

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

AMANDA MESQUITA DA CONCEIÇÃO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: Dano
Moral por Negativação Indevida ou por Abalo de Crédito**

Três Pontas-MG

2015

AMANDA MESQUITA DA CONCEIÇÃO

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: Dano

Moral por Negativação Indevida ou por Abalo de Crédito

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito, tendo como orientador o Professor Especialista Marcelo Figueiredo.

Três Pontas-MG

2015

AMANDA MESQUITA DA CONCEIÇÃO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: Dano
Moral por Negativação Indevida ou por Abalo de Crédito**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito, pela banca examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Esp. Marcelo Figueiredo

Prof. Me. Marco Antônio Lopes Campos

Prof. Me. Camila Oliveira Reis

OBS.:

Dedico este trabalho a meu Mestre Marcelo Figueiredo, pois sem a sua ajuda não teria sido possível concluí-lo.

Dedico também aos meus pais, parentes, amigos próximos, colegas de classe e ao meu namorado, pessoas que tanto me apoiaram, me entenderam, me ajudaram e caminharam ao meu lado ao longo desta árdua jornada.

Dedico de uma forma mais que especial a minha vizinha “Dete”. Vó essa conquista também é sua, que não ficou aqui para me ver formar, mas tenho certeza que aí de cima a senhora está muito orgulhosa de mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me caminhar ao meu lado me iluminando sempre e graças a Ele estou aqui.

Agradeço também meus pais, amigos, parentes e ao meu namorado, que sempre me incentivaram não me deixando desistir, pois sabiam dos meus objetivos.

Agradeço de forma especial ao meu querido “desorientador” Marcelo Figueiredo e a todos que de alguma forma contribuíram para a conclusão desse trabalho.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que os bancos de dados de proteção ao crédito têm por objeto informar aos seus usuários, se o nome que está sendo consultado possui alguma restrição, para que se consolide ou não a liberação do crédito ao consumidor que está sendo avaliado. Quem insere o nome do consumidor nesses referidos bancos, é o próprio fornecedor, que se o fizer sem as devidas precauções, deve reparar o dano daquele que teve seu nome negativado indevidamente. Quando se tem a ideia de negativar um devedor, devem ser analisados vários pontos, pois se a inserção nesses bancos de dados for feita precipitadamente, sem as devidas técnicas, pode ocorrer o abalo de crédito desse consumidor e o mesmo ficar lesado perante a sociedade.

Sendo assim a negativação indevida não traz solução ao fornecedor, pelo contrário, pode acarretar um processo por danos morais se feita contrariando as regras básicas do bom relacionamento entre credor e devedor, devendo-se pautar pelo mais viável que seria buscar o pagamento de todas as formas possíveis primeiro antes de chegar ao ponto de negativar o cliente.

Palavras-chave: Bancos de Dados. Crédito. Negativação Indevida. Abalo de crédito. Responsabilidade Civil. Dano Moral.

ABSTRACT

The objective of this study is to demonstrate that the bank credit data protection whose object informs its users that the name being queried has any restrictions, in order to consolidate or not to release the consumer credit being evaluated. Who inserts the name of the consumer referred to in these banks, is the supplier itself, it does so without the proper precautions, you should repair the damage that had negated his name improperly. When you have the idea to be negative a debtor, must be analyzed several points because if the inclusion in these databases is made hastily, without the technical due, may occur that consumer credit shock and even getting injured in society.

Therefore the undue restriction brings no solution to the supplier, however, can lead to a process for moral damage is done contrary to the basic rules of good relationship between lender and borrower and should be guided by the more viable it would seek payment of all possible ways first before you get to the point of the customer be negative.

Keywords: Databases. Credit. Undue negativity. Credit concussion. Civil responsibility. Moral damage.

“Ser sábio é melhor do que ser forte; o conhecimento é mais importante do que a força. Afinal, antes de entrar numa batalha, é preciso planejar bem, e, quando há muitos conselheiros, é mais fácil vencer” (Provérbios 24: 5,6).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 ASPECTOS HISTÓRICOS E EVOLUTIVOS SOBRE A RELAÇÃO DE CONSUMO E A CRIAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS	11
3 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E SEUS ELEMENTOS.....	14
3.1 Elementos da Relação de Consumo	14
3.1.1 Consumidor.....	14
3.1.2 Fornecedor	17
3.1.3 Produtos	18
3.1.4 Serviços	19
4 BANCOS DE DADOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO	22
4.1 Conteúdos do art. 43 e seus Efeitos.....	22
4.2 Breve Análise da Lei 12.414/ 2011	31
5 RESPONSABILIDADE CIVIL: REPARAÇÃO DE DANOS AOS CONSUMIDORES LESADOS.....	36
5.1 Aspectos sobre a responsabilidade civil.....	36
5.1.1 Conceito.....	36
5.1.2 Funções da Responsabilidade Civil.....	38
5.1.3 Espécies de Responsabilidade.....	38
5.1.3.1 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva e a Adotada pelo CDC.....	39
5.1.3.2 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual e a Adotada pelo CDC	39
5.1.4 Elementos da Responsabilidade.....	42
5.1.4.1 Conduta Humana.....	42
5.1.4.2 Culpa.....	43
5.1.4.3 Nexo de Causalidade	44
5.1.4.4 Dano ou Prejuízo	46
5.2 Excludentes do Dever de Indenizar e a Cláusula de Não Indenizar.....	49
5.2.1 As Responsabilidades pelo Vício e pelo Fato e suas excludentes	53
5.3 A Responsabilidade Civil por Negativação Indevida e Abalo de Crédito	57
6 CONCLUSÃO	63
7 REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

A compra a prazo é garantia para os consumidores que não possuem condições de adquirir seus pertences sem contrair a tão temida dívida. Daí ter um nome “limpo” no mercado é fundamental para levar adiante a compra de bens. Nesse caso se abrange tanto os bens necessários para a subsistência humana, por exemplo, a compra do mês no supermercado, quanto os supérfluos, como alguns eletrodomésticos, muitas vezes comprados a prestações a se perder de vista. Portanto, a necessidade de se ter o crédito para a realização da compra dos objetos para o consumo de tantos brasileiros é tão almejada.

Por outro lado, ocorre que o nível de inadimplência das pessoas a quem são concedidos créditos tem aumentado muito nos últimos anos e para isso foram criados os chamados órgãos de proteção ao crédito, também conhecidos por bancos de dados de proteção ao crédito. Dentre os mais conhecidos cita-se: o SPC (Serviço de Proteção ao Crédito), SERASA (não é uma sigla, mas significa Centralização de Serviços dos Bancos) e o CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundos), produzidos para melhor amparar a relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, essencialmente em um único dispositivo (Art. 43), faz referência a estes bancos de dados e cadastros de consumidores inadimplentes, ora muito importantes e influenciáveis para o equilíbrio da economia, vez que contêm informações fundamentais para filtrar os bons pagadores e selecionar a quem vender e a quem não o fazer, pois não possuem bom histórico de adimplemento de suas obrigações.

Neste diapasão a lei 12414/2011, conhecida como Lei do Cadastro Positivo, diploma normativo que estabelece grande vínculo com o mencionado Código de Defesa do Consumidor, positivando os bancos de dados e cadastros de consumidores, auxiliando ainda mais a relação de crédito e ajudando a configurar o histórico de pagamento dos consumidores.

Porém, quando essa negativação é feita indevidamente por parte do comerciante, que se vê prejudicado e prematuramente se vale desses órgãos de anteparo ao crédito, pensando estar prejudicando o consumidor que, tendo o nome “sujo”, não estará mais ativo no mercado, gera a responsabilidade civil de reparar o dano ao lesado e que além de ter seu nome negativado indevidamente teve seu crédito abalado perante seus futuros credores.

A negativação é verdadeiramente um direito do fornecedor, contudo, tem que ser analisada e feita somente na certeza do inadimplemento e conforme os ditames legais, pois se realizada inadequadamente causa dano moral e conseqüentemente a obrigação de reparar o abalo causado.

Dessa forma, tendo em vista a importância do tema pesquisado, a presente monografia foi assim estruturada.

No segundo capítulo será mencionada uma visão dos aspectos históricos e evolutivos sobre a relação de consumo e a criação dos bancos de dados.

Já no terceiro capítulo é feita uma breve explicação sobre os elementos integrantes da relação de consumo, quais sejam: o consumidor, o fornecedor, os produtos e os serviços, eis que o objeto da pesquisa é restrito a essa relação jurídica.

Destacadas as partes integrantes da relação de consumo, o quarto capítulo, trata dos bancos de dados de restrição ao crédito, parte fundamental deste trabalho, pois é a eles que o fornecedor recorre a fim de negativar seus consumidores inadimplentes.

No quinto capítulo será abordada a Responsabilidade Civil por negativação indevida ou abalo ao crédito, foco deste trabalho, abrangendo desde o conceito de responsabilidade civil, perpassando pelas suas funções, espécies, as principais diferenças entre as responsabilidades subjetiva e objetiva e a contratual e extracontratual, dando ênfase a qual é adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, se a responsabilidade de reparar o dano causado é objetiva ou subjetiva em relação ao consumidor lesado.

Logo após citam-se os elementos formadores da responsabilidade civil quais sejam: a conduta humana, a culpa, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo, além de mencionar as excludentes do dever de indenizar e a cláusula de não indenizar, com ênfase as excludentes presentes no Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se ainda a responsabilidade civil de indenizar o consumidor nos casos de negativação indevida e de abalo de crédito, ou seja, se esta responsabilidade cabe ao fornecedor, ao banco de dados ou a ambos solidariamente.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E EVOLUTIVOS SOBRE A RELAÇÃO DE CONSUMO E A CRIAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS.

A época é pós Revolução Industrial, o Brasil estava crescendo, a capacidade produtiva do ser humano aumentando e as indústrias passaram a querer produzir mais para vender mais. Nesse sentido diz Sergio Cavalieri Filho (2008, p.12): “Se antes a produção era manual, artesanal, mecânica, circunscrita ao núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas, a partir dessa revolução a produção passou a ser em massa, em grande quantidade, até pra fazer frente ao aumento da demanda decorrente da explosão demográfica”. Daí nascia uma relação de consumo massificada e que necessitava de uma norma jurídica que desse suporte a tal relação.

Antes de existir o Código de Defesa do Consumidor – CDC (a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990), as relações de consumo eram regulamentadas pelo Código Civil de 1916, o que acarretava muitas injustiças, eis que o referido Código tinha como premissa a igualdade das partes.

O CDC somente foi criado em 1990, por determinação da Constituição Federal de 1988, sendo que até então não se tinha uma norma específica para regulamentar as relações de consumo. Desta forma o CDC compilou leis esparsas o que significou uma importante conquista aos consumidores dando-lhes grande destaque, tendo em vista que estes são a parte mais vulnerável da relação de consumo.

Neste sentido, o CDC é uma lei de origem constitucional, e Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 11) diz que: “Foi o constituinte originário que determinou a elaboração de uma lei para a defesa do consumidor”. É possível encontrar essa determinação na própria Constituição, no ADCT: “O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em seu art.48 determinou que o Congresso Nacional dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 1988).

Além disso, o CDC encontra-se previsto na CF/88 em seu art. 5º inc. XXXII que prevê: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). E ainda o art. 170 dispõe *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

[...] (BRASIL, 1988)

Mesmo assim, hoje em dia a doutrina já prega que o CDC é uma lei visivelmente defasada em relação à proteção do consumidor (NUNES, 2012), tendo em vista que já se passaram mais de 20 anos desde a sua criação, o Brasil já evoluiu muito até agora e a legislação não conseguiu acompanhar tal evolução, como é o caso do comércio eletrônico.

Nota-se que, desde os primórdios, a relação entre consumidor e fornecedor não era muito simples. O modelo primitivo de consumo baseado no parcelamento do preço de produtos e serviços funcionava de forma demorada até que finalmente fosse feita a concessão do crédito (HERMAN E BENJAMIN, 2011).

Portanto, a concessão do crédito tornou-se possível com o advento do Código de Defesa do Consumidor, devido ao nascimento dos bancos de dados que ganharam força, para equilibrar as relações de consumo, dando mais segurança ao fornecedor, que sabendo com quem se relacionar reduziria o risco de prejuízos.

Bertram Antônio Stürmer (STÜRMER, 1993 p. 10-11, *apud* HERMAN E BENJAMIN, 2011 p. 416), tratando sobre a técnica utilizada antes do Código de Defesa do Consumidor para autorização do pagamento parcelado, escreve:

A embrionária técnica mercadológica do pagamento parcelado exigia de cada empresa a organização e manutenção de toda uma estrutura própria destinada a viabilizar o financiamento em condições mínimas para o credor. O candidato ao crédito precisava preencher minucioso cadastro, não só com seus dados pessoais, mas indicando ainda os locais onde habitualmente adquiria produtos e serviços, como o armazém, a alfaiataria e, em especial, outros estabelecimentos onde já se comprara a prazo. Crucial nesse modelo primitivo de concessão massificada de crédito era a contratação pelas empresas de funcionários especializados, chamados informantes, com a exclusiva função de verificar, diária e pessoalmente, as referências que o candidato ao crédito apresentara. Consequência da atuação individual e fragmentada dos vários fornecedores a crédito, cada empresa era obrigada a coletar informações e organizar detalhado cadastro dos seus clientes, acessado por consulta manual [...].

Dessa forma, vê-se clara a preocupação com as referências do futuro comprador e o modo arcaico como era feita a análise e a liberação do crédito.

A partir desse modelo surgiu a necessidade de se obter um banco de dados unificado, em que todos pudessem consultar os dados de seus futuros clientes e que gerasse um histórico a partir desse banco de dados para auxiliar a liberação do crédito para a venda a prazo parcelada.

Dados revelam que foi em 22 de abril de 1955 que nasceu o SPC – Serviço de Proteção ao Crédito, nessa época não existia nem CPF – Cadastro da Pessoa Física, e o que era negativado era o nome da pessoa, algo muito valioso para alguns. O SPC surgiu

de uma reunião entre comerciantes no sul do país que decidiram criar seus próprios arquivos com os nomes das pessoas que compravam a prazo e não pagavam e assim foi criado o SPC que posteriormente foi se aperfeiçoando (COMO..., 2013).

De acordo com HERMAN E BENJAMIN, (2011, p. 417) “Hoje no Brasil, vamos encontrar várias organizações operando como bancos de dados de consumo, tanto em caráter nacional como regional. Uma malha gigantesca de coleta, gerenciamento e fornecimento de dados sobre dezenas de milhões de pessoas físicas e jurídicas”.

Logo após em 1968 foi criado outro grande banco de dados o SERASA-Centralização de Serviços dos Bancos S.A. com objetivos parecidos com os do SPC e quis concentrar informações para a concessão de crédito a pessoas jurídicas (QUEM..., 2013).

Por fim, a Lei 8.078/1990 veio regulamentar tanto as garantias e direitos dos consumidores, quanto trouxe a organização dos bancos de dados de restrição ao crédito que auxiliam os fornecedores e ditam para quem é viável vender e quem já possui histórico de inadimplência, além de outras disposições acerca da relação de consumo.

3 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E SEUS ELEMENTOS.

Rizzato Nunes (2012, p.120) descreve que haverá relação jurídica de consumo toda vez que: “[...] se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”.

Fabricio Bolzan (2014, p. 52) define relação jurídica de consumo como sendo: “[...] aquela **relação** firmada **entre consumidor e fornecedor**, a qual possui como **objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço**” (grifo do autor).

Insta salientar que essa relação jurídica sempre terá como sujeitos o fornecedor e o consumidor e como objeto produtos e serviços (CAVALIERI FILHO, 2008).

