aplicação do enunciado da Súmula 385 do STJ gera certa impunidade aos que praticam a conduta ilícita de negativar indevidamente o nome do consumidor, uma vez que não prevê sanção para coibir tal atitude, resguardando somente o direito a retificação do nome.

PALAVRAS-CHAVE: negatificação indevida; súmula 385 STJ; dano moral; vulnerabilidade do consumidor; inversão do ônus da prova.

ABSTRACT

The present article clarifies that an edition of Precedent 385 of the High Court of Justice encourages impunity through misconduct or name of someone else in the records of delinquent bodies, without any sanction being used for such act, other than the right rectification of the name. It is also intended to demonstrate that the use of the summary statement is subject to requirements, including the dignity of the human person and the vulnerability of the consumer. As a research technique, it used a bibliographical research, especially the recent developments of the Court of Justice of Minas Gerais. It concluded that an application announced by STJ Precedent 385 generates some impunity for those who engage in unlawful or negative conduct of the consumer's name or name, since it is not sanitary to curb such an attitude, just protecting or rectifying the name.

KEYWORDS: improper negativity; 385 STJ; moral damage; consumer vulnerability; Reversal of the burden of proof.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ANOTAÇÃO DO CADASTRO: DA LEGÍTIMA VERSUS ILEGÍTIMA INSCRIÇÃO. 3 POSICIONAMENTO DO STJ ANTES E PÓS EDIÇÃO DA SÚMULA 385. 4 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 4.2 PRINCÍPIO DA

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale).

² Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale) - Gov. Valadares/MG. Advogado. Pós graduado *lato sensu* em Direito Público pela Universidade Anhanguera - SP. Mestrado em Gestão Integrada do Território pela Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE) - Gov. Valadares/MG.

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. 5 ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL DO TJMG. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho contempla o tema sobre a inaplicabilidade da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, que discute sobre a responsabilidade pela prática da negativação indevida do nome consumidor, estando ou não o negativado com um ou mais apontamentos legítimos.

Mister relacionar o dano causado pela inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito com os direitos da personalidade, já que a aludida conduta ofende a honra do consumidor.

Nesse contexto, a questão problema que propõe a pesquisa é a seguinte, como poderia o Poder Judiciário aplicar uma súmula que contradiz princípios e legitima a impunidade?

Dessa forma, o estudo demonstra a forma com a qual deve ser encarada a situação, por meio de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Sendo assim, o objetivo geral do trabalho é aclarar a possibilidade e o dever da pessoa que formalizou a negativação indevida em indenizar a vítima, mesmo que ela possua outro(s) apontamento(s) nos órgãos de proteção ao crédito. Especificamente, pretende-se mostrar que o dano moral presumido, adotado pelo tribunal mineiro em caso de mera negativação indevida, continua sendo devido mesmo diante da hipótese em que haja uma inscrição indevida.

Discutir a sanção necessária a ser aplicada, elucidando a importância da aplicação da pena pecuniária a fim de compelir a continuação desta prática ilícita e eliminar qualquer sentimento de impunidade, bem como identificar possíveis afrontas aos princípios resguardados ao consumidor.

Como procedimento metodológico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, sobretudo análise jurisprudencial.

O texto está dividido em sete partes, além desta introdução. O capítulo dois descreve sobre a anotação no cadastro, distinguindo aspectos importantes de uma legítima e uma ilegítima inscrição; o terceiro capítulo expõe sobre como vinha posicionando o Superior Tribunal de Justiça antes da edição da súmula e como manifesta pós sua criação. O quarto capítulo nos fala de como a aplicação do enunciado viola princípios fundamentais ligados diretamente à personalidade do ser

humano, enfatizando a dignidade, a sua vulnerabilidade e a inversão do ônus probatório. No quinto, analisaremos a jurisprudência do TJMG, comprovando a possibilidade da súmula não ser aplicada; no sexto será feita a conclusão, e seguidamente, no sétimo e oitavo, respectivamente, serão apresentadas as referências utilizadas para a produção deste artigo, bem como os apêndices contendo vinte julgados diferentes.

