

DEFESA DO CONSUMIDOR, OS ARQUIVOS DE CONSUMO E O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

CONSUMER PROTECTION, THE REGISTERS OF CREDIT AND RIGHT TO PRIVACY AND INTIMACY

Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino¹
Carlos Alexandre Moraes²

Resumo

O presente estudo aborda a defesa do consumidor sob o ponto de vista do conflito existente entre os arquivos de consumo e o direito à privacidade e à intimidade, para tanto utiliza de uma metodologia técnico-formal, por meio do método lógico dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica, que consiste no estudo das normas (*lato sensu*), jurisprudências e doutrinas relativas a temática. Ao se falar em defesa do consumidor sua proteção é assegurada constitucionalmente, seja como um direito e garantia fundamental (art. 5, XXXII da CF), ou como um princípio da ordem econômica (art 170, V da CF). Com a evolução da sociedade aumentam-se os bens a serem tutelados, desta forma uma vez cometido um ato ilícito este deve ser coibido. O presente estudo analisa os cadastros Credit Bureau Serasa e Credit Bureau Scoring e as suas consequências jurídicas do chamado *scoring*, especialmente o REsp nº 1.419.697-RS. Tal discussão iniciou-se em decorrência de diversas ações que foram (e estão sendo) protocoladas no país todo, na perspectiva de inibir a utilização destes programas e suas respectivas metodologias como forma de concessão de crédito. Verifica que tal prática ao não respeitar os preceitos legais, especialmente o art. 43, §2º do CDC, fere os Direitos da Personalidade dos consumidores. Visando salvaguardar a dignidade da pessoa humana que surgem as ações indenizatórias, como forma de compensar, desestimular a prática e ter o condão educativo da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Cadastro Consumidores; Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract

The present study approaches consumer protection from the point of view of the conflict between the files of consumption and the right to privacy and intimacy for both technical and uses a formal methodology, through deductive and logical method of procedure literature, which is the study of norms (*sensu lato*), jurisprudence and

¹ Professor da UNOPAR – Campus Araçongas-PR e Faculdade Arthur Thomas – Londrina-PR. Doutorando em Função Social do Direito na FADISP. Mestre em Direito Negocial pela UEL (2012). Especialista em Direito Internacional e Econômico pela UEL (2012) e em Metodologia de Ensino pela UNOPAR (2010). Advogado.

² Coordenador do Curso de Direito da UniCesumar - Maringá-PR. Doutorando em Função Social do Direito na FADISP. Doutor em Ciências da Educação pela Universidad Politécnica y Artística Del Paraguay (2006). Mestre em Ciências Jurídicas pela Cesumar (2006). Especialista em Direito Agrofinanceiro pela Cesumar (2008). Especialista em Docência no Ensino Superior pela Cesumar (2006). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela OAB (2000).

doctrines concerning the subject. When talking about their consumer protection is constitutionally guaranteed, either as a fundamental right and guarantees (art. 5, XXXII of CF), or as a principle of economic order (article 170, V of the Constitution). With the evolution of society rise up the goods to be protected in this way once committed a illicit act that must be curbed. This study analyzes the records SERASA Credit Bureau and Credit Bureau Scoring and its legal consequences of so-called "scoring" especially REsp No. 1419697-RS. This discussion started as a result of various actions that were (and are being) filed across the country from the perspective of inhibiting the use of these programs and their methodologies as a way of lending. Notes that this practice does not comply with the legal requirements, especially the art. 43, § 2 of the CDC, Personality Rights violates the consumers. Seeking to safeguard the dignity of the human person the compensation claims that arise as a way to compensate discourage the practice and have the educational prerogative of the civil liability.