3.1 Elementos da Relação de Consumo

Os elementos da relação de consumo de acordo com Fabricio Bolzan (2014, p.53) são divididos em dois grupos: objetivos e subjetivos.

Os subjetivos consistem nos sujeitos da relação de consumo que são os consumidores e os fornecedores.

Já os objetivos baseiam-se nos objetos que os fornecedores almejam vender e os consumidores comprar ou contratar quais sejam: produtos e serviços.

3.1.1 Consumidor

Não é tarefa fácil conceituar consumidor, o art. 2º *caput* do Código de Defesa do Consumidor nos traz a seguinte definição: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Tal conceito é complementado pelos artigos 17 e 29 chamados pelo próprio CDC de consumidores por equiparação. O art. 17 prevê que: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” (BRASIL, 1990). Assim, este artigo abrange “Todas as vítimas de danos ocasionados pelo fornecimento de produto ou serviço defeituoso” (Garcia, 2014, p.39). Já o art. 29 cita que: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 1990). Desta forma o artigo nos demonstra que: “Todas as pessoas determináveis ou não, expostas às

práticas comerciais ou contratuais abusivas” (Garcia, 2014, p.39), são também consideradas consumidores.

Filomeno (2014, p.20) destaca que do ponto de vista econômico, “[...] consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens”.

Othon Sidou (1977) *apud* Filomeno (2014, p.22) descreve a mais exata e objetiva definição de consumidor da seguinte forma: “[...] Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para a sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente exigir [...]”.

Antônio Herman (p. 78) citado por Giancoli e Araújo Júnior (2012, p.32), afirma que o consumidor é:

[...] todo aquele que, para o seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informações colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.

A partir da vontade de se explicar efetivamente o que seria o consumidor e qual o seu papel na relação de consumo surgiram na visão da doutrina consumerista em geral e destacando a visão de Giancoli e Araújo Junior (2012, p.33-37) três teorias, quais sejam: a Teoria Maximalista ou Objetiva, a Teoria Finalista ou Subjetiva e Teoria Mista ou Finalista Aprofundada.

A Teoria Maximalista ou Objetiva descreve que o art. 2º do CDC merece uma interpretação mais ampla, para que com isso seja aplicado a um maior número de relações de consumo e não só ao destinatário final do produto ou serviço (GIANCOLI E ARAÚJO JUNIOR, 2012).

Diante desta teoria Giancoli e Araújo Junior (2012, p. 33) destacam que:

Identifica como consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou utiliza o serviço na condição de destinatário final, não importando se haverá uso particular ou profissional do bem, tampouco se terá ou não a finalidade de lucro, desde que não haja repasse ou reutilização do mesmo. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome. É necessário analisar, portanto, a simples retirada do bem do mercado de consumo, ou seja, o ato objetivo, sem se importar com o sujeito que adquiriu o bem, podendo ser profissional ou não. Não se encaixa nesse conceito, portanto, aquele que utiliza serviço ou adquire produto que participe diretamente do processo de transformação, montagem, produção, beneficiamento ou revenda, para o exercício de sua atividade.

Já a Teoria Finalista ou Subjetiva na visão de Giancoli e Araújo Junior (2012, p. 34) consumidor é: “[...] a pessoa física ou jurídica que retira definitivamente de

circulação o produto ou serviço do mercado, utilizando o bem de consumo para suprir uma necessidade ou satisfação pessoal, e não para o desenvolvimento de outra atividade de cunho profissional ou empresarial”. O autor ainda completa e destaca a interpretação feita de forma restrita: “Adota-se, assim, um conceito mais restrito de consumidor, levando-se em consideração a finalidade, ou seja, a razão da aquisição, deixando de ser analisada a vulnerabilidade no caso concreto”.

Por fim a Teoria Mista, Híbrida ou Finalismo Aprofundado, na opinião de Giancoli e Araújo Junior (2012, p.35):

[...] suaviza os conceitos trazidos pelo CDC, reconhecendo como consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou utiliza o serviço, mesmo em razão de sua atividade e até mesmo em razão de equipamentos ou serviços que sejam auxiliares de sua atividade econômica.

Claudia Lima Marques (2005, p.104) *apud* Giancoli e Araújo Junior (2012, p. 35): “[...] entende que a relação de consumo não se caracteriza pela simples presença de um fornecedor e um consumidor destinatário final de um bem de consumo, mas pela presença de um sujeito que, além de destinatário, deve ser, necessariamente, vulnerável”.

Giancoli e Araújo Junior (2012, p. 36) ainda destacam o Princípio da Vulnerabilidade, como sendo decisivo para o conceito de consumidor, conforme observado a seguir:

O princípio da vulnerabilidade (art. 4.º, I, do CDC) é o aspecto decisivo para determinação do conceito de consumidor. Sua análise garante a incidência do CDC a uma determinada relação como também permite sua exclusão, dando origem à noção de consumidor hipersuficiente, a exemplo das pessoas jurídicas que apresentem enorme porte financeiro e econômico.

Conclui-se, portanto que a Teoria Finalista Aprofundada é a adotada no CDC por ser o consumidor a parte mais vulnerável da relação de consumo e por abranger não somente o consumidor final, mas também aquele que adquire equipamentos para algum tipo de atividade de caráter econômico.

Observa-se no julgado abaixo, a teoria Finalista Aprofundada sendo adotada para fundamentar caso concreto, (BRASIL, 2012):

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e,

portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. Apesar da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equiparar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos. 7. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - REsp: 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA).

Sendo assim, fica claro e evidente que nos dias atuais é aplicada a Teoria Finalista Aprofundada para a resolução de casos envolvendo dúvida do que se encaixa no conceito de consumidor e sobre a aplicabilidade do CDC ao caso concreto.

3.1.2 Fornecedor

Para Plácido e Silva (1986, p. 138) *apud* José Geraldo Brito Filomeno (2014, p.43), fornecedor é “[...] derivado do francês ‘fournir’ (fornecer, prover), de que se compôs ‘fournisseur’(fornecedor), entende-se todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários a seu consumo”.

O conceito legal de fornecedor vem especificado no art. 3º *caput* do CDC que prevê o seguinte:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
(BRASIL 1990)

João Batista de Almeida (2000, p.41) *apud* Leonardo Garcia (2014, p.40) explicita o fornecedor de um ângulo diferenciado:

Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda espalhados por todo o território. Nesse ponto, portanto, a definição de fornecedor se distancia da de consumidor, pois, enquanto este há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal.

O conceito de fornecedor na visão de Giancoli e Araújo Junior (2009, p.38) é muito mais extenso que se possa imaginar e compartilhando o entendimento de Cavalieri Filho (2008, p.29) este é um gênero do qual derivam muitas espécies. Assim, define Nunes (2012, p. 139) que fornecedor “é gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importado e o comerciante são espécies” não se limitando somente a estas.

Conclui-se assim que para ser caracterizado fornecedor necessita-se de requisitos básicos, são eles: a habitualidade, exercício de atividade econômica organizada e autonomia no exercício da atividade. (GIANCOLI E ARAÚJO JUNIOR, 2009).

A habitualidade está caracterizada pela continuidade da prestação de serviço ou produtos, sendo que, quem “fornece” eventualmente não é fornecedor. O exercício da atividade econômica organizada esta ligado ao desenvolvimento de uma atividade que se destina única e exclusivamente ao lucro. Já a autonomia no exercício da atividade se relaciona com o fato de o fornecedor ser autônomo no desenvolver de suas atividades (GIANCOLI E ARAÚJO JUNIOR, 2009).

3.1.3 Produtos

O § 1º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor traz o conceito de produto, qual seja, “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Rizzato Nunes (2012, p.139) faz referência ao conceito de produto do art. 3º §1º como sendo:

[...] universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).

Na visão de Sergio Cavalieri Filho (2008, p.63), “[...] produto é utilizado em seu sentido econômico e universal, isto é, aquilo que resulta o processo de produção ou fabricação”.

Já Filomeno (2014, p. 48) mistura o conceito de produtos com o de bens e prefere assim chama-los explicando o motivo de na sua concepção serem a mesma coisa: “[...] entendemos que fosse melhor falar-se em bens e não produtos, porquanto o primeiro termo retro referido é muito mais abrangente e, aliás, mais técnico tanto do ponto de vista jurídico, como do ponto de vista da economia política”. E completa fazendo uma comparação direta com o direito do consumidor “E tal aspecto fica ainda mais evidente , quando se tem em conta que no caso trata-se de bens como efetivos objetos das relações de consumo, ou seja, como aquilo que está entre [...] os dois sujeitos da dita relação de consumo”.

Na visão de Giancoli e Araújo Junior (2009, p. 41) produtos também podem ser considerados bens e descrevem o seguinte: “Produtos são necessariamente bens econômicos introduzidos pelo fornecedor no mercado de consumo. Os produtos resultam de um processo de produção ou fabricação, ou seja, resultante de atividade empresarial em série de transformação econômica”.

Sendo assim, entende-se que bens por ser uma expressão mais ampla é a melhor palavra para definir produtos.

O CDC em seu art. 26 classifica os produtos em duráveis e não duráveis, porém, é fácil distingui-los sendo os duráveis bens corpóreos que não se desgastam após seu uso regular e, os não duráveis são bens corpóreos que se extinguem na medida em que se utiliza regularmente (GIANCOLI E ARAÚJO JUNIOR, 2009).

3.1.4 Serviços

O conceito de serviço está presente no art. 3º § 2º que diz assim: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Fabricio Bolzan (2014) destaca que a definição legal de serviços chama atenção para três aspectos: requer remuneração, não inclui as relações trabalhistas, menção dos serviços de natureza bancária.

A exigência de remuneração entende-se pela contraprestação feita pelo consumidor ao contratar o serviço. (BOLZAN, 2014).

Leonardo Garcia (2014) destaca que o serviço deve ser remunerado e não pode resultar de relação de trabalho.

Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 65) vai além e explica que:

[...] característica marcante da abrangente definição de serviços, para fins de proteção do consumidor, é a de que os mesmos devem ser prestados **mediante remuneração** – com expressa ressalva daquela prestação de serviços decorrente de contrato de trabalho, mediante vínculo de subordinação e dependência com o contratante, porque, neste caso, regida pelas leis trabalhistas. No sobejante, de observância obrigatória os requisitos da **profissionalidade**, da **habitualidade** e do recebimento de **contraprestação em dinheiro** (grifo do autor).

Porém, o código abrange também os chamados serviços gratuitos, o que contradiz o disposto no artigo anteriormente citado, mas o doutrinador Fabricio Bolzan menciona que “[...] o Código de Defesa do Consumidor substituiu a classificação dos negócios onerosos e gratuitos pela de remunerados e não remunerados”.

Logo, Lima Marques *apud* Fabricio Bolzan (2014, p. 125) explica de forma simplificada para um melhor entendimento desta tese que diz o seguinte:

Ou o **serviço é remunerado diretamente** pelo consumidor;
Ou o **serviço não é oneroso** para o consumidor, **mas remunerado indiretamente**, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor;
Ou o **serviço não é oneroso de maneira nenhuma** (serviço gratuito totalmente) nem o fornecedor é remunerado de nenhuma maneira, pois, se este fosse “remunerado” indiretamente, haveria enriquecimento sem causa de uma das partes (grifo do autor).

Já no que tange aos serviços de natureza bancária, reza a doutrina que há uma discussão em relação a este tipo serviço ser ou não objetos da relação de consumo (BOLZAN, 2014). De acordo com Fabrício Bolzan (2014, p. 127) ocorre que “[...] desde a época do anteprojeto sobre a sua inclusão ou não como objeto da relação de

consumo, até os dias atuais, em que sempre aparece um projeto de lei com o intuito de excluir as atividades bancárias do conceito de serviço de consumo”. A doutrina e a jurisprudência do STJ e do STF no intuito de tentar resolver tal controvérsia decidiram de acordo com Fabricio Bolzan (2014, p.128) “[...] pela incidência do CDC aos serviços bancários em razão de suas atividades se enquadrarem, sim, no conceito de objeto das relações de consumo”.

Destacados os pontos mais importantes do conceito de serviços, passa-se ao ponto principal deste trabalho e finalmente abordar os bancos de dados responsáveis diretos por guardar informações sobre os consumidores e de fundamental importância para os fornecedores.

4 BANCOS DE DADOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO

Os bancos de dados de restrição ao crédito, na visão de Fabricio Bolzan (2014, p. 565), seriam uma afronta aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da intimidade, vida privada, honra e imagem dos consumidores e outros direitos descritos na Constituição Federal, como a livre concorrência, pelo fato de serem potencialmente nocivas ao consumidor às informações fornecidas.

Em contrapartida, descreve que de um lado encontra-se o direito dos consumidores de terem informações relacionadas a eles protegidas e, em outro viés, os direitos dos fornecedores poderem escolher se querem se relacionar com pessoas inadimplentes que potencialmente gerariam um prejuízo ao seu negócio (BOLZAN, 2014).

Mesmo mexendo com a personalidade do consumidor não há que se falar em inconstitucionalidade no que tange ao uso dos bancos de dados e cadastros de consumidores (OLIVEIRA, 2014). Não há inconveniente algum em relação aos serviços de proteção ao crédito, eles somente ajudam a melhor avaliar os riscos dos negócios.

Há que se destacar que existe uma diferença no que se chama de bancos de dados e cadastros de consumidores. Oliveira (2014, p. 240) diferencia de forma bem sucinta tal diferenciação, da seguinte forma:

Nos **bancos de dados**, a informação advém dos fornecedores (SPC, Serasa Experian) e seu destino é o mercado. Os bancos de dados podem ter diversas funções como: obtenção de informações para fins históricos, estatísticos, mercadológicos etc. (grifo do autor).

Já nos **cadastros de consumidores**, é o próprio consumidor que oferece seus dados ao fornecedor e consumidor. A fonte de informação é consumidor e o destino é um específico fornecedor. Tal prática é muito comum nos estabelecimentos que atendem em domicílio. Para se evitar a coleta de dados todas as vezes que o consumidor solicitar um produto ou serviço, os dados já são armazenados e assim que o consumidor entra em contato o fornecedor já o encontra em seu cadastro (grifo do autor).

Entendida tal diferenciação, passa-se ao estudo do conteúdo do artigo 43 que regula em sua essência os bancos de dados.

4.1 Conteúdos do artigo 43 e seus Efeitos

Durante muito tempo, as relações de consumo entre fornecedores e consumidores eram feitas de forma simples e sem garantia nenhuma para ambas as partes. Desta forma a compra e venda acontecia sem sequer alguém ter informações

básicas sobre aquele cliente, como: histórico de adimplemento, dívidas, endereço, situação do CPF entre outras.

Assim, surgiu a necessidade de se criar uma fonte de informações onde se concentrasse toda informação necessária para liberação do crédito e controle interno da empresa para que diminuísse assim o número de inadimplentes. Focados então nessa diminuição de prejuízos, criaram os órgãos de proteção ao crédito que através de seus bancos de dados, onde quem quer que seja tem acesso as informações neles contidas, filtram de certa forma o “bom pagador” e o “mau pagador”. Nesse sentido pensa Sergio Cavaleri (2008, p.167):

Os bancos de dados de proteção ao crédito desempenharam relevante papel no mercado de consumo. Sem eles seria praticamente impossível a concessão de crédito, mola propulsora da atividade de todos os agentes econômicos. Basta lembrar que ninguém consegue crédito junto a qualquer estabelecimento financeiro sem um mínimo de informações a seu respeito, que permitam avaliar os riscos da operação.

A lei consumerista disciplina os bancos de dados em seu art. 43, ficando concentrados praticamente nesse único dispositivo.