2 ANOTAÇÃO DO CADASTRO: DA LEGÍTIMA VERSUS ILEGÍTIMA INSCRIÇÃO

O cadastro dos consumidores consiste em um banco de dados composto de informações relativas ao crédito, possuindo caráter público e sendo previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, onde aqueles que deixam de quitar seu débito tenham seu nome negativado e, por conseguinte, ficam impossibilitados de realizarem compras parceladas na praça ou até mesmo carreta em uma dificuldade na obtenção de empréstimos; ocasionando a legítima inscrição.

Cintra (2013, p. 153) enfatiza exemplos de cadastro por inadimplência:

São exemplos de cadastros de inadimplência o SPC, Serviço de Proteção ao Crédito, que serve essencialmente aos comerciantes, o Serasa, a serviço das instituições financeiras, o CCF, Cadastro de Cheques sem Fundos, aberto a consultas no Banco Central e o Cadin, Cadastro Informativo de Créditos não quitados do setor público Federal, que acusa quando há débito frente a algum ente da administração pública direta, indireta ou empresa pública do âmbito federal.

Segundo o art. 43, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidade de caráter público, ainda que na prática sejam entes privados. Os dados constantes em tais cadastros deverão atender ao CDC no que tange a objetividade e clareza, estando sempre em linguagem de fácil entendimento e não podendo conter informações negativas superiores ao prazo máximo de cinco anos.

Independentemente do tipo de banco de dados, o consumidor tem o direito de acesso ao conteúdo dos registros existentes em seu nome. Em caso de recusa a

este acesso, poderá então fazer o uso do remédio constitucional previsto no Constituição Federal, *Habeas Data*.

Esclarece ainda o CDC, em seu artigo 72, que o agente responsável por fornecer ao consumidor as informações existentes, ao recusar fazê-las, poderá responder criminalmente por tal conduta, com detenção de seis meses a um ano ou multa.

Por fim, oportuno aclarar que para ser legítima a inscrição deve-se ser feita a comunicação prévia ao apontamento, sendo encargo do órgão cadastral. O objetivo dessa prática é promover ao consumidor a chance de provar que adimpliu o débito ou até mesmo de quitar o pagamento.

A inscrição indevida de títulos de crédito ocorre quando falso credor, abusando de má-fé, insere o nome de um terceiro no rol dos maus pagadores com o ilícito objetivo de compelir este a quitar um débito inexistente e, assim, enriquecer indevidamente.

Segundo entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, os danos morais ensejam da própria conduta ilegal e independe da comprovação de que a parte vítima tenha sofrido um prejuízo ou abalo psicológico – dano *in re ipsa*.

Conferimos o julgado publicado em 22 de setembro de 2017:

APELAÇÃO – INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZATÓRIA – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA – DANO MORAL IN RE IPSA – INDENIZAÇÃO – FINALIDADE PUNITIVA/EDUCATIVA – TEMPO DE NEGATIVAÇÃO – MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENITÁRIO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Pacífico o entendimento, inclusive no âmbito do STJ, de que a negativação indevida gera dano moral *in re ipsa*. O valor da indenização deve ser ficado tendo em mira sua finalidade punitivo-educativa. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO, RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO (SÃO PAULO, 2018, p.1).

Destarte, uma vez que o dano é presumido, imputar-se-á à parte que praticou a conduta ilícita o ônus de arcar com a sanção a ser imposta.

Frisa Assis (2001, p. 43), “para que ocorra a reparação, há que considerar-se alguns fatores tais como o ato ilícito, que é a conduta contrária à lei, caracterizada pelo dolo e pela culpa, dano efetivo causado ou dano moral e nexos causal entre violação e prejuízo.”

Significativo elucidar que com a aplicação da súmula 385 do STJ, o Poder Judiciário estaria afrontando diretamente o art. 6º, inciso VI do CDC, não resguardando o direito básico do consumidor a efetiva reparação de danos morais.