Keywords: Liability. Sign consumers. Dignity of the Human Person.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará os arquivos de consumo sob a perspectiva da proteção aos Direitos da Personalidade. Utilizará o método lógico dedutivo na busca por demonstrar o conflito existente entre: privacidade e intimidade; e liberdade de informação e expressão. O objetivo é aferir o “sistemas de *scoring* e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral” (REsp nº 1.419.697-RS). Pois, uma vez não seguidas as disposições legais, no que se refere aos arquivos de consumo, estão presentes os requisitos autorizadores e caracterizadores de uma possível indenização na esfera da Responsabilidade Civil.

Um dos principais argumentos contra a ilegalidade do sistema *scoring* é a falta da comunicação do consumidor. Cometido um ato ilícito é passível pleitear uma indenização como forma de efetivar os próprios objetivos, fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro. Em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, da defesa do consumidor e garantir uma sociedade justa.

Para justificar a afirmação principal proposta por este texto, em um primeiro momento, a preocupação será trabalhar a ideia da proteção assegurada à privacidade e à intimidade. Demonstrando que tal proteção se dá a nível constitucional (art. 5º, X da

CF/88) e também está assegurada no núcleo exemplificativo dos Direitos da Personalidade (arts. 11 ao 21 do CC). Ao se considerar que tais direitos são considerados fundamentais - e que na perspectiva da horizontalização de tais direitos – verifica-se que se aplicam de forma imediata inclusive às relações particulares.

Em seguida, será trabalhado a proteção do consumidor. Buscará trazer algumas justificações ao surgimento e da necessidade de uma proteção a esta categoria tida como hipossuficiente. Ainda neste tópico irá se demonstrar como está estruturado constitucionalmente e infraconstitucionalmente a proteção do consumo e delimitar a sua importância para a sociedade pós-moderna.

Os arquivos de consumos serão trabalhados na sequência, momento em que, buscará demonstrar a sua importância para atual sociedade de consumo, todavia sem esquecer de outros valores envolvidos, como por exemplo os Direitos da Personalidade. Desta forma tais instrumentos devem ser utilizados com cautela, principalmente quanto as disposições contidas na legislação consumeirista.

A preocupação do último capítulo será em definir a responsabilidade civil e a conceituação jurídica do dano. O objetivo é trazer parâmetros e analisar se o caso em estudo é passível de indenização a título de dano moral.

Finalmente, a contribuição esperada deste trabalho é debater a legalidade da prática dos cadastros de consumidores e bancos de dados, em especial o sistema *scoring*. De igual forma verificar qual seria a função social do instituto da responsabilidade civil e como as indenizações podem colaborar com a efetivação da dignidade da pessoa humana e da defesa do consumidor tendo em vista seu caráter reparador ou compensador, desestimulador e educativo.

2. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E INTIMIDADE

A Constituição Federal de 1988 estabelece como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88). A partir deste mandamento constitucional diversos direitos e garantias fundamentais são assegurados ao longo do texto constitucional. Os Direitos da Personalidade são um desses direitos fundamentais.

Carlos Alberto Bittar (2003, p. 11) estabelece que “são prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em suas emanções e prolongamentos”. Tais direitos são de tamanha importância ao ponto

de ter sido elevado na III Jornada de Direito Civil a “expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana”, por meio do Enunciado nº 274 CJP/STJ.

Ao sintetizar os Direitos da Personalidade Flávio Tartuce (2014, p. 145) associa-os a cinco grandes ícones: a) integridade físico-psíquica; b) nome da pessoa física ou jurídica; c) imagem; d) honra; e) intimidade.

A privacidade e intimidade teve tratamento constitucional positivado por meio do inciso X do art. 5º que estabelece o seguinte: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Para o Direito Civil são considerados Direitos da Personalidade (arts. 17 e 21 do Código Civil).

Estes direitos são frutos da subsunção de valores fundamentais em prol da tutela humana. Enquanto direito fundamental são diretrizes para defesa do poder excessivo do Estado (eficácia vertical), todavia o presente estudo adota a ideia da horizontalização dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 261 a 274), esta entendida como a aplicabilidade das normas constitucionais de forma imediata, inclusive nas relações privadas. Tem como fundamento o art. 5