Rizzato Nunes (2012, p. 648), menciona que o art. 43 “[...] regula os bancos de dados e cadastros de todo e qualquer fornecedor público ou privado e que contenham dados do consumidor, relativos à sua pessoa ou às suas ações enquanto consumidor”.

Herman e Benjamin (2011, p. 422) destacam a importância dos bancos de dados:

[...] representam uma das manifestações da sociedade de consumo, isto é, da velocidade que imprime nas relações contratuais e econômicas em geral. Melhor dizendo, trata-se, a um só tempo, de manifestação e condicionante da sociedade de consumo, pois é provável que sem tais organismos não teríamos o crédito facilitado e massificado, um dos pilares dessa forma de organização do mercado.

O *caput* do art. 43 dispõe o seguinte: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes” (BRASIL, 1990).

Referente ao direito de acesso as informações que se encontram presentes nestes bancos de dados e cadastros de consumo, comenta Leonardo Garcia (2014, p.343): “Sobre o direito de acesso, o *caput* do art. 43 é expresso ao obrigar os órgãos responsáveis pelo armazenamento dos dados e dos cadastros a fornecer aos consumidores, quando solicitadas, todas as informações arquivadas, assim como a respectiva fonte”. E ainda completa: “O acesso deve ser imediato, devendo ser fornecido logo após o requerimento do consumidor”. A pessoa que dificultar esse

acesso pode responder por crime, previsto no art. 73 do CDC o qual será discutido mais a frente.

O referido art. 43 não discute o direito que o credor tem de negativar seus clientes, isso é indiscutível, tendo em vista que a inclusão se dá pela inadimplência do consumidor e observados os parâmetros legais o fornecedor está no exercício regular do seu direito (NUNES, 2012).

O §1º do artigo 43, explicitado logo abaixo, traz a regulamentação das informações negativas, ou seja, a forma que estas informações devem ser inseridas nestes órgãos: [...] § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. [...] (BRASIL, 1990).

Quando o artigo cita que os cadastros devem ser objetivos é com única e exclusiva finalidade de auxiliar na concessão do crédito, nesse sentido Bessa (2014, p. 351), entende que:

O atributo da objetividade evidencia a finalidade teórica dos bancos de dados de proteção ao crédito: auxiliar a decisão de um fornecedor sobre a concessão ou não de um crédito a alguém. Portanto, a valoração das informações é tarefa a ser realizada pelo destinatário das informações, pelo consulente dos arquivos, e não pelas entidades de proteção ao crédito.

A clareza também mencionada no §1º supracitado é no sentido de que os dados inseridos nos bancos de dados devem revelar a real situação que ocasionou a anotação, nesse sentido Bessa (2014, p. 350) expõe:

Pelo atributo da clareza, há que ser entendido que os dados devem revelar, ao máximo, a realidade da situação geradora do registro. Isso significa, especialmente se conjugado com o requisito da veracidade, que a informação deve ser precisa e completa, de modo a possibilitar que o destinatário dos dados possa efetivamente analisar o grau de solvência da pessoa interessada na obtenção do crédito. [...] não se permitem registros de débitos que apenas informem o nome do credor, sem indicar o valor da dívida e a respectiva data do vencimento.[...] A clareza é fundamental para uma correta avaliação dos riscos do crédito.[...]

No que tange a informação verdadeira Bessa (2014, p. 348) destaca que trata-se de atributo fundamental, relatando que: “A informação falsa ou inexata simplesmente não serve para avaliar corretamente a solvência da pessoa interessada na obtenção do crédito”. O mesmo autor ainda conclui (2014, p. 349) que: “O não atendimento do atributo da veracidade é, provavelmente, o que mais tem provocado o Poder Judiciário a se manifestar sobre os limites de atuação dos bancos de dados de proteção ao crédito”.

Nesse sentido Oliveira (2014, p. 241) interpreta que:

Os bancos de dados e cadastros de consumidores só poderão utilizar-se de informações verdadeiras. Entende-se por informação verdadeira aquela que diga respeito exatamente à situação do consumidor de forma atualizada. A jurisprudência é firme no sentido de que, em caso de registro negativo com informações falsas, cabe indenização por danos morais e materiais.

No que se refere à linguagem de fácil compreensão, Bessa (2014, p. 349) destaca que é no sentido de que o interessado possa compreender facilmente a informação ali exposta, conforme demonstrado a seguir:

A exigência com relação a registro de fácil compreensão [...] objetiva que o interessado, ao exercer o direito de acesso, possa compreender exatamente o conteúdo e significado da inscrição, até para, se for o caso, exigir a retificação e o cancelamento da informação. [...]. Não se aceitam, portanto, informações codificadas, linguagem técnica, prolixa, bem como utilização de idioma estrangeiro.[...]

Ainda quanto ao §1º do art. 43, é importante destacar que essas informações não podem permanecer por tempo superior a 5 (cinco) anos em tais cadastros de consumo.

A doutrina diverge nessa questão e Herman e Benjamin (2011, p. 471) afirmam que o CDC possui dois tipos de prazos para regulamentar a permanência desses dados nos arquivos de consumo.

A primeira corrente não questiona o prazo do artigo supracitado e conta os 5 (cinco) anos a partir da inclusão do consumidor inadimplente ao banco de dados, conforme abordado por Herman e Benjamin (2011, p. 472):

[...] mais próximo da semântica mandamental do CDC, comando autorregulamentar da SERASA, quando dispõe que “os registros permanecerão na Base de Dados de Pendências Bancárias pelo prazo de 5 (cinco) anos, quando então serão excluídos automaticamente, salvo se não houver qualquer comando de exclusão antes desse período”. Melhor seria, em vez de utilizar linguagem sinuosa (“salvo se não houver qualquer comando de exclusão antes desse período”), fazer referência expressa à prescrição da ação de cobrança, como impõe o Código.

Porém, de acordo com Stürmer (1993, p. 25) *apud* Herman e Benjamin (2011, p. 471), essa teoria não prospera e faz uma grande crítica, pois, se fosse contado o prazo da data do registro as anotações perdurariam por muito tempo prejudicando o consumidor e indo contra o Código de Defesa do Consumidor, que visa principalmente proteger este que é a parte mais vulnerável da relação de consumo:

O termo inicial de contagem do prazo deve ser o da data do ato ou fato que está em registro e não a data do registro, eis que se assim fosse, aí sim, a lei estaria autorizando que as anotações fossem perpétuas. Bastaria que elas passassem de um banco de dados para outro ou para um banco de dados novo.

A segunda corrente defende que o prazo conta-se do vencimento da parcela inadimplida e o quinquênio começa a contar deste termo inicial não sendo levado em

conta o momento em que a informação chega aos bancos de dados. Herman e Benjamin (2011, p. 471) dizem:

Como sucede com todo prazo, importa inquirir o momento a partir do qual ele é contado. No que se refere ao quinquênio, sua computação toma por base a data da ocorrência que deu origem ao dado depreciador (= fato gerador) não tendo qualquer relevância o momento em que a informação é arquivada; ou, dito de outra forma, o lapso “começa a fluir após o vencimento da obrigação, sendo indiferente o prazo de comunicação do SPC ou registro nele lançado”.

Dessa forma o legislador quis fixar um prazo para que a informação fique exposta a sociedade começando a ser contado do momento em que se encontra vencida a parcela, sendo este prazo máximo de 5 (cinco) anos e veio a ser positivado pela Súmula 323 do STJ: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução” (BRASIL, 2009).

Ainda sobre o prazo de negativação, o §5º do art. 43 prevê o seguinte: “Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores” (BRASIL, 1990). Dessa forma Herman e Benjamin (2011, p. 469) explicam que:

[...] exaurido o quinquênio ou o prazo prescricional da ação de cobrança, devem ser excluídas as informações depreciativas, mas não todas aquelas constantes do arquivo de consumo, especialmente as que tenham fisionomia positiva exceto se esta fisionomia aparentemente positiva carrear um juízo negativo implícito.

Esse prazo prescricional do § 5º deve ser interpretado juntamente com o §1º e Rizzato Nunes (2012, p. 658) nos deixa uma explicação:

Mesmo que a dívida esteja representada por títulos cuja ação de execução tenha um prazo menor do que 5 anos para ser proposta, ainda assim, o prazo máximo da negativação será de 5 anos. Essa posição está, inclusive, em consonância com a hipótese de prescrição do crédito conforme estipulado no Código Civil de 2002. Isso porque o art. 206, § 5º, I, permite que, mesmo com títulos prescritos, possa o credor fazer a cobrança mediante outro procedimento judicial, como a ação monitória ou a ação ordinária, até o prazo de 5 anos.

Já no que tange ao §2º do art. 43, este dispõe que: “A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele” (BRASIL, 1990). Bessa (2014, p. 357) esclarece que: “[...] o dispositivo dispensa a comunicação quando houver solicitação do próprio consumidor”. O mesmo autor chama a atenção para o fato de que “A ausência

de comunicação, por si só, enseja o dever de indenizar”, segundo o seguinte julgado (BRASIL, 2005) :

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO NEGATIVO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA. OBRIGATORIEDADE. ART. 43, § 2º, DO CDC. INDENIZAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO. 1. Dissídio jurisprudencial comprovado, em conformidade com o art. 541, § único, do CPC, e art. 255, e parágrafos, do Regimento Interno desta Corte. 2. As Portarias, conquanto tenham natureza normativa, não viabilizam a abertura da via especial, destinada, esta, à interpretação da lei federal e à uniformização na sua exegese, nos exatos termos do art. 105, III, da Lei Maior. Precedente. 3. O prequestionamento, necessidade de o tema objeto do recurso especial haver sido examinado pelo acórdão recorrido, "constitui exigência inafastável de própria previsão constitucional, ao tratar de recurso especial". Sem o exame da matéria objeto do especial pelo Tribunal de origem, incide a Súmula 211 desta Corte. Precedente. 4. Conforme entendimento firmado nesta Corte, cabe às entidades credoras providenciar o cancelamento da anotação negativa do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito, quando quitada a dívida. Precedentes. 5. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, "de acordo com o artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e com a doutrina, obrigatória é a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção ao crédito, sendo, na ausência dessa comunicação, reparável o dano oriundo da inclusão indevida". Precedentes: REsp. 442.483/RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 12.05.2003; REsp. 471.091/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ 23.06.2003; REsp. 285.401/SP, Rel. Min. RUY ROSADO AGUIAR, DJ 11.06.2001. 6. A indenização por dano moral deve se revestir de caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o constrangimento suportado pelo consumidor, sem que caracterize enriquecimento ilícito e adstrito ao princípio da razoabilidade. 7. In casu, tendo em vista o valor total das dívidas que ocasionaram o apontamento negativo (R\$ 155,00), o reconhecimento pela autora da existência dos débitos, o fato de não ter sido comprovado à ocorrência efetiva de maiores embaraços por conta das anotações, fixo a indenização em R\$ 300,00 (trezentos reais). 8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido

(STJ - REsp: 768988 RS 2005/0122303-3, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 23/08/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.09.2005 p. 346)

Aludido artigo faz referência ao direito que o consumidor tem de ser comunicado da inclusão de seu nome nos bancos de dados e assim descreve de forma sábia Araken de Assis *apud* Herman e Benjamin (2011, p. 474) que “[...] não basta que a anotação seja verdadeira. É preciso comunicá-la ao consumidor, para que ele ciente da mesma, não passe a situação vexatória de tomar conhecimento através de terceiro, recusando conceder-lhe, em razão dela, o pretendido crédito”.

Rizzato Nunes (2012, p. 649) se faz o seguinte questionamento:

É de perguntar, então, por que determinou a lei essa notificação ao consumidor inadimplente.

A resposta é a de que o aviso serve para:

a) respeitar direito constitucional da garantia da dignidade e imagem do consumidor;

- b) dar prazo para que o consumidor tome medidas (extrajudiciais ou judiciais) para se opor à negativação quando ilegal; ou
- c) ter chance de pagamento da dívida, impedindo a negativação (ou mesmo negociar a dívida).

A respeito da comunicação da inscrição, Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 359, *in verbis*: “Cabe ao órgão que mantém o cadastro de proteção ao crédito à notificação do devedor antes de proceder à inscrição” (BRASIL, 2008), desta forma a obrigação de comunicar o consumidor incumbe ao órgão responsável pelo registro (SPC, SERASA) e não o fornecedor de produtos ou serviços.

Posteriormente foi editada a súmula 404 que dispensa o Aviso de Recebimento das correspondências que notificam o consumidor: “É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros” (BRASIL, 2009). Esta súmula que foi editada posteriormente diminuía o alcance da que foi editada primeiro e Tartuce e Amorim (2014, p. 435) fazem uma crítica no que diz respeito à súmula 404 dizendo o seguinte:

Com o devido respeito, trata-se de um verdadeiro ultraje ao conceito de boa-fé objetiva, a tirar parte da eficácia da Súmula 359 do próprio Tribunal da Cidadania. Por óbvio, diante de um sistema de inversão do ônus da prova, existente a favor do Código de Defesa do Consumidor, deveria o órgão que mantém o cadastro provar que houve a cientificação concreta do consumidor, o que não é acompanhado pela lamentável Súmula 404, que deveria ser cancelada. A boa-fé objetiva deve ser tida como concreta e efetiva e não baseada em mera ficção ou suposição, como era no passado, o que demonstra que um marco evolutivo do Direito Privado não foi acompanhado pela Súmula 404 do STJ.

De acordo com Bessa (2014, p. 358): “A lei, em relação ao meio de comunicação, exige que seja por escrito. Não tem qualquer valor jurídico comunicação oral ou encaminhada por meio eletrônico”, mas, reiteradas decisões dispensam a apresentação de AR, ou seja, é suficiente a prova do envio da comunicação sobre a inclusão do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito, ainda que o consumidor não tenha recebido o aviso.

Leonardo Roscoe Bessa (2013, p.340) *apud* Júlio Moraes Oliveira (2014, p.244) entende que: “[...] a indenização civil por registro irregular, decorrente de ausência de comunicação, deve ser suportada tanto pela entidade arquivista como pelo fornecedor, que poderá ajuizar, num segundo momento, ação regressiva”.

Segue abaixo jurisprudência relativa à inscrição sem prévia notificação:

RECLAMAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR NO CADASTRO DE INADIMPLENTES SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. ART. 43 §2º, DO CDC 1 É assente nesta Corte o entendimento de que a ‘ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de

proteção ao crédito, prevista no art. 43. §2º do CDC, enseja o direito a compensação por danos morais, salvo quando preexistir inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto' (REsp 1.061,134/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, Dje 1º/4/2009 – submetido ao rito do art. 543-C do CPC). 2. Reclamação precedente.” (STJ – Rel 4.417/MS – Segunda seção – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Dje 01.06.2012). (Oliveira, Júlio Moraes, 2014, p. 244)

A jurisprudência anteriormente citada ao mencionar que quando preexiste inscrição feita regularmente contra o consumidor desabona o direito ao dano moral, confirma o que a Súmula 385 do STJ prevê: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento” (BRASIL, 2009).

Em relação à súmula 385, Bruno Miragem (2011, p.215) *apud* Fabricio Bolzan (2014, p. 577) expõe sua tese, na qual relata que:

Nosso entendimento, contudo, é de que a visão expressa pela súmula resulta de uma concepção restrita da Corte com relação ao conceito de dano moral, especialmente considerando o reconhecimento da finalidade de desestímulo do que se reveste a indenização nestes casos. O fato de existirem inscrições legítimas em desfavor do consumidor inadimplente não parece suficiente para descaracterizar o dano causado pela inscrição indevida, sobretudo se considerado que a violação do direito neste caso, restará sem qualquer sanção.