3 POSICIONAMENTO DO STJ ANTES E PÓS EDIÇÃO DA SÚMULA 385

Salienta a Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

Até metade do ano de 2008, o STJ entendia que a existência de pré-negativação não excluía o dano moral, mas tão somente constituía circunstância que minorava o montante ressarcitório a título de danos morais.

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 gerou novos debates.

CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL INEXISTENTE SE O DEVEDOR JÁ TEM OUTRAS ANOTAÇÕES, REGULARES, COMO MAU PAGADOR. Quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito; dano moral, haverá se comprovado que as anotações anteriores foram realizadas sem a prévia notificação do interessado. Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2018b, p. 1).

Após o julgamento do Recurso Especial n. 1.062.336/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ocorrido em 10/12/2008, e publicado em 12/05/2009, que o STJ fundamentou detalhadamente a situação.

No julgamento, a Ministra Andrighi decidiu que era necessário prevalecer interpretação mais benéfica ao consumidor, ou seja, que a pré-negativação apenas minorava a condenação imposta ao causador da negativação indevida. Aduziu ainda que o objetivo principal da discussão não é a situação do negativado, e sim o ato ilícito cometido pelo credor que deu cabo à inscrição indevida.

Posteriormente, o Ministro João Otávio de Noronha manifestou-se oralmente defendendo o entendimento de que inexistente dano a vítima em caso de pré-

negativação. Sintetizando, assentou-se no argumento de que o dano causado pela inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito sucede-se quando há imputação de mau pagador à pessoa que não possui débito pendente. Alegou ainda ser corriqueira a situação em que devedores com inúmeras negativações postulam a reparação por danos materiais, objetivando apenas a reparação pecuniária, sem ao menos requerer a baixa da inscrição. Por fim, concluiu que não há dano capaz de ser ressarcido nesses casos.

Seguidamente, os Ministros Carlos Fernando Mathias, Luis Felipe Salomão, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior seguiram o pensamento do Ministro João Otávio de Noronha e encerrou-se o julgamento.

Atualmente existem situações em que a Corte entende ser devido o dano moral mesmo quando o consumidor já possui outras negativações no Cadastro de Proteção ao Crédito e não aplica a Súmula; entre elas, quando não houver prévia notificação ao devedor pelo aparente débito; quando as inscrições são posteriores ao débito discutido nos autos e na hipótese das outras negativações estarem também em discussão judicial, mas será tratado em tópico específico.

De antemão, gostaria de trazer o voto da Ministra Nancy Andrighi na Reclamação n. 4574/MG julgada pelo Superior Tribunal Federal:

A Súmula 385/STJ teve sua origem, entre outros precedentes, no julgamento dos Recursos Especiais Representativos de Controvérsia Repetitiva nºs 1.061.134/RS e 1.062.336/RS (de minha relatoria, 2ª Seção, DJe's de, respectivamente, 1º/4/2009 e 12/5/2009). No voto que proferi por ocasião do julgamento dos referidos recursos especiais, sustentei que a existência de registros anteriores em cadastros de inadimplência não obstará a indenização por dano moral, mas apenas implicaria a redução de seu montante. Tecí, entre outras, as seguintes considerações sobre a matéria: O entendimento mais recente da 2ª Seção, segundo o qual a preexistência de inscrições afasta o dever de indenizar, data venia, coloca em situações idênticas tanto o devedor contumaz, que porventura tenha uma dezena de anotações regulares, quanto o consumidor que possua apenas uma anotação, mas que não conseguiu, por circunstâncias diversas, provar a ilegalidade do registro antecedente. A prova pode se mostrar excessivamente difícil, ou até mesmo impossível para o consumidor, até porque poderá ser necessário, de acordo com as circunstâncias, que se aguarde o julgamento final de outras ações para demonstrar a ilegalidade das demais negativações. O ponto relevante é notar que em cada processo discute-se um específico ato de inscrição e não o histórico do consumidor como bom ou mau pagador. Portanto, não há sentido em condicionar a análise da existência ou não de dano moral à comprovação de que o consumidor é ou não honesto. O que se discute é a licitude da inscrição, o que está em análise é a conduta do órgão mantenedor do cadastro e não do consumidor. Restei vencida neste ponto. A orientação predominante foi a de