Concluindo assim que, referida súmula é enfática sobre o fato de que se a pessoa negativada indevidamente já tinha “antecedente” de inadimplências, perde o direito a pleitear que seu dano seja reparado, tendo como garantia apenas o cancelamento da inscrição feita de forma indevida.

O §3º do art. 43 é um dos mais importantes em se tratando do tema do presente trabalho, e dispõe o seguinte: “O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas” (BRASIL, 1990).

Primeiro é necessário destacar que o consumidor tem direito de ter corrigidos imediatamente os dados informados sobre ele que sejam incorretos.

Em relação ao § 3º Rizzato Nunes (2012, p. 660) relata o seguinte:

Quanto ao § 3º, diga-se que a exigência do consumidor para alterar os dados incorretos existentes a seu respeito ou em vias de serem anotados pode ser feita tanto extra quanto judicialmente, cabendo ao consumidor, como sempre, o direito de pleitear o pagamento de indenização pelos danos materiais e/ou morais sofridos em função do registro inexato, ainda quando ele foi concertado, se o dano foi causado à época da anotação indevida.

Além de poder pleitear danos morais e materiais conforme mencionado por Nunes, a pessoa que deixa de corrigir a informação inexata imediatamente pode responder por crime do art. 73 do CDC e diante da importância do tema tratado, Bessa (2014, p. 354) destaca que as informações devem procurar atender ao máximo os atributos do §1º:

Os arquivos de consumo devem – na mesma intensidade que o próprio titular dos dados – possuir o máximo de interesse em que as informações registradas em suas bases atendam a todos os atributos já indicados, especialmente o da veracidade. A tipificação criminal da conduta, consistente em deixar de corrigir imediatamente registro que sabe ou deveria saber inexato, evidencia que o banco de dados deve ser extremamente diligente quanto à veracidade da informação, tanto na ocasião inicial do registro como enquanto este permanecer.

Prezando sempre em manter a veracidade das informações ali inseridas, o órgão deve solicitar do consumidor tudo que prove que ele não deve e procurar saber da real situação quando da inclusão do nome do consumidor nesses bancos de dados para que não haja erros, observa-se nesse caso o que Bessa (2014, p.355) diz sobre isso:

É com base nesse interesse que os arquivos de consumo, em especial as entidades de proteção ao crédito (SPC, Serasa, CCF etc.), devem permitir, e até estimular, que o consumidor apresente tudo que for possível (recibos, declarações, documentos diversos, laudos periciais, testemunhas) para demonstrar que determinada informação deve ser corrigida ou cancelada. Assim, diante do exercício do direito de retificação, o banco de dados deve realizar ampla apuração a respeito dos fatos que inclui, entre outras diligências, consulta à fonte e análise dos documentos apresentados pelo consumidor.

Vale destacar que o ônus de provar a existência da dívida contraída e não paga é sempre do fornecedor, em função disso Herman e Benjamin (2011, p.487) sustenta que:

Tirante elementos mínimos ou *prima facie*, não está a cargo do consumidor a tarefa final de provar a propriedade ou a improbidade do registro. Muito ao contrário, incumbe ao arquivo de consumo demonstrar que procedem a invasão de privacidade que praticou e a disseminação ampla dos dados coligados. [...] O que se prova não é a honestidade, mas o desvio, a desonestidade. Quem dissemina e propaga, e com isso lucra, prova. Se não consegue provar, ou se não conta com prova suficiente, ou se paira dúvida, expurga (grifo do autor).

Em relação ao prazo para correção a lei menciona dois prazos: o prazo para retificação que é “imediato” e o prazo de 5 (cinco) dias para comunicar a alteração das informações incorretas. Diante destes prazos previstos em nosso ordenamento jurídico Herman e Benjamin (2011, p. 486) destacam:

Cabe ressaltar que o prazo de cinco dias não se aplica à retificação, que é “imediate”, mas sim ao dever de informar terceiros da incorreção de dados fornecidos pelo arquivista. Ao dever de correção não se concede qualquer lapso: tem ele que ser cumprido de forma instantânea, sem delongas.

O vocábulo imediatamente quer dizer o seguinte: a emenda é feita pelo arquivista logo após ter os elementos caracterizadores da incorreção ou, de outra maneira, lhe faltarem subsídios para a sua manutenção. De qualquer modo, embora a mera contestação do consumidor não crie o dever de corrigir, tal basta para suspender, enquanto dure o procedimento de confirmação, a veiculação do dado controvertido, até como forma de prevenir ou mitigar dano moral ou patrimonial, na hipótese de comprovação da erronia.

A jurisprudência é firme no prazo de cinco dias para a correção dos dados inexatos, porém, dá margem para que a partes acordem prazo diverso sem que se torne algo abusivo, conforme é visto na decisão (BRASIL, 2012):

CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. CANCELAMENTO DO REGISTRO. OBRIGAÇÃO DO CREDOR. PRAZO. NEGLIGÊNCIA. DANO MORAL. PRESUNÇÃO.

1 Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento das dívidas, devem providenciar o cancelamento do registro negativo do devedor. Precedentes.

2 Quitada à dívida pelo devedor, à exclusão do seu nome deverá ser requerida pelo credor no prazo de 5 (cinco) dias, contados da data em que houver o pagamento efetivo, sendo certo que as quitações realizadas mediante cheque, boleto bancário, transferência interbancária ou em outro meio sujeito à confirmação, dependerão do efetivo ingresso do numerário na esfera de disponibilidade do credor.

3 Nada impede que as partes, atentas as peculiaridades de cada caso, estipulem prazo diverso do ora estabelecido, desde que não se configure uma prorrogação abusiva desse termo pelo fornecedor em detrimento do consumidor, sobretudo em se tratando de contratos de adesão.

4 A inércia do credor em promover a atualização dos dados cadastrais, apontando o pagamento, e conseqüentemente, o cancelamento do registro indevido, gera o dever de indenizar, independentemente da prova do abalo sofrido pelo autor, sob forma de dano presumido Precedentes.

5 Recurso especial provido.”

(REsp 1.149.998/RS, j. 07.08.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 15.08.2012).

O dispositivo de Lei 8.078/90 que faz menção a existência de tais bancos de dados ainda traz a característica de serem entidades de caráter público é o art. 43 que assim o prevê: “Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público” (BRASIL, 1990).

O principal objetivo desse dispositivo foi permitir que fosse impetrado *habeas data* contra os bancos de dados de proteção ao crédito, pois, a comparação leva a aplicação do art. 5º, LXXII, alínea “a” da Constituição Federal de 1988 (BESSA, 2014) que estabelece que: “[...] conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (BRASIL, 1988).

Desta forma, Bessa (2014, p. 347) relata que: “É possível à utilização do *habeas data* para acesso às informações arquivadas nos bancos de dados de restrição ao crédito, bem como para exigir a correção ou cancelamento, se for o caso, de dados inexatos [...]” não valendo assim o veto expresso do art. 86, mencionado no *caput* do art. 43.

Bessa (2014, p. 348) completa dizendo que: [...] os arquivos de consumo, com destaque para as entidades de proteção ao crédito (Serasa, SPC, CCF), atuam em seara permeada pelo *interesse público*, não havendo falar, portanto, em exclusão ou atenuação dos deveres impostos às atividades arquivistas” (grifo do autor).

Assim, como forma de tutelar os interesses do credor, foram criados os serviços de proteção ao crédito com o intuito de proteger a relação de consumo.

4.2 Breve Análise da Lei 12.414/ 2011

O cadastro positivo de consumidores foi criado pela recente Lei 12.414/2011 originária da MP 783 de 30 de dezembro de 2010, esta em seu preâmbulo, traz o seguinte enunciado: “Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais e de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito” (Fabricio Bolzan, 2014).

O objetivo de tal cadastro é formar uma lista de informações sobre o consumidor relacionadas efetivamente com a sua pontualidade no compromisso da compra, formando assim um banco de dados universal que possa ser consultado por quem quiser ter acesso a suas informações e gerando benefícios a quem dele utiliza (BOLZAN, 2014).

Antes os bancos de dados optavam sempre por informações chamadas de negativas que por sua vez retratavam a subsistência de dívida vencida e não paga. Hoje em dia o que ocorre com a promulgação da Lei 12.414/2011, é que a prioridade se tornou outra bem diferente, o que se prima hoje é pelo histórico de bom pagamento relativo ao consumidor (BESSA, 2014), ou seja, com o advento de referida lei prima-se pela informação positiva.

O artigo 1º dispõe que a Lei 12.414/2011 será aplicada juntamente com o CDC: “Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

Leonardo Roscoe Bessa (2014, p.326) diz o seguinte sobre o artigo 1º da Lei 12414/2011:

O art. 1º da Lei 12414/2011 estabelece explícita referência ao Código de Defesa do Consumidor- Lei 8078/1990 e a necessidade de aplicação conjunta e coordenada, harmônica, entre os dois diplomas legais. A lei reforça o que a doutrina tem denominado diálogo das fontes, ou seja, a necessidade atual de interpretação e análise conjunta de diversos diplomas legais incidentes sobre o mesmo fato (suporte fático), afastando-se postura hermenêutica que procura, antes de conciliar, concluir pela revogação total ou parcial das leis mais antigas. Essa é a tendência atual, ou pós-moderna, como preferem alguns.

Embora seja antiga e conhecida a máxima de que os fatos são mais rápidos e dinâmicos do que o direito (as normas), nas últimas décadas a sociedade tem sofrido mudanças cada vez mais céleres e inesperadas, deixando o legislador perdido e atrasado. Como resposta, surgem leis principiológicas, narrativas, com inúmeras cláusulas gerais que conferem mais liberdade de interpretação, ao lado de leis especiais que ora consideram preponderantemente a qualidade do sujeito (consumidor, idoso, adolescente, portador de deficiência) ou determinada atividade (plano de saúde, serviços de telecomunicações, incorporação imobiliária, transporte aéreo etc.). O art. 1º da Lei 12414/2011, atento a essa realidade, é explícito quanto à necessidade de se promover diálogo das fontes entre a nova lei e o Código de Defesa do Consumidor, o qual disciplina os “bancos de dados e cadastros de consumidores” no seu art. 43 [...]. Objetivamente, podem ser estabelecidas as seguintes conclusões: 1) a lei não revoga qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor; 2) os princípios (boa-fé objetiva, transparência, proteção à dignidade do consumidor, entre outros) do Código de Defesa do Consumidor, bem como seus conceitos legais e doutrinários (consumidor, fornecedor, banco de dados, e cadastro de consumo), devem ser considerados e aproveitados na interpretação da Lei 12414/2011; 3) eventual omissão (lacuna) de uma norma deve ser suprida pela outra; 4) eventual conflito entre diplomas deve ser resolvido, com a técnica da proporcionalidade, sob as luzes da Constituição Federal, prevalecendo, no caso concreto, a norma que mais densifica princípio ou valor constitucional.[...]

A lei em seu art. 2º traz alguns conceitos de suma importância, o qual segue abaixo:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - **banco de dados**: conjunto de dados relativo à pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro;

II - **gestor**: pessoa jurídica responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados;

III - **cadastrado**: pessoa natural ou jurídica que tenha autorizado inclusão de suas informações no banco de dados;

IV - **fonte**: pessoa natural ou jurídica que conceda crédito ou realize venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro;

V - **consulente**: pessoa natural ou jurídica que acesse informações em bancos de dados para qualquer finalidade permitida por esta Lei;

VI - **anotação**: ação ou efeito de anotar, assinalar, averbar, incluir, inscrever ou registrar informação relativa ao histórico de crédito em banco de dados; e

VII - **histórico de crédito**: conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica (grifo nosso).

(BRASIL, 2011)

Ainda segundo a Lei do Cadastro Positivo, em seu art. 3º §2º, são necessárias para a formação do banco de dados que as informações sejam objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão:

[...]

§ 2º Para os fins do disposto no § 1o, consideram-se informações:

I - **objetivas**: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;

II - **claras**: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;

III - **verdadeiras**: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e

IV - **de fácil compreensão**: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados (grifo nosso).

[...]

(BRASIL, 2011)

Já o art. 3º §3º da lei prevê a fim de resguardar ainda mais o consumidor, que são proibidas informações excessivas e informações sensíveis, e o próprio texto legal conceitua o que seriam estas informações, conforme segue abaixo:

[...]

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

I - **informações excessivas**, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II - **informações sensíveis**, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas (grifo nosso).

(BRASIL, 2011)

A inclusão do consumidor no dito cadastro positivo requer prévia autorização e segue o rito do art. 4º *caput* da Lei 12.414/2011, que diz o seguinte: “A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada” (BRASIL, 2011).

Logo após, advém o §1º do art. 4º que prevê que a anotação de informações independe de autorização ou comunicação ao cadastrado, ou seja, para a abertura do cadastro, se torna necessária a prévia autorização e assinatura do cadastrado, mas, uma vez inscrito a sua anotação no mesmo, não necessita mais de precedente consentimento.

O art. 5º estabelece os direitos do cadastrado, conforme observado abaixo:

Art. 5º São direitos do cadastrado:

I - obter o cancelamento do cadastro quando solicitado;

II - acessar gratuitamente as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros,

por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar as informações de adimplemento;

III - solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até 7 (sete) dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados com os quais ele compartilhou a informação;

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

V - ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento;

VI - solicitar ao consultante a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e

VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

(BRASIL, 2011)

De acordo com Tartuce e Amorim (2014, p. 455), o art. 8º da Lei “[...] expõe quais são os deveres das fontes frente aos cadastros”:

Art. 8º São obrigações das fontes:

I - manter os registros adequados para demonstrar que a pessoa natural ou jurídica autorizou o envio e a anotação de informações em bancos de dados;

II - comunicar os gestores de bancos de dados acerca de eventual exclusão ou revogação de autorização do cadastrado;

III - verificar e confirmar, ou corrigir, em prazo não superior a 2 (dois) dias úteis, informação impugnada, sempre que solicitado por gestor de banco de dados ou diretamente pelo cadastrado;

IV - atualizar e corrigir informações enviadas aos gestores de bancos de dados, em prazo não superior a 7 (sete) dias;

V - manter os registros adequados para verificar informações enviadas aos gestores de bancos de dados; e

VI - fornecer informações sobre o cadastrado, em bases não discriminatórias, a todos os gestores de bancos de dados que as solicitarem, no mesmo formato e contendo as mesmas informações fornecidas a outros bancos de dados.

Parágrafo único. É vedado às fontes estabelecerem políticas ou realizarem operações que impeçam, limitem ou dificultem a transmissão a banco de dados de informações de cadastrados que tenham autorizado à anotação de seus dados em bancos de dados.

(BRASIL, 2011)

A respeito de mencionada Lei, Leonardo de Medeiros Garcia (2014, p.353), concluí que:

Por fim, tem-se cogitado, na seara do crédito, da utilização de informações positivas do consumidor, tais como pontualidade do pagamento, rendimentos; patrimônio; comprometimento do orçamento mensal; dentre outros, a fim de agregar valor e fomentar melhor os negócios. Quem defende a utilização de tais informações, assegura que o fornecedor poderá, principalmente, estabelecer uma taxa de juros menor para o consumidor, caso o conheça melhor. Essa abordagem busca conhecer o potencial do consumidor, discriminando quanto tempo ele está ativo no mercado, quanto ele compra e qual o grau de pontualidade. Entretanto, o tema é bastante criticado por alguns juristas, seja por envolver restrição do direito a privacidade, seja por não assegurar, de forma prática, os benefícios que serão concedidos aos consumidores.

Sendo assim foram destacados os artigos da Lei 12414/2011 de mais importância, enfatizando que a lei traz muitos conceitos e que interpretada junto com o CDC torna-o mais esclarecedor e que mesmo sendo uma lei recente tem sua aplicabilidade efetivada perante o consumidor.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL: REPARAÇÃO DE DANOS AOS CONSUMIDORES LESADOS

Neste capítulo, que é o principal enfoque do presente trabalho, será analisada a responsabilidade civil desde o seu conceito no âmbito civilista, passando pelas suas funções, as espécies de responsabilidade, os elementos da responsabilidade civil, as excludentes de forma geral no Código Civil e as de forma específica no Código de Defesa do Consumidor. E por fim tem por objetivo destacar de quem é a responsabilidade de reparar os danos aos consumidores lesados pela negativação indevida e pelo abalo de crédito.

5.1 Aspectos Sobre a Responsabilidade Civil

José de Aguiar Dias (2012, p. 1) já começa introduzindo a responsabilidade dizendo que “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade” destacando a dificuldade de se fixar um conceito de Responsabilidade Civil.

Giancoli e Araújo Júnior (2009, p.60) fazem uma comparação entre a responsabilidade civil e a penal:

[...] um diâmetro mais amplo que a penal. Somente as condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal. No que diz respeito à forma de repercussão, a responsabilidade civil viabiliza, quanto possível, por meio de um valor pecuniário arbitrado para compensar ou reparar o dano, ao passo que a responsabilidade penal se viabiliza com a pena. Por tratar-se de uma sanção mais intensa, a sanção penal é monopólio estatal, diferentemente do que ocorre com a sanção civil, hipótese que o ordenamento delega ao particular a ação para restabelecer-se, a custo do ofensor, no *status quo* anterior à ofensa.

Neste diapasão, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p.45) falam sobre a responsabilidade civil da seguinte forma: “Compreendê-la e tentar respondê-la é um desafio ao jurista, dentro da imensa gama de relações abrangidas pelo tema”.

Assim, para entendê-la é necessário primeiramente obter um conceito do que é RESPONSABILIDADE.

5.1.1 Conceito

A palavra responsabilidade se encontra presente no Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1995, p. 679), assim descrita: “RESPONSABILIDADE, S.f. (Lat., de *respondere*, na acep. De assegurar, afiançar) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito[...].” (Dicionário Jurídico, 1995 p. 679 *apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 47)

A Responsabilidade Civil está disposta do artigo 927 ao 943 do Código Civil, porém não fica restrita somente a este ramo do Direito sendo aplicada subsidiariamente a outros diplomas normativos.

Tal responsabilidade é outorgada a um indivíduo que nos termos do Art. 927 do Código Civil, “Pratica um ato ilícito, causando um dano e ficando este obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002). Parece fácil, mas fixar um conceito uniforme a Responsabilidade Civil é uma grande dificuldade devido às várias formas de abrangência do conceito e os entendimentos de renomados doutrinadores.

Savatier (*Traité de la responsabilité civile*, 1939) *apud* Silvio Rodrigues (2008, p.6) define responsabilidade civil como “A obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.”

Maria Helena Diniz (2006, p.40) resume a responsabilidade civil como: “Aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causados a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Venosa (2009, p.1) diz que o termo responsabilidade: “É utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar”.

Tartuce (2014, p.306) diz que a responsabilidade civil: “[...] Surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p.47) concluem que responsabilidade civil nada mais é, portanto que, “Uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências

essas que podem variar (reparação de danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.

Desta forma, o conceito de responsabilidade civil é muito mais amplo que se imagina e pode ser visto e analisado de vários ângulos possíveis, podendo ser resumido na responsabilidade que o ser humano tem de reparar o dano por ele causado a outra pessoa em razão de ato praticado por ele sem a devida observância das consequências o que pode gerar uma indenização.

5.1.2 Funções da Responsabilidade Civil

A função da responsabilidade civil é o papel que ela tem a desempenhar, seu objetivo a atingir perante o ordenamento jurídico e para satisfazer os que dele necessitam para obter seu dano reparado, ou seja, a função é o que norteia a responsabilidade civil.

Segundo Giancoli e Araújo Junior (2009, p. 60): “A responsabilidade civil tem como objetivo a realização de processos sociais de adaptação, integração e continuidade de um convívio social pacífico”.

Verifica-se que as principais funções da responsabilidade civil são: a Função Ressarcitória; Função Compensatória; Função Punitiva; e Função Sócio-preventiva.

A função ressarcitória tem o objetivo de restaurar o *status quo*, ou seja, o retorno das partes ao momento anterior à ocorrência do dano, para isso fixa-se uma indenização para reparação do dano provocado. Para Giancoli e Araújo Júnior (2009, p. 61) “A função ressarcitória é um conjunto de regras garantidoras do patrimônio da vítima lesada”.

A função compensatória é no sentido de que há bens que não conseguem ser ressarcidos pelo valor de cunho pessoal, como sentimentos de tristeza e dor, no entanto o caráter de prazer que o dinheiro nos proporciona neutraliza a dor causada pelo dano. (GIANCOLI E ARAUJO JUNIOR, 2009).

A função punitiva é vista por dois lados, o primeiro é que por ser uma sanção que consiste na retirada de bens do agente, mexendo literalmente no “bolso” do responsável e segundo causa uma comoção social, ou seja, transforma-se em um exemplo a ser seguido pela sociedade. (GIANCOLI E ARAUJO JUNIOR, 2009).

Já a função sócio-preventiva tem como objetivo evitar, prevenir que o dano aconteça. Giancoli e Araújo Júnior (2009, p. 63) destacam que: “Esta função deve ser

exercida pelo Estado, por meio de órgãos regulatórios, além de outras entidades da sociedade, pois é uma obrigação de todos prevenir a ocorrência de danos e, na medida do possível, aumentar o nível de segurança dos indivíduos”.

5.1.3 Espécies de Responsabilidade

Embora a responsabilidade como gênero tenha um mesmo conceito, há que diferenciá-la em alguns aspectos quando se trata das espécies.

5.1.3.1 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva e a Adotada pelo CDC

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 57) começam explicando que “A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo”. Destaca-se ainda que o ato ilícito acarreta, em regra, dever de reparar o dano. Nesses casos o ônus da prova é sempre do autor que deve provar a culpa do réu.

O oposto ocorre quando a responsabilidade é objetiva, onde não se torna necessário comprovar o elemento culpa, nesse caso não importa a conduta do agente causador do dano sendo necessário somente o nexo de causalidade ente a conduta e o dano causado para que haja o dever de indenizar.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 31) explica a teoria adotada para justificar a responsabilidade objetiva nas seguintes palavras:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia do risco, ora encarada como “risco proveito”, que se funda no princípio o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

É certo que, em regra, a teoria adotada pelo sistema civil brasileiro é a teoria subjetiva conforme se verifica no artigo 186 do CC, que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002) caracterizando a culpa quando o agente age com negligência ou imprudência.

Por outro lado, há entendimentos no sentido de que a teoria objetiva não foi abandonada de vez, prova disso é que o código civil em seu artigo 927 parágrafo único dispõe que, “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002) neste artigo fica clara a ausência da culpa quando o artigo se refere explicitamente “independente de culpa”.

O CDC adotou como regra a responsabilidade civil objetiva (OLIVEIRA, 2014), a qual não é necessária à comprovação de culpa para que possa haver o ressarcimento dos danos sofridos.

5.1.3.2 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual e a Adotada pelo CDC.

A Responsabilidade Contratual basicamente deriva de uma obrigação prevista em um contrato, ou seja, é o descumprimento de uma norma contratual fixada entre as partes. A responsabilidade contratual decorre do inadimplemento das obrigações, e está presente nos artigos 389 a 420 do mesmo diploma legal que também faz referência ao ato ilícito e ao abuso de direito.

Já a responsabilidade Extracontratual que ao contrario da contratual não deriva de um contrato, também chamada de Aquiliana, deriva da violação direta de um dispositivo legal. A responsabilidade extracontratual se encontra presente dos artigos 927 a 954 fazendo menção ao ato ilícito e ao abuso de direito quando cita os artigos 186 e 187.

Quando a responsabilidade é extracontratual, o agente viola um dever descrito na lei, e na contratual descumpre o que foi combinado, havendo uma violação de um acordo prévio feito entre as partes, já na extracontratual não existe nenhum vínculo jurídico entre autor (que pratica o ato ilícito) e a vítima (GONÇALVES, 2008).

O Código Civil de 2002 prevê as duas modalidades de responsabilidade, a extracontratual nos artigos 186 a 188 e 927 a 954 e a contratual nos artigos 389 a 395, mas não destacou nenhuma diferença nos dispositivos (GONÇALVES, 2008).

GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2012, p. 62) destacam as diferenças básicas entre as duas formas de responsabilização, “Três elementos diferenciadores podem ser destacados, a saber, *a necessária preexistência de uma relação jurídica entre*

lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto à culpa; e a diferença quanto à capacidade” (grifo do autor).

Enquanto o Código Civil de 2002 adotou o sistema dualista quando o assunto é responsabilidade civil, e se encontra dividido em contratual ou negocial e extracontratual ou aquiliana, o Código de Defesa do Consumidor representa uma inovação em relação a esse modelo dualista unificando a responsabilidade civil em extracontratual, ou seja, para esse sistema normativo não importa se a responsabilidade surgiu de um contrato ou não, para isso Calixto citado por Tartuce (2014, p. 129) explica que “[...] Para a Lei Consumerista, pouco importa se a responsabilidade civil decorre de um contrato ou não, pois o tratamento diferenciado se refere apenas a produtos e serviços, enquadrando-se nos últimos a veiculação de informações de oferta e publicidade”.

Verifica-se então que o Código de Defesa do Consumidor adota em regra a responsabilidade objetiva e solidária entre fornecedores e consumidores, visando à reparação integral do dano, sendo que o consumidor não tem que comprovar a culpa.

Neste diapasão, José Geraldo Brito Filomeno (2014, p.211), prevê que a Teoria adotada efetivamente no CDC é a objetiva a qual se encontra presente no art. 12 do CDC reafirmando a desnecessidade de comprovação da culpa, o qual segue abaixo:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
(BRASIL, 1990)

Compartilhando desse pensamento José Geraldo Brito Filomeno citado por Tartuce (2014, p. 130-131) apresenta alguns pontos fundamentais para explicar a responsabilidade objetiva prevista no CDC:

a) a produção em massa; b) a vulnerabilidade do consumidor; c) a insuficiência da responsabilidade subjetiva; d) a existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades, e) o fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda. Relativamente ao ultimo fator, leciona o jurista mencionando a sua origem romana: “como já de resto diziam os romanos , ‘ ubi emolumentum ibi ônus, ubi comoda, ibi incommoda’; ou seja, quem lucra com determinada atividade que representa um risco a terceiro deve também responder pelos danos que a mesma venha a acarretar”.

Assim o CDC quebra a ideia do CC em relação à responsabilidade ser subjetiva, ou seja, da necessidade de comprovação da culpa *lato sensu* o que na visão de Tartuce

(2014 p, 131) “Engloba o dolo (intenção de causar prejuízo por ação ou omissão voluntária) e a culpa *stricto sensu* (desrespeito a um dever preexistente, seja ele legal, contratual ou social)”. Sendo assim entende-se que no CC a responsabilidade objetiva é exceção, já no CDC é vista como regra.

Só que como toda regra tem sua exceção, aqui não e diferente, tratando-se da regra da responsabilidade objetiva do CDC faz-se necessário registrar aqui a exceção disposta no artigo 14, § 4 ° do Código de Defesa do Consumidor, o qual retrata a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Assim prevê o artigo 14, *ipsis litteris*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).

Isso ocorre pelo fato dos profissionais liberais obterem autonomia profissional agindo individualmente, e haver expressa previsão nesse sentido evidenciando que são uma exceção à regra, sendo necessária demonstração da culpa para caracterizar o dano.

5.1.4 Elementos da Responsabilidade

O objetivo deste módulo é apresentar os elementos da responsabilidade civil, ou seja, o que é preciso ter para caracterizar o dever de indenizar.

Não há um consenso na doutrina acerca de quais são exatamente os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, alguns autores citam a culpa como elemento outros já não fazem o mesmo.

Tartuce (2014, p. 358) em sua obra destaca os principais (inclusive a culpa) quais sejam: conduta humana, culpa (entendimento pacificado), verificada quando mencionado no art. 186: “negligência ou imprudência”, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo.

A seguir cada elemento será conceituado separadamente, a fim de que se possa ter uma visão melhor do que seja cada elemento e onde ele influencia para uma correta classificação da responsabilidade civil.

5.1.4.1 Conduta humana.

O primeiro elemento que caracteriza a obrigação de indenizar é a conduta, para configurar a conduta é preciso um mínimo de vontade do agente.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 73) dizem que a conduta humana “É a voluntariedade, que resulta exatamente na liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”.

A conduta pode ser comissiva (conduta positiva) ou omissiva (conduta negativa), nesse sentido aduz Flávio Tartuce (2014, p. 359):

Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda à demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

Embora em regra o ordenamento mencione a responsabilidade por ato próprio, o CC de 2002 permite imputar responsabilidade a alguém que em razão de uma conduta de terceiro, a quem o responsável está ligado, de algum modo por um dever jurídico (GIANCOLI e ARAUJO JUNIOR, 2009) conforme pode ser analisado nos artigos 932 e 933 do Código Civil os quais seguem abaixo onde o art. 933 cita a possibilidade de responsabilizar os terceiros e o art. 932 traz o rol dos que serão responsabilizados:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

(BRASIL, 2002)

É necessário destacar ainda que a ilicitude acompanha a conduta, e que em regra a conduta humana gera a ilicitude e conseqüentemente o dever de indenizar, sendo que pode ocorrer às vezes de a pessoa ser responsável por danos que não foram diretamente provocados por ela como é o caso de responsabilidade por ato de terceiros descrita no art. 932 do CC (TARTUCE, 2014, p. 360 e 361).

No mesmo sentido Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2003, p. 22, *apud* GAGLIANO E PAMPOLONA FILHO, 2012 p. 77) relata que:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever.

Nesse sentido conclui-se que a conduta necessita da vontade, de uma ação ou omissão, terceiros alheios a este acontecimento também podem ser responsabilizados e tal ação é acompanhada por um ato ilícito.

5.1.4.2 Culpa

Alguns doutrinadores denominam a culpa de elemento acidental, concluindo que ela não faz parte dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, porém já se encontra pacificado na doutrina que quando na ação ou na omissão o agente não age com o devido cuidado está configurada a culpa, podendo ter agido de outra forma.

Não é tarefa fácil definir culpa, mas José de Aguiar Dias (1979; p.136) *apud* Silvio de Salvo Venosa conceitua a culpa como: "[...] Falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude."

Para falar sobre culpa é necessário fazer uma diferenciação entre culpa genérica (*lato sensu*) e culpa estrita (*stricto sensu*).

A culpa *lato sensu* é a do dolo, TARTUCE (2014, p.361) diz que: "O Dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem".

Já no que tange a culpa *stricto sensu* TARTUCE (2014, p. 362) explica que esse tipo de culpa "Pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta".

Tartuce (2014, p. 363) ainda relata que a culpa está ligada a três modelos jurídicos, subjetivos, os quais utiliza-se do quadro a seguir, para conceitua-los e diferencia-los:

Quadro 1

- Imprudência:	falta de cuidado + ação (prevista no art. 186 do CC).
- Negligência:	falta de cuidado + omissão (também constante do art. 186 do CC)
- Imperícia:	falta de qualificação ou treinamento de um profissional para desempenhar uma determinada função (própria dos profissionais liberais, consta do art. 951 do CC, para os que atuam na área da saúde.

Fonte: Tartuce, 2014.