que a existência de inscrições anteriores do devedor em cadastros de inadimplentes obstará a indenização por dano moral. Há, contudo, neste processo, uma peculiaridade que deve ser ressaltada. Nos referidos julgamentos dos recursos repetitivos, não se chegou a debater a inscrição de débitos inexistentes nos cadastros restritivos, como ocorre neste processo, mas a inscrição de débitos existentes sem a prévia notificação do devedor. Essa questão permeou todos os votos proferidos, e foi determinante para a decisão quanto à inexistência do dano moral (BRASIL, 2010, p.1).

Chega-se a conclusão de que a incidência da Súmula 385 seria aplicável nos casos em que se postula a indenização face ao órgão que manteve o nome do consumidor negativado, sem antes ter feito a notificação prévia exigida pelo artigo 43, § 2º, do CDC. Contudo, não é o que vem acontecendo.

4 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tutelado pela Carta Magna, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais atrelados ao ser humano que se constitui pela cautela em garantir a cada indivíduo o respeito a sua personalidade.

O consumidor deverá ter sempre sua dignidade resguardada, ou seja, os direitos e garantias essenciais do ser humano devem ter total amparo. De acordo com Cintra (2013, p. 33), “quando falamos em direitos da personalidade nos referimos ao nome, à liberdade, à imagem, à honra. Tais atributos essenciais devem ter peculiar proteção do Estado”.

Este princípio trás justamente a ideia de obstar qualquer empecilho ao desenvolvimento da personalidade, bem como toda atuação que denegue a sua condição de pessoa.

Abordando o tema, Cruz (2008, p. 79) explica que “é a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarda dos direitos fundamentais. Ainda que não possa ser precisamente definida, resta solarmente clara sua violação, quando ocorre”.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, admite o reconhecimento do dano moral quando violada a honra e a imagem do indivíduo. Nessa disposição, destaca-se o direito que se refere ao objeto em estudo, qual seja, o direito à honra.

Com a aplicação da polêmica súmula, o Poder Judiciário estaria ferindo o princípio ao dizer que o indivíduo que tenha outras negativas em seu nome, não mais possui dignidade que possa ser ferida em razão de uma inscrição ilegítima.

Nesse sentido, manifesta o desembargador Luis Mario Galbetti ao julgar a apelação 0008474-23.2011.8.26.0309 SP, dizendo que a aplicação da súmula parece inadequada ao regime do CDC, e assim, consistiria em uma excludente para o fornecedor que promove conduta irregular e inscreve indevidamente o nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes.

Frente ao conteúdo acima exposto, necessário destacar que o objetivo principal com a aplicação do dano moral seria a punição pelo ato ilícito cometido por aquele que deu causa a negativação, pois se a Justiça não coibir as diversas práticas ilícitas cometidas pelos falsos credores de forma que sopesse em seu bolso, estaria gerando um sentimento de impunidade e, de certa forma, “autorizando” que os fornecedores façam restrições financeiras sem receio de consequências – visto que a única condenação possível seria a retirada do nome do rol de inadimplentes –, ignorando assim seu dever de manter regulares os cadastros de consumidores.

Ademais, existe a possibilidade de que a negativação preexistente, tida *a priori* como legítima, possa ser convolada posteriormente em ilegítima. Assim, a aplicação dessa súmula poderia isentar, de forma precoce, a punição indenizatória caso não haja julgamento em conjunto de outra suposta negativação em discussão judicial.

Portanto, aquele que insere indevidamente o nome de outrem nos órgãos de restrição ao crédito, viola os direitos da personalidade e assim, amplia negativamente a imagem da pessoa. Assim, emerge a possibilidade do lesado, através de ações judiciais, buscar a restituição do status *a quo*, bem como a reparação pecuniária pela lesão a sua honra.