Sendo assim, maior parte dos doutrinadores entende que a culpa está presente no art. 186 do CC quando mencionado que se precisa do dano em si, ou seja, a culpa em *lato sensu*, e/ou da culpa *stricto sensu* onde o artigo cita a negligência e a imprudência, se olvidando da imperícia que se encontra implícita para que ocorra efetivamente o ato ilícito e por consequência a responsabilidade civil.

5.1.4.3 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é mais um dos pressupostos da responsabilidade civil, pois é necessário que haja uma relação de causalidade entre o fato ilícito e o dano produzido para que este ocorra.

Giancoli e Araújo Júnior (2009, p. 67) dizem que o nexo causal é “Um elemento referencial entre a conduta e o resultado, através do qual é possível concluir quem é o individuo imputável pelo dano”.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 134) e Gustavo Tepedino (2006, p. 63) e Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 33-110) *apud* Tartuce (2014, p. 374) também relatam em suas obras as principais teorias que explicam o nexo de causalidade também chamada de Teorias Justificadoras do nexo de causalidade dentre as quais destacam as principais que seriam: Teoria da equivalência de condições também chamada de “*conditio sine qua non*”, Teoria da causalidade adequada e Teoria da causalidade direta ou imediata, ou teoria da interrupção do nexo causal.

A teoria da equivalência de condições também chamada de “*conditio sine qua non*” (condição sem a qual não), é definida por Giancoli e Araújo Júnior (2009, p. 68) como:

[...] a soma de todas as condições tomadas em conjunto, positivas ou negativas. O efeito dano (uno e incindível) não poderá ser subdividido em partes, atribuindo-se a cada uma delas condição isolada e autônoma. Condição é causa sempre que não se possa suprimi-la mentalmente, sem que o evento venha a ser eliminado. Logo, todas as condições (antecedentes necessários, não suficientes) se equivalem.

Embora essa teoria seja a adotada no direito penal, é rechaçada pelo direito civil, pois amplia muito o nexo de causalidade considerando elemento causal tudo o que tenha contribuído para o desenvolvimento dos fatos.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 331 e 332), cita exemplos dos absurdos dessa teoria:

[...] de que o nascimento de uma pessoa não pode, absolutamente, ser ido como causa do acidente de que foi vítima, embora possa ser havido como condição *sine qua non* do evento; na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender, segundo tal teoria, a responsabilidade pelo evento ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetuou; ou talvez se tivesse de responsabilizar também como partícipe do adultério, o marceneiro que fez a cama na qual se deitou o casal amoroso.

Devido a esses absurdos que essa teoria não é adotada pelo Código Civil quando o assunto é nexo de causalidade, pois não tem cabimento ampliar tanto assim a abrangência deste instituto.

A próxima teoria é a da Causalidade Adequada, teoria pela qual se deve identificar a condição causadora do dano adequada para produzi-lo.

Giancoli e Araújo Junior (2009, p.69) descrevem essa teoria dizendo que ela “Examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer á luz da experiência comum. Significa dizer que a ação tem que ser idônea para produzir o resultado”.

Para essa teoria deve-se verificar a possível causa que gerou o dano, sendo assim somente a causa relevante que se resulta no evento danoso, gera a responsabilidade civil de indenizar, aplicando a indenização de acordo com os fatos (TARTUCE, 2014).

A terceira teoria citada é chamada de Teoria do Dano Direto e Imediato ou Teoria da Interrupção do Nexo Causal, sobre essa teoria Tartuce (2014, p. 374) diz: “Havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a consequente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente”.

Das teorias citadas acima a que se encontra explicitamente de acordo com o disposto no CC/2002 em seu art. 403, é a teoria do Dano Direto e Imediato conforme o artigo: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela *direto e imediato*, sem prejuízo do disposto na lei processual” (grifo nosso) (BRASIL, 2002).

A teoria adotada é a da causalidade adequada, disposta nos artigos 944 e 945 do CC/2002, *in verbis*:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

(BRASIL, 2002)

Todos dois artigos mencionam que a quantidade da indenização será de acordo com a proporcionalidade do dano causado.

Conclui-se, portanto, que aplica-se as duas teorias dependendo da análise do caso concreto não havendo unanimidade nem na doutrina e nem na jurisprudência.

5.1.4.4 Dano ou prejuízo.

Não é possível caracterizar a responsabilidade civil sem esse elemento, se não for o mais importante, é um dos mais, pois, se não ocorrer o dano ou prejuízo não há que se falar em obrigação de indenizar.

Agostinho Alvim (p.171 e 172) *apud* Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.337), conceitua o dano como:

[...] em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida pelo patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

Esse dano possui requisitos para ser indenizável, pois o objetivo da responsabilidade civil é uma sanção dada a um responsável pelo prejuízo causado em desfavor de outrem, mesmo que não retorne ao *status quo ante* (estado que era antes) fixa-se uma importância pecuniária para compensar o dano causado (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012), de acordo com os seguintes requisitos: violação de um interesse jurídico protegido, certeza e subsistência.

A violação de um interesse jurídico protegido consiste no fato de que o dano tem que ser causado a um bem jurídico patrimonial ou extrapatrimonial, pertencente a uma pessoa física ou jurídica (GIANCOLI E ARAÚJO JÚNIOR, 2009).

A certeza é caracterizada no sentido de que ninguém deve ser obrigado a reparar um dano abstrato ou hipotético, ou seja, o dano tem que ser certo e efetivo (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012).

Já a subsistência significa que o dano deve permanecer ativo no momento em que for postulado em juízo, ou seja, não há que se falar em dano se este já foi reparado perdendo o objetivo para o qual foi intentada a ação (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012).

Giancoli e Araújo Junior (2009, p. 71) fixam um quarto elemento, chamado de Imediatidade que “significa que só se indenizam, em regra, os danos diretos e imediatos” isso ocorre pela aplicação do disposto no art. 403 do CC que prevê o seguinte: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2002).

Mas a doutrina majoritária cita apenas os 3 mencionados acima como principais entendendo que os demais são elementos de secundários e extrínsecos (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012).

Como citado anteriormente a doutrina divide o dano em patrimonial ou material e em extrapatrimonial também chamado de dano moral.

Ao definir o dano patrimonial verifica-se que este causa prejuízos ao patrimônio corpóreo de uma pessoa jurídica, natural ou ente despersonalizado (TARTUCE, 2014).

O dano patrimonial é medido a partir do dano emergente (o que efetivamente se perdeu) e os lucros cessantes (o que deixou de ganhar) de acordo com o art. 402 do CC 2002: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (BRASIL, 2002)”.

O dano extrapatrimonial mais conhecido por dano moral na visão de Tartuce (2014, p. 408) é uma “Compensação pelos males suportados”.

Giancoli e Araújo Júnior (2009, p. 72) relatam que o dano moral abrange vários aspectos da pessoa humana e explicam que muitas vezes não estão diretamente ligados a sua dignidade, expondo da seguinte forma:

Os danos extrapatrimoniais englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados a sua dignidade. Nessa categoria incluem-se os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, direitos autorais, relações afetivas, convicções etc. Resulta daí que o dano extrapatrimonial, em sentido amplo, envolve diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considera esta

em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Como demonstrado o dano extrapatrimonial vai além do patrimônio e atinge o lado pessoal do ser humano, e surgiu para compensar o que o de certa forma não se “paga”.

A natureza jurídica do dano moral é classificada sob a visão de Tartuce (2014) pelo surgimento de três correntes diferentes e ainda afirma que não há unanimidade quanto à teoria adotada que seria a adotada.

A primeira corrente relata que os danos morais tem um objetivo meramente reparatório ou compensatório sem qualquer intenção de disciplinar para que quem praticou aquele ato jamais volte a praticá-lo.

Esta corrente está um pouco a quem dos pensamentos de hoje, pois, o dano moral não abarca mais essa visão de somente reparar o dano, pelo contrario vai mais além que isso.

A segunda corrente vem demonstrar exatamente isso, o caráter disciplinador do dano moral, esta tese é adotada nos Estados Unidos da América, porém essa corrente não era muito aceita em nosso ordenamento, o que vem mudando nos dias atuais.

A terceira corrente é uma mistura das duas primeiras e nas palavras de Tartuce (2014, p. 427), significa que: “A indenização por dano moral está revestida de um *caráter principal reparatório* e de um *caráter pedagógico ou disciplinador acessório*, visando coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal” (grifo do autor).

Tartuce (2014) também enumera alguns critérios para fixação do *quantum* indenizatório, destacando mais uma vez que a doutrina não é unanime na aplicação de tais quesitos e que geralmente no Brasil tudo é fixado em salários-mínimos, tais critérios podem ser retirados dos artigos 944 e 945 do CC/2002:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

(BRASIL, 2002)

Pode se destacar desses artigos, os principais elementos que o magistrado analisa para fixar a indenização por danos morais (TARTUCE, 2014): a extensão do dano, as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos, as condições psicológicas das partes e o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Assim, verifica-se de fato o que é analisado pelo juiz no momento da fixação do quanto indenizar a pessoa que foi lesada.

5.2 Excludentes do Dever de Indenizar e a Cláusula de Não Indenizar.

Para encerrar o assunto no que tange a responsabilidade civil, faz-se necessário mencionar as chamadas excludentes do dever de indenizar, que são entendidas por Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.149) como: “Todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexó causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória”.

Na doutrina de Flávio Tartuce as excludentes do dever de indenizar são divididas da seguinte forma: legítima defesa, estado de necessidade ou remoção de perigo iminente, exercício regular de direito ou das próprias funções, excludentes do nexó de causalidade (que abrangem a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior), e por fim a cláusula de não indenizar.

A legítima defesa é conceituada por Barros e Aguirre (2008, p. 163) da seguinte forma: “Exclui a reparação do dano a vítima quando o agente revida de imediato uma agressão atual ou iminente e injusta a um direito seu ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários”.

A legítima defesa encontra-se presente no art. 188 do CC, inciso I, primeira parte: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]” (BRASIL, 2002).

A autotutela não é aceita no Brasil, porém em algumas situações o indivíduo pode utilizar-se de meios necessários para repulsar atos de injusta agressão (TARTUCE, 2014).

Para um claro entendimento de legítima defesa é imprescindível utilizar-se do conceito do art. 25 do Código Penal que prevê que: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940).

Venosa (2009, p.55) enfatiza que a legítima defesa não abrange somente os bens materiais, mas também valores da personalidade como a honra e a boa fama.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 436) relata que: “Se o ato foi praticado contra o próprio agressor, e em legítima defesa, não pode o agente ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados”, impedindo assim a ação de reparação de danos.

Já no que tange a legítima defesa contra terceiro ou seus bens, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 436) se pronuncia no sentido de que: “Se o agente, por erro de pontaria (*aberratio ictus*), [...] atingir um terceiro, ficara obrigado a indenizar os danos a este causado. E terá ação regressiva contra o injusto ofensor”.

Insta salientar que a legítima defesa putativa, não exclui a responsabilidade de indenizar, pois de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 437) “[...] somente exclui a culpabilidade e não a antijuridicidade do ato”.

Já a legítima defesa praticada com excesso por parte de seu agente, este possui o dever de indenizar, porém na proporcionalidade da conduta realizada. (TARTUCE, 2014)

O estado de necessidade também conhecido por remoção de perigo iminente, encontra-se presente no art. 188 do CC/2002 em seu inc. II que prevê que: “Não constituem atos ilícitos: [...] II -. a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente” (BRASIL, 2002).

Venosa (2009, p.56) conceitua e dá exemplos de estado de necessidade:

O agente, por exemplo, para desviar-se de um precipício, na direção de veículo, lança-se sobre uma pessoa; para desviar-se de uma árvore que tomba a sua frente inopinadamente, invade e danifica a propriedade alheia. Encontra-se justificativa para o mal causado à vítima na remoção de mal iminente. O indivíduo, na iminência de ver atingido direito seu, ofende direito alheio. O ato, em sua essência, seria ilícito, mas a lei reconhece que há uma excludente [...].

Dessa forma, observa-se que quando está em estado de necessidade à pessoa que pratica o ato quer remover perigo sob o qual está exposta, porém neste ato de remover o perigo de si, causa dano a outrem, mas isso não tira a responsabilidade de reparar o dano sendo tão somente um meio de defesa (VENOSA, 2009).

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.150), diferenciam o estado de necessidade da legítima defesa explicando que: “Diferentemente do que ocorre com a legítima defesa, o agente não reage a uma situação injusta, mas *atua para subtrair um direito seu ou de outrem de uma situação de perigo concreto*” (grifo do autor).

É importante salientar que dois artigos do Código Civil merecem destaque se aplicando ao estado de necessidade, os quais seguem abaixo:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art.188, não forem culpados do perigo assistir-lhes-á direito a indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

(BRASIL, 2002)

De acordo com o Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 597) em relação as estes dois artigos explicam que: “Quanto ao primeiro dispositivo, este dispõe que agindo a pessoa em estado de necessidade (ou remoção de perigo iminente) em situação de não causada por aquele que sofreu o prejuízo, permanecerá o dever de indenizar”, já em relação ao segundo dispositivo este “traz o direito de regresso do agente contra o real culpado do efeito danoso”. Sob a visão de Maria Helena Diniz *apud* Barros e Aguirre (2008, p.163-164) estado de necessidade consiste na: “Ofensa do direito alheio para remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

O exercício regular de direito ou das próprias funções também não é passível de indenização (VENOSA, 2009). Este se encontra presente no art. 188 inc. I (segunda parte) já citado anteriormente.

Venosa (2009, p. 56) descreve que: “No exercício de um direito, o sujeito deve manter-se nos limites do razoável, sob pena de praticar ato ilícito”. Logo após o mesmo autor destaca que se faz necessário ter um conceito do que seria abuso de direito e menciona que o mesmo se encontra presente no art. 187, dispositivo que prevê que: “Comete abuso de direito quem excede manifestamente os limites impostos para o fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes relacionados ao direito em questão” (2009, p. 56).

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 154) resumem o exercício regular de direito da seguinte forma: “Se alguém atua escudado pelo Direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo direito”.

Já as excludentes do nexo de causalidade abrangem a *culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior* (grifo nosso).

No que tange a culpa exclusiva da vítima também chamada de fato exclusivo da vítima, desaparece a responsabilidade do agente, pelo fato de sumir a relação de causalidade entre o ato e o dano causado a vítima (GONÇALVES, 2008).

Aguiar Dias (1994, p. 693) *apud* Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.164) observa que: “Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”.

Ao analisar a nomenclatura de tal excludente nota-se que não há responsabilidade do agente em reparar o dano pelos simples fato que o mesmo também figura como a vítima do dano causado.

Já no que toca a culpa exclusiva de terceiros, apontada por alguns doutrinadores de fato, exclusivo de terceiro, segue a mesma linha de pensamento da anterior, não podendo haver uma responsabilização do agente devido ao fato de haver um rompimento do nexo de causalidade resultando no não dever de indenizar (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012).

Porém, Gonçalves (2008, p. 442) destaca que: “Em matéria de responsabilidade civil, no entanto, predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano. A culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano do dever jurídico de indenizar”.

A culpa exclusiva de terceiro vem regulamentada no art. 929 e 930 do CC e como já citado anteriormente cabe ação regressiva contra o terceiro causador do dano.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.158): “Dentre as causas excludentes de responsabilidade civil, poucas podem ser elencadas como tão polêmicas quanto à alegação de caso fortuito ou força maior”.

Em relação ao conceito de caso fortuito e força maior este se encontra presente no art. 393 do CC, que diz o seguinte:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.
(BRASIL, 2002)

Insta ressaltar que o Código Civil não faz diferença entre os dois institutos e o fato de ser inevitável é sua principal característica, sendo que o caso fortuito sempre decorre de fato alheio à vontade e a força maior resulta de fenômenos da natureza (GONÇALVES, 2008).

E por último e com cunho contratual, a cláusula de não indenizar, que tem por objeto um acordo entre as partes meio pelo qual estas excluem o dever de indenizar, caso não seja adimplida a obrigação (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012).

Silvio Rodrigues (2008, p.179) conceitua a cláusula de não indenizar como sendo:

Estipulação através da qual uma das partes contraentes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano este que, sem a cláusula deveria ser ressarcido pelo estipulante.

E há que se destacar que tal cláusula é vedada pelo nosso ordenamento jurídico por um motivo simples conforme nos ensina Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 169):

[...] a vulnerabilidade do consumidor aconselha a intervenção estatal no domínio da autonomia privada, para considerar abusiva a cláusula que beneficie a parte economicamente mais forte. Principalmente em se tratando de contratos de adesão, em que a manifestação livre de vontade do aderente é mais reprimida.

Diante da mencionada inaplicabilidade da cláusula de não indenizar e analisadas as excludentes presentes no Código Civil, passa-se agora a um estudo sobre as responsabilidades presentes no CDC e suas excludentes específicas.

5.2.1 As Responsabilidades pelo Fato e pelo Vício e suas excludentes.

Tartuce e Neves (2014, p.139) dividem a responsabilidade pelo fato e pelo vício em quatro modalidades, sendo elas: Responsabilidade pelo vício do produto, responsabilidade pelo fato do produto (defeito), responsabilidade pelo vício do serviço e responsabilidade pelo fato do serviço (defeito).

Antes de explicar cada uma delas, torna-se necessário fazer uma diferenciação entre vício e fato ou defeito, como é descrito por Leonardo Medeiros Garcia (2009, p. 107-124) *apud* Tartuce e Neves (2014, p. 139):

No vício - seja do produto ou do serviço -, o problema fica adstrito aos limites do bem de consumo, sem outras repercussões (prejuízos intrínsecos). Por outra via, no fato ou defeito - seja também do produto ou serviço -, há outras decorrências, como é o caso de outros danos materiais, de danos morais e dos danos estéticos (prejuízos extrínsecos) [...]. De outra forma, pode-se dizer que, quando o dano permanece nos limites do produto ou serviço, está presente o vício. Se o problema extrapola os seus limites, há fato ou defeito, presente, no último caso, o acidente de consumo propriamente dito.

Neste momento Rizzatto Nunes (2007, p.238-239) *apud* Tartuce e Neves (2014, p. 140) cita um clássico exemplo para melhor diferencia-los:

Dois consumidores adquirem dois liquidificadores em uma loja de departamentos e resolvem utilizar o produto para fazer um bolo. Quando o primeiro liga o aparelho, o motor estoura, fazendo com que a pá de liquidificação fure o copo e atinja a barriga do consumidor, que é hospitalizado. Na situação, está presente o fato do produto ou defeito. A segunda consumidora liga seu aparelho e os mesmos fatos acontecem. Porém, a pá do liquidificador fura o copo, mas não atinge o consumidor, estando evidenciado o vício do produto. Então arremata o jurista: “No primeiro caso, ele sofreu acidente de consumo. É defeito. No segundo, ela nada sofreu. Apenas o liquidificador deixou de funcionar. É vício”.

Feita essa diferenciação, verifica-se as características de cada uma dessas responsabilidades.

A responsabilidade pelo vício encontra-se dividida em responsabilidade pelo vício do produto e responsabilidade pelo vício do serviço.

A responsabilidade pelo vício do produto também chamado de vício por inadequação está presente no art. 18 (primeira parte) da lei 8.078/90 que diz o seguinte: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo [...] (BRASIL, 1990)”. De acordo com Tartuce e Neves (2014, p.146) este tipo de responsabilidade encontra-se presente quando: “[...] existe um problema oculto ou aparente no bem de consumo, que o torna impróprio para uso ou diminui o seu valor”.

O § 6º do mesmo artigo define com um rol exemplificativo do que seria impróprio para o consumo, como é visto a seguir:

[...]
§ 6º São impróprios ao uso e consumo:
I- Os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
II- Os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
III- Os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim que se destinam.
(BRASIL, 1990)

Há que se ressaltar que nesse caso todos os envolvidos são solidariamente responsáveis, sejam eles fabricantes, produtores ou comerciantes. Nesse tipo de responsabilidade não há hipóteses para excludentes (TARTUCE E NEVES, 2014).

A responsabilidade pelo vício do serviço trata-se do vício na realização do serviço e encontra-se prevista no art. 20 do CDC que dispõe os seguintes termos:

Art. 20 O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir alternativamente a sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

[...]

(BRASIL, 1990)

Sendo assim, aplica-se também a regra da responsabilidade solidária entre todos os envolvidos na prestação de serviços (TARTUCE E NEVES, 2014). Há que se destacar que neste caso também não há as chamadas excludentes de responsabilidades.

A responsabilidade pelo fato é dividida em responsabilidade pelo fato do produto e responsabilidade pelo fato do serviço.

A responsabilidade pelo fato do produto está presente no *caput* artigo 12 do CDC gerando o que de acordo com Tartuce e Neves (2014, p.160) é uma “responsabilidade objetiva, direta e imediata do fabricante”, e citado artigo prevê o seguinte:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

(BRASIL, 1990)

Tartuce e Neves (2014, p. 160) destacam que: “Presente o fato do produto, a Lei Consumerista assegura o direito de regresso daquele que ressarcir o dano contra o culpado, ou de acordo com o evento danoso (art. 13, paragrafo único, do CDC)”.

Já o §1º do art. 12 do CDC demonstra algumas circunstâncias relevantes para a classificação de um produto defeituoso:

[...]

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

[...]

(BRASIL, 1990)

Bruno Miragem (2010, p. 369) *apud* Tartuce e Neves (2014, p. 162) explica que o §1º do art. 12 divide os defeitos em três modalidades:

- *Defeitos de projeto ou concepção* – aqueles que atingem a própria apresentação ou essência do produto, que gera danos independentemente de qualquer fator externo. [...].

- *Defeitos de execução, produção ou fabricação* – relativos a falhas do dever de segurança quando da colocação do produto ou serviço no meio de consumo. [...].

- *Defeitos de informação ou comercialização* – [...] aqueles decorrentes as apresentação ou informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição ou riscos. [...].

Já o §3º do art. 12 do CDC representa as excludentes de responsabilidade pelo fato do produto, conforme aduz o artigo:

[...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

[...]

(BRASIL, 1990)

É ônus do fornecedor, provar a presença das hipóteses previstas no supracitado artigo, no caso concreto (OLIVEIRA, 2014). Além das excludentes destacadas no §3º do art.12 Júlio Moraes de Oliveira (2014, p. 164) cita mais dois tipos de excludentes quais sejam: “Caso fortuito e força maior e os riscos de desenvolvimento”. O mesmo autor (2014, p. 158-160) traz exemplos de cada uma dessas excludentes:

[...] caso de furto ou roubo da mercadoria defeituosa estocada pelo fornecedor. Se ocorrer uma dessas situações, o fornecedor não pode ser responsabilizado pelo fato, desde que tenha tomado todas as medidas cabíveis com relação à guarda do produto. A não colocação no mercado verifica-se pela ausência de voluntariedade do fornecedor. [...] o direito brasileiro é mais rigoroso, pois não basta mostrar a improbabilidade do defeito; deve-se demonstrar, de forma positiva, a inexistência do defeito conforme determina o art.12, §3º, II.

Na culpa exclusiva do consumidor, nota-se que a exclusão da responsabilidade opera-se apenas se o dano houver sido causado pela própria conduta do consumidor, ou seja, nas hipóteses de culpa concorrente, o fornecedor também responderá, podendo, na melhor das hipóteses questionar o valor do *quantum* indenizatório. A responsabilidade também é excluída no caso de culpa exclusiva de terceiro; todavia, para fins do CDC esse terceiro é qualquer pessoa estranha à relação fornecedor/consumidor, e, desse modo, o comerciante, não pode ser considerado como terceiro, já que, mesmo que sua responsabilidade seja subsidiária, ele pertence à relação de consumo.

[...]

Em geral, a expressão caso fortuito é usada para designar fato ou ato alheio à vontade das partes, ligado ao comportamento humano, como máquinas, risco da atividade de uma empresa, greve motins, guerras etc. Já a força maior, tem como características a externidade e inevitabilidade. Muitos a definem para acontecimentos externos ou fenômenos naturais, como raios, tempestades, terremotos ou fato do príncipe (*fait du Prince*). Também, hoje se fala em fortuito interno, ligado a pessoa, à coisa ou à empresa do agente, e fortuito externo, ligado realmente à força maior (*act of God*), eventos da natureza, estranha à pessoa. Para essa doutrina, somente o fortuito externo isentaria o

fornecedor da responsabilidade civil objetiva, já que o fortuito interno insere-se entre os riscos da atividade.

Desse modo, o STJ tem aceitado a hipótese de caso fortuito externo. [...].

Por fim, cabe alertar que o Código não incluiu entre as causas excludentes da responsabilidade os chamados riscos do desenvolvimento. São eles os riscos que não podem ser cientificamente conhecidos ao momento do lançamento do produto no mercado. Deve-se analisar o estado da ciência ou o estado de conhecimento da ciência e da técnica. O art. 12, §2º, afirma que “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”.

Atualmente, a doutrina se divide com relação à responsabilidade pelos riscos de desenvolvimento, mas a melhor doutrina vem entendendo que, em razão de uma justiça distributiva, não se pode permitir que o consumidor fique sem reparação em uma situação em que haja esse risco do desenvolvimento presente.

A responsabilidade pelo fato do serviço está previsto no art. 14, que de acordo com Tartuce e Neves (2014, p. 170), é uma responsabilidade “objetiva e solidária entre todos os envolvidos com a prestação”. Sendo assim, citado artigo prevê que: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (BRASIL, 1990). Logo após, em seu §1º define serviço defeituoso:

[...]

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

[...]

(BRASIL, 1990)

As excludentes da responsabilidade pelo fato do serviço se encontram previstas no §3º do art. 14, o qual segue de modo literal: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (BRASIL, 1990), tendo já tendo sido relacionadas e conceituadas anteriormente. Já no que tange a doutrina, esta menciona as excludentes de caso fortuito e força maior e os riscos de desenvolvimento, as quais também seguem a mesma linha de raciocínio já mencionada.

Portanto as excludentes do CDC encontram-se presentes somente quando constatada a responsabilidade pelo fato do produto e pelo fato do serviço que estão diretamente ligadas ao conceito de defeito, podendo em certos casos o fornecedor se eximir da responsabilidade de reparar o dano comprovados os requisitos exigidos em lei.

5.3 A Responsabilidade Civil Por Negativação Indevida e Abalo de Crédito

Como já mencionado em capítulo anterior, os bancos de dados estão positivados no art. 43 do CDC, e para que ocorra a pesquisa nesses bancos de dados, é necessário que o consumidor forneça os números do RG- Registro Geral e CPF- Cadastro Pessoa Física, que oportunamente serão avaliados, e dependendo de resultado “positivo” ou “negativo” será feita a concessão do crédito, concluindo assim a relação de consumo.

Concedido o crédito, se ainda assim o consumidor deixar de pagar, o fornecedor pode incluir seu nome na lista de inadimplentes desses bancos de dados que de acordo com a lei é feita após 30 dias do vencimento e o consumidor inadimplente tem que ser avisado previamente de tal inclusão, nesse sentido Sergio Cavalieri (2008, p.167) afirma claramente o exercício regular do direito de quem negativa e por outro lado menciona o abuso de direito cometido por quem negativa indevidamente: “Se, por um lado, age o fornecedor no exercício regular de direito quando solicita a negativação do nome do consumidor realmente inadimplente, por outro, pratica abuso do direito (ato ilícito) quando essa negativação é indevida”. Segue abaixo duas jurisprudências, a primeira evidencia o exercício regular do direito e a segunda a prática abusiva de negativação:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Negativação do Nome em Cadastro Restritivo de Crédito. Inadimplência Comprovada. Exercício Regular de Direito. Exclusão da Ilícitude. Ato praticado em harmonia com a lei não gera responsabilidade civil, pela ausência de ilicitude. O exercício regular do direito exclui o ilícito (art. 188, I do Código Civil). O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro: onde há ilícito não há direito, onde há direito não há ilícito. O agir em conformidade com a lei impede a responsabilidade por dano moral. Desprovisionamento de recurso (13ª Câmara Cível do TJRJ, Ap. Cív. 45. 992/2007, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho). (Cavalieri Filho, Sergio, 2008, p. 167).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Inclusão Indevida do Nome do Cliente no SPC. Prática Abusiva. Dano Moral. Valor da Indenização. Constitui prática abusiva a inclusão indevida do nome do cliente no Cadastro dos maus pagadores – SPC – ainda que por mero equívoco. É dever das empresas que fornecem bens e serviços ao público em geral, estruturaram-se adequadamente para tratarem com respeito e dignidade o consumidor (2ª Câmara Cível do TJRJ, Ap. Cív. 13566/2000, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho). (Cavalieri Filho, Sergio, 2008, p.167-168).

Essa negativação feita de forma indevida pode vir a causar danos irreparáveis ao consumidor negativado e abalar seu crédito perante futuros credores que por vezes ao consultar o histórico, de certa forma “irregular” (que talvez não esteja irregular de fato), frustra o crédito do consumidor, impedindo-o de se relacionar no mercado de consumo.

Quanto às sanções oriundas do CDC, se o assunto é negatização indevida, elas podem ser administrativas, penais e civis. Nesse sentido Bruno Miragem (2011, p.221) *apud* Fabricio Bolzan (2014, p. 577) ensina que:

A tutela pretendida pelo consumidor tanto terá caráter inibitório (quando tiver por objeto impedir o registro indevido), mandamental (determinando a retificação ou exclusão do registro indevido), ou ainda ressarcitório (quando abranger o direito a indenização dos danos causados ao consumidor em face do registro indevido).

O rol das sanções administrativas está previsto no art. 56 do CDC, e no que tange aos bancos de dados estas tem por objeto “aplicar medidas corretivas” e de acordo com Bessa (2014, p. 341) “[...] têm a função de educar o fornecedor, ao inibir e reprimir condutas abusivas e fraudulentas”.

Quando se trata de sanção penal em relação aos bancos de dados e a negatização indevida, direciona-se aos artigos 72 e 73 do CDC que faz menção aos crimes, situados no Título II, “Das Infrações Penais”, sendo que estes artigos preveem punições a quem descumprir tais normas, e que mesmo não sendo objeto de discussão do presente trabalho é interessante destaca-las, como pode ser observado a seguir:

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.

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.

(BRASIL, 1990)

Leonardo Roscoe Bessa (2014, p. 341) relata que: “O crime definido no art. 72 tem por objeto proteger o acesso do consumidor as informações que sobre ele constem em banco de dados; o tipo penal instituído pelo art. 73 resguarda o direito de exigir a correção da informação que o banco de dados sabe ou deveria saber ser inexata”.

Segue abaixo, uma jurisprudência do STJ relacionada com o art. 73:

Dever do credor de cancelar o cadastro se quitada à dívida.

“Dano Moral. Cadastro negativo. Art. 73 do Código de Defesa do Consumidor. Não tem força a argumentação que pretende impor ao devedor que quita sua dívida o dever de solicitar que seja cancelado o cadastro negativo. O dispositivo do Código de Defesa do Consumidor configura como prática infrativa ‘Deixar de corrigir imediatamente informação sobre o consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata’. Quitada a dívida, sabe o credor que não é mais exata a anotação que providenciou, cabendo-lhe, imediatamente, cancelá-la”(STJ, REsp. 292045/RJ, DJU 08/10/2001, p.213, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27/08/2001, 3ªT.)(Garcia, Leonardo, 2014,p. 457).