4.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Diante da vulnerabilidade apresentada pelo consumidor, o CDC estabeleceu a facilidade do consumidor em juízo, quando for verossímil sua alegação ou quando apresentar hipossuficiência, denominando o instituto da inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, Rangel (2000, p. 97) esclarece que:

O *ônus probandi* traduz-se, para a parte a quem incumbe o encargo de fornecer a prova do facto alegado, nas consequências negativas para a sua pretensão, decorrente de ser dado como líquido e certo o facto contrário, por esta a ter omitido, ou não ter logrado realizar essa prova, ou, ainda, ver-se na contingência de sofrer tais consequências se dos autos não resultarem provas bastantes e suficientes desse facto, que tenham ou não sido trazidos para o processo pela mesma parte.

Dadas às circunstâncias que ocorrem as relações de consumo, comumente é o fornecedor que detém os meios necessários de provar o que houve de fato naquela relação, sejam por via de contratos ou até mesmo ligações de atendimento.

Quanto ao direito, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso VIII, prescreve a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova em seu favor, quando verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente.

A verossimilhança nas alegações consiste na chamada aparência da verdade, ou seja, presença de indícios que corroborem com as alegações feitas pela parte requerente. Ademais, a hipossuficiência seria a ausência da capacidade técnica do consumidor em poder produzir as provas em razão das facilidades, já mencionadas, detidas pelo fornecedor.

Tendo como norte a ideia de que o legislador admitiu a inversão da prova partindo da premissa de dificuldade ou impossibilidade da prova apenas por parte do consumidor e não a impossibilidade absoluta da prova em si, há de se observar que o artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, prescreve que o ônus da prova de fato constitutivo do direito do autor compete a ele, enquanto a prova de fato modificativo, impeditivo ou extintivo de tal direito, compete ao réu.

Analisando os dispositivos normativos supramencionados, deverá o magistrado sopesar, analisando detidamente os autos e os argumentos apresentados pelas partes, e desde que entenda presente um dos requisitos exigidos (verossimilhança ou hipossuficiência), concederá a inversão e comunicará os litigantes de sua decisão.

Ou seja, mesmo o CDC consolidar como um Direito, a inversão deve ser apreciada pelo Poder Judiciário para ser aplicada.

Outrossim, cabe ressaltar que os pedidos assentados em fatos impossíveis de comprovação por qualquer das partes devem ser julgados improcedentes, e não ser imputados à parte ré a referida inversão comprobativa.

4.2 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Para entendermos este princípio, analisaremos primeiro o conceito de vulnerabilidade de acordo com o dicionário: “vulnerabilidade é a característica de quem ou do que é vulnerável, ou seja, frágil, delicado e fraco”.

Na seara consumerista, é um estado o qual o consumidor, em razão do fornecedor deter conhecimentos relativos ao produto e/ou situações oriundas da relação de consumo (fatos que ensejam uma negativação), torna-se parte mais frágil.

Marques (2010, p. 87) traduz a vulnerabilidade como:

Uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Partindo-se da premissa de que não há igualdade entre as partes envolvidas e essa vulnerabilidade causa acentuado desequilíbrio contratual, circunstância que autoriza a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para equanimizar a relação jurídica, logo, busca-se por fim garantir a aplicação do princípio constitucional da isonomia nas relações jurídicas e minimizar a desigualdade presente.

Podemos citar quatro tipos de vulnerabilidade do consumidor: técnica, jurídica (ou científica), informacional e a fática (socioeconômica).

A primeira se dá quando o consumidor não tem conhecimento sobre o produto ou serviço, especificamente referente à sua utilidade ou a suas características.

A vulnerabilidade jurídica é presente quando há ausência de conhecimento atinente aos aspectos de cálculos e juros cobrados na relação consumerista. Muito

corriqueira nos casos em que há existência de cláusulas abusivas imputadas ao consumidor.

Temos a informacional que seria a situação onde houvesse uma ofensa a qualidade de informação destinada ao consumidor, principalmente com relação as vinculações de propagandas digitais. Esta vulnerabilidade decorre da vulnerabilidade técnica.