No que tange as sanções civis antes de discutir quem deve reparar o dano causado, processualmente falando que decisão deve ser tomada? Temos como exemplo (pois não é somente esta) Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica c/c o Cancelamento da Inscrição Indevida. Veja como é o seu tramite e um julgado que a exemplifica.

O consumidor ao se manifestar pela negativação feita indevidamente recorre ao judiciário através de Ação Cautelar de Sustação da Inscrição Indevida, porém por ser uma ação cautelar, será necessária a propositura da ação principal e esta poderá de uma Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica C/C o Cancelamento da Inscrição Indevida, que tramitará pelo rito comum ordinário ou sumário do Código de Processo Civil ou ainda o sumaríssimo da Lei 9.099/95, dependendo do valor da causa, segue o julgado que pede justamente a declaratória de inexistência de dívida (MINAS GERAIS, 2015):

EMENTA: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E RELAÇÃO JURÍDICA - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - QUANTUM. Não demonstrado que houve adesão do consumidor ao contrato de fornecimento de bem ou serviço, de se concluir que não o tenha solicitado, impondo-se a declaração de inexistência da respectiva relação jurídica e de eventuais débitos daí decorrentes. Em casos da espécie, há firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a negativação indevida, originada de relação obrigacional declarada inexistente, é suscetível de causar prejuízo moral, sendo que, nestas hipóteses, o dano decorre de tal fato em si mesmo, prescindindo de prova objetiva, ou seja, 'in re ipsa'. O valor da reparação por dano moral deve ser fixado com cautela e prudência, atendendo às peculiaridades próprias do caso concreto, de modo que não seja elevado ao ponto de culminar aumento patrimonial indevido ao lesado, nem demasiadamente inexpressivo, por desservir ao seu fim pedagógico, advindo do ordenamento jurídico atinente à espécie. Nas demandas em que há condenação, os honorários são fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, observados o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, bem como o tempo despendido para seu serviço, como determina o art. 20, §3º, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0460.09.038719-8/010 - COMARCA DE OURO FINO - 1º APELANTE: SANTANDER BRASIL - ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A - 2º APELANTE: CARLOS ALBERTO DE ASSIS - APELADO(A)(S): SANTANDER BRASIL - ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, CARLOS ALBERTO DE ASSIS

Sendo então a ação cabível para declarar a inexistência do débito e pedir o cancelamento da inscrição indevida.

Diante da sanção civil nos surge o seguinte questionamento: Quem deve responder pela negativação indevida do nome do consumidor? Seria o fornecedor que solicitou a inscrição, do órgão de proteção ao crédito ou ambos são solidários entre si? (CAVALIERI FILHO, 2008).

A regra com base no parágrafo único do art. 7º do CDC prevê que “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”, parte da doutrina defende que ambos responderão solidariamente pelos danos que causarem (CAVALIERI FILHO, 2008).

Nesse sentido argumenta Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 168) que: “[...] a entidade que administra os bancos de dados tem o dever de controlar a veracidade das informações que lhes são enviadas”.

Porém, apesar de ter muitos posicionamentos nesse sentido, essa posição não é majoritária nem na doutrina e nem na jurisprudência que de acordo com Cavalieri Filho (2008, p.168) que relata que:

As entidades cadastradoras não respondem pela correção dos dados que lhes são passados, tampouco pela ilicitude da inscrição indevida. A veracidade do conteúdo dos dados cadastrados é da responsabilidade do fornecedor solicitante da inscrição (lojista ou empresa associada à entidade), a quem cabe cercar-se dos maiores e necessários cuidados e tem os meios necessários para isso.

A simples negativação indevida já enseja o dano moral, sem necessidade de comprovação por meio de qualquer outra prova, segue decisão abaixo (MINAS GERAIS, 2015):

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - FALHA DO SERVIÇO - CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SÚMULA 479 DO STJ - ART. 14 E 29 DO CDC, RESPONSABILIDADE OBJETIVA E DANO MORAL - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E PARÂMETROS DO TRIBUNAL - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS - INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - CABIMENTO - RECURSO PROVIDO.

- A teor dos art. 14 e 29, do CPC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, ainda que por equiparação, por defeitos relativos à prestação dos serviços.

- O fato de o negócio jurídico ter sido celebrado por fraude de terceiro não enseja a incidência da excludente de responsabilidade por culpa exclusiva deste, tratando-se de fortuito interno, conforme entendimento do STJ (Súmula 479).

- A simples negativação ou manutenção indevida enseja dano moral e direito à indenização em tese, independente de qualquer outra prova, porque neste caso é presumida a ofensa à honra e ao bom nome do cidadão.

- O valor da indenização por danos morais deve ser fixado de forma proporcional às circunstâncias do caso, com razoabilidade e moderação.
- Na indenização moral, os juros moratórios devem fluir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ, se a relação é extracontratual, e a correção monetária do arbitramento definitivo da indenização, conforme súmula 362 do STJ.
- Diante da procedência dos pedidos iniciais, cabe à parte ré arcar com os ônus da sucumbência.
- Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.14.005554-5/001 - COMARCA DE MONTES CLAROS - APELANTE(S): RONALDO CORDEIRO GONÇALVES - APELADO(A)(S): MARISA LOJAS S.A., CALÇADOS ITAPUÃ S/A, CLARO S/A, EMBRATEL EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A

A responsabilidade civil objetiva também fica evidenciada nas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2015) :

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REPARAÇÃO DE DANOS. CONTA BANCÁRIA PARA RECEBIMENTO DE PROVENTOS. NÃO MOVIMENTAÇÃO. ENCERRAMENTO. TARIFAS. COBRANÇAS INDEVIDAS. NEGATIVAÇÃO DE NOME. DANOS MORAIS. REPARAÇÃO DEVIDA. VALOR INDENIZATÓRIO. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA MANTIDA.

I - O não encerramento de conta utilizada pelo correntista apenas para o recebimento de seus proventos, que deixou de ser movimentada após a extinção de vínculo empregatício, não autoriza ao banco a efetuar cobrança por pacote de serviços. II - A instituição bancária que promove a negativação de nome do correntista nos órgãos de proteção ao crédito responde pelos danos causados, independentemente de culpa, dada a responsabilidade objetiva prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. III - A inclusão indevida do nome do correntista e suposto devedor nos cadastros de proteção ao crédito causa injusta lesão à sua honra, garantindo-lhe direito à indenização por dano moral. IV - O dano moral fundado na ofensa à honra e no sentimento de dignidade da pessoa decorre da própria negativação injusta de seu nome, não se exigindo prova de efetivo prejuízo sofrido pela parte. V - Na fixação dos danos morais, deve-se levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, tais como a natureza da lesão, as consequências do ato, o grau de culpa, as condições financeiras das partes, atentando-se para a sua duplice finalidade, ou seja, meio de punição e forma de compensação à dor da vítima, não permitindo o seu enriquecimento imotivado. VI - Não sendo o caso de responsabilidade extracontratual, não há em se falar na incidência de juros moratórios a partir de evento danoso. VII - Em se tratando de ação condenatória, os honorários advocatícios são fixados na forma do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. V.v. Para cobrança de tarifas de manutenção decorrentes de conta inativa deve haver estipulação contratual expressa. 2. Segundo Resolução nº. 2.025/93 do Banco Central do Brasil (BACEN), considera-se conta inativa aquela não movimentada por mais de 06 (seis) meses. Depósito dado em caução para garantir a antecipação de tutela, dedução do débito e restituição do saldo remanescente.

Apelação Cível Nº 1.0261.13.014882-6/001 - COMARCA DE Formiga - 1º Apelante: SHELEN ESPINDOLA - 2º Apelante: BANCO DO BRASIL SA - Apelado(a)(s): BANCO DO BRASIL SA, SHELEN ESPINDOLA

Para quantificar a extensão do dano sofrido é preciso pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, descaracterizando o enriquecimento sem causa, segue decisão (MINAS GERAIS, 2015):

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - PRELIMINARES REJEITADAS - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DEVER DE INDENIZAR - VALORAÇÃO DO DANO - RAZOABILIDADE. I - Demonstrada a inexistência de débito e a indevida negativação do nome da parte autora, não demonstrando o Réu culpa desta ou de terceiro, configura dano moral a inserção do nome do consumidor no cadastro de proteção ao crédito. II - A suposta dívida deve ser comprovada pelo credor, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil c/c art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor. III - Ao fixar valor da indenização deve-se ter em conta as condições do ofendido, do ofensor e do bem jurídico lesado. A indenização deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo no causador do mal impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado, não havendo falar em majoração quando o valor for aplicado atendendo a razoabilidade e proporcionalidade.

Apelação Cível Nº 1.0183.08.142736-5/001 - COMARCA DE Conselheiro Lafaiete - Apelante(s): LOJAS CEM S/A - Apte(s) Adesiv: CLÁUDIO MÁRCIO GREGÓRIO - Apelado(a)(s): LOJAS CEM S/A, SERVIÇO CENTRAL PROTEÇÃO CREDITO ASSOCIAÇÃO COMER SÃO PAULO, CLÁUDIO MÁRCIO GREGÓRIO

Portanto, os responsáveis por reparar o dano causado ao consumidor negativado indevidamente são os fornecedores que de alguma forma postularam a negativação perante os bancos de dados e se responsabilizam por toda a informação prestada. Esta responsabilidade é objetiva e conforme já estudado independe da comprovação de culpa, destaca-se ainda que não há que se demonstrar os reflexos do dano sofrido para a efetiva reparação, bastando a comprovação da negativação feita indevidamente.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que o grande problema do tema exposto é a negativação feita indevidamente por parte do fornecedor e o abalo de crédito causado pelos reflexos dessa negativação indevida e de quem seria o dever de indenizar nesses casos.

Os bancos de dados servem para auxiliar o fornecedor na concessão do crédito de modo que a partir da informação obtida por meio destes órgãos, é possível o fornecedor se organizar e selecionar de forma mais segura a quem vender.

Certifica-se que antes de consumada a negativação existem varias medidas a serem tomadas preventivamente por parte do comerciante para que não ocorra esse tipo

erro, como: entrar em contato com o cliente e informá-lo sobre o débito, perguntá-lo sobre a ciência do mesmo e acima de tudo tentar obter um acordo.

Na impossibilidade do mencionado acordo verificar todos os arquivos e condições disponíveis para a maior consistência da decisão a ser tomada, e só efetivar a negativação na certeza do inadimplemento, pois se vier a ocorrer a negativação indevida, a “vítima” terá que movimentar a máquina judiciária e tendo em vista que o mercado de consumo já vem sendo movimentado por uma avalanche de pessoas efetivamente inadimplentes, seria inviável o judiciário ainda se preocupar com os negativados indevidamente abarrotando ainda mais os fóruns de processos, ou seja, o fornecedor tem que se precaver e fazer o seu controle interno para que não ocorram erros nesse sentido.

Outra medida seria a burocratização das formas de negativação, exigindo-se mais documentos e indícios que provem a efetiva inadimplência do devedor, por parte dos órgãos de proteção ao crédito, antes de concretizá-la.

Foi constatado que há tantos casos de negativação indevida pelos mais diversos motivos e que estas pessoas precisam de informação de como postular a tutela jurisdicional, a fim de obter a devida indenização por parte de quem realizou a indevida negativação e que conseqüentemente abalou seu crédito perante seus futuros credores.

Sendo assim, existe um problema e isso ocorre quando alguém é negativado indevidamente resultando na obrigação de reparar dano e o abalo causado, sendo essa obrigação objetiva, ou seja, sem necessidade de demonstração de culpa, e do fornecedor, que é quem envia as informações aos bancos de dados isentando-os de qualquer responsabilidade, pois, quem envia as informações é que tem que observar a veracidade do que é transmitido.

7 REFERÊNCIAS

BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Elementos do direito civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Premier Máxima, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Dano Moral e Cláusulas Abusivas**. 2ª edição. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquemático**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 07/04/2015

_____. **Lei Nº 12.414, De 9 De Junho De 2011, Lei do Cadastro Positivo**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Atos2011-2014/2011/Lei/L12414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2011/Lei/L12414.htm)>. Acesso em 07/04/2015

_____. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07/09/2015

_____. Decreto Lei Nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 07/09/2015

_____. Lei Nº 10.406, De 10 De Janeiro De 2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07/09/2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Processo - REsp 1195642 RJ 2010/0094391-6**. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj/inteiro-teor-22829800>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Processo - REsp 768988 - RS (2005/0122303-3)**. Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7197689/recurso-especial-resp-768988-rs-2005-0122303-3/inteiro-teor-12945276>>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Processo REsp Nº 1.149.998 - RS (2009/0139891-0)**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/moTnLwKjSOP1_7Ryy0TkxA/vdhQPFCUcsO1mEGalNdc7A/Cancelamento_de_inscricao_serasa.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº323. A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STJ/323.htm>> Acesso em: 15 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 359. Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STJ/323.htm>> Acesso em: 15 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 404. É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/75/STJ/404.>> Acesso em: 15 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº358. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STJ/385.htm>> Acesso em: 15 de novembro de 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

Como surgiu o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC)? Revista Superinteressante Online – São Paulo, 31/07/2013. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/blogs/oraculo/como-surgiu-o-servico-de-protecao-ao-credito-spc/>>. Acesso em: 11/04/2015.

DIAS, Jose de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, 7º volume. 20ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 12ª edição. São Paulo: **Editora Atlas, 2014**

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil 3. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GARCIA, Leonardo Medeiros. Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência. 10ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. Elementos Do Direito: Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Vol.16.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume IV : Responsabilidade Civil. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. Volume I.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Dano Moral por Negativação Indevida ou por Abalo de Crédito. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2013/05/dano-moral-por-negativacao-indevida-ou-por-abalo-de-credito/>. Acesso em 10/03/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Negativação Indevida. **Processo AC Nº 1.0460.09.038719-8/010**. Relator Des.(a) Otávio Portes. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=313&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=a%E7%E3o%20de%20de%20de%20inexist%Eancia%20de%20rela%E7%E3o%20jur%E%Dica%20%20negativa%E7%E3o%20indevida&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em: 15 de novembro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Reparação de Danos Por Negativação Indevida. **Processo AC Nº1.0261.13.014882-6/001**. Relator Des.(a) Vicente de Oliveira Silva. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=763&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=negativa%E7%E3o%20indevida%20E%20responsabilidade%20civil%20objetiva&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em 16 de novembro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Inscrição Indevida em Cadastro de Proteção ao Crédito. **Processo AC Nº 1.0183.08.142736-5/001**. Relator Des.(a) Newton Teixeira Carvalho. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=940&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=abalo%20de%20cr%E9dito%20e%20negativa%20E7%E3o%20indevida&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em 16 de novembro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Declaratória de Inexistência de Débito. **Processo AC Nº 1.0433.14.005554-5/001**. Relator Des.(a) Márcia De Paoli Balbino. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=763&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=negativa%20E7%E3o%20indevida%20E%20responsabilidade%20civil%20objetiva&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em 16 de novembro de 2015.

NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. Curso de Direito do Consumidor Completo. Belo Horizonte: Editora DPlácido, 2014.

Quem somos? Breve histórico. Serasa Experian. Disponível em: < <http://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/institucional/historico/>>. Acesso em: 11/04/2015.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 4. 20ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

TARTUCE, Flávio. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 9ª edição. São Paulo: Ed. Método, 2014.

_____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual. Volume Único. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 4. 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.