E por fim, consiste a vulnerabilidade fática o reconhecimento do fornecedor como detentor do poderio econômico, que o deixa em posição de predominância. Encontra-se aqui o pilar primordial desta pesquisa, já que havendo uma facilidade maior por parte da pessoa que tenha negativado o nome do consumidor em comprovar que o fez de forma devida, assim não acarretaria o dano moral visto que, com a comprovação, a negativação seria lícita.

Adentrando nos ensinamentos da Lei, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 8.078, de 1990, “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*” (BRASIL, 2018c, p. 1).

A interpretação do artigo citado acima deve ser pautada nas características de cada caso concreto, já que o sistema consumerista tem como um dos seus principais axiomas o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (artigo 4º, I, da Lei nº 8.078, de 1990).

Colaciono o artigo supra:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (BRASIL, 2018c, p. 1)

Alexandridis (2018, p. 1) registra:

O consumidor por princípio (inciso I, artigo 4º, CDC) é vulnerável perante o fornecedor de produtos e serviços, uma vez que este, no sistema capitalista, impõe sua vontade no mercado de consumo, fazendo com que os consumidores, se sujeitem quando querem/podem/necessitam

contratar as regras estabelecidas que vão desde as limitações de escolhas por conta do padronização de produtos e serviços, até o modelo contratual estabelecido.

Importante frisar que todo e qualquer consumidor (seja pessoa física ou pessoa jurídica) será amparado pelo Código de Defesa do Consumidor no que tange o quesito vulnerável, pois a ideia primordial é, em razão de o fornecedor ser a parte detentora do conhecimento de seu serviço, ele poderá comprovar com maior facilidade o motivo pelo qual deu azo a uma suposta negativação *a priori* devida; já que estamos falando do caráter indenizatório.

Mister salientar o que a doutrina realça a importância de diferenciar o princípio da vulnerabilidade do vocábulo hipossuficiência. Em suma, todo consumidor é vulnerável, mas nem todos são hipossuficientes, o que torna a hipossuficiência mero requisito para inversão do ônus da prova conforme já esposado.

Expressando em outras palavras, a análise da vulnerabilidade é objetiva por ser um princípio, logo, dizer que alguém é consumidor seria o mesmo que dizer que este mesmo é vulnerável e tutelado pelo CDC. No que tange a hipossuficiência, sua análise será subjetiva uma vez que está imposta a interpretação do magistrado em cada caso.

5 ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL TJMG

Notório que a edição da súmula 385 gerou diversos posicionamentos, entretanto, segundo o Superior Tribunal de Justiça, veremos aqui as possibilidades em que a referida súmula poderá deixar de ser aplicada.

Na primeira hipótese, a jurisprudência tem defendido que quando há negativações anteriores em discussão judicial não exige que haja a suspensão da reparação indenizatória em razão da negativação indevida.

Trabalha-se com a ideia de que o consumidor que esteja negativado estaria pautado de boa-fé por estar discutindo os supostos débitos no judiciário e que, posteriormente, as demais negativações poderiam ser convoladas em ilegítimas.

Ademais, foram zelosos os ministros no tocante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a fim de suprir o caráter punitivo do dano

moral, e não fixando a quantia em um montante irrisório, objetivando exclusivamente a necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato.

Considera-se como segunda hipótese a situação em que não houver a prévia notificação do devedor pelo suposto débito pendente.

Mencionado anteriormente, o CDC prevê o múnus da notificação prévia de pelo menos cinco dias útil ao devedor que estiver com débito pendente na praça. Esta ação objetiva justamente a possibilidade que o mesmo o liquide ou até mesmo comprove que já o fez, evitando maiores transtornos.

Nunes (2017, p. 660) ensina:

E, claro, o aviso somente pode ser prévio, não só porque decorre da ampla defesa do sistema, como da logicidade da determinação, na ligação com a garantia constitucional: se se trata de cadastro com informações meramente positivas, sua abertura depende de autorização do consumidor; se se referir a dado desabonador, tem de ser avisado para poder tomar providências extrajudiciais ou judiciais para evitar a anotação.

Em sua linha de pensamento, Nunes (2017, p.660) continua “[...] o aviso tem como função permitir que o consumidor exerça não só seu direito de pagar a dívida, como de negociá-la, ou de se opor à negativação por se furtar de cobrança indevida”.

E por fim, como terceira hipótese, registro a inclinação do Tribunal Mineiro para não aplicar o enunciado sumular quando as inscrições são posteriores ao débito discutido nos autos. Ou seja, após o indivíduo ingressar com uma ação buscando a reparação moral em razão de uma inscrição indevida, posteriormente surgirem novos apontamentos.

Em alguns julgados, conforme entendimento consolidado pelo STJ, a existência de outras negativações em nome do suposto devedor nos bancos de dados do SPC é fator que minora a ofensa por danos morais.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que a edição da súmula 385 STJ gerou posições distintas entre a doutrina majoritária e a própria Corte. O posicionamento crítico aduz que a aplicação

do enunciado estaria gerando certa impunidade aos que praticam a conduta ilícita de negativar indevidamente o nome do consumidor, uma vez que não prevê sanção para coibir tal atitude, resguardando somente o direito a retificação do nome.

O Superior Tribunal de Justiça, em sua maioria, alega por sua vez que o consumidor que possui restrição de crédito em seu nome por débitos legítimos, não poderia estar sendo ofendido ao ponto de lhe ser devido um dano moral, e tão somente constituiria mero aborrecimento visto que seu nome já se encontrava “sujo” anteriormente.

Conforme vimos os julgados realizados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, torna-se inaplicável a súmula quando não houver sido comunicado previamente o consumidor de seu suposto débito pendente; quando existente negativações anteriores, mas objeto de discussão judicial e quando houver inscrições posteriores ao débito discutido nos autos.

Com isso, conclui-se que apesar da súmula considerar não haver indenização por dano moral nos seus termos, convém conceder a sanção, pois o objetivo primordial aqui se baseia em reprimir a conduta maliciosa e evitar futuras injustiças. Ademais, a dignidade do consumidor estaria sendo lesada visto que a Corte estaria considerando não possuidor de personalidade a pessoa que apresente restrições em seu nome.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgios. Todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo. 21 nov. 2013. Disponível em: <https://georgiosalexandridis.jusbrasil.com.br/artigos/112128602/todo-consumidor-e-vulneravel-no-mercado-de-consumo>. Acesso em: 05 maio 2018.

ASSIS, Caio Senni. **Reabilitação e abalo de crédito**: teoria, legislação, jurisprudência e prática. São Paulo: Edijur, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. REsp 1062336 RS 2008/0115487-2. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Dj: 10/12/2008. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1062336_RS_10.12.2008.pdf?Signature=ExRvpnV3x5cLQFjV5Qd0IfIWSJ0%3D&Expires=1527555384&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=014905e3ef9f78db4c2e75acf279619d. Acesso em: 28 maio 2018a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**. REsp: 1002985 RS 2007/0260149-5. Consumidor. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Dano moral inexistente se o devedor já tem outras anotações, regulares, como mau pagador[...]. Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 14/05/2008, S2 - Segunda Seção, Data de Publicação: --> DJe 27/08/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/788798/recurso-especial-resp-1002985-rs-2007-0260149-5/inteiro-teor-12791767>. Acesso em: 25 maio 2018b.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 20 maio 2018c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 385**. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. DJe 08.06.2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/2621344/sumula-385-do-stj?ref=serp-featured>. Acesso em: 20 maio 2018d.

CINTRA, Antônio Carlos Fontes. **Direito do consumidor**. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. **Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral**: outra concepção. São Paulo: RT, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação civil**. Apelação – Inexigibilidade de Débito C.C. Indenizatória – Negativação Indevida – Dano Moral In Re Ipsa – Indenização – Finalidade Punitiva/Educativa – Tempo de Negativação – Majoração do Quantum Indenitário – Sentença Parcialmente Reformada. TJ-SP - APL: 10031575920148260038 SP 1003157-59.2014.8.26.0038, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 11/09/2017, 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 22/09/2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502698017/apelacao-apl-10031575920148260038-sp-1003157-5920148260038/inteiro-teor-502698051?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 maio 2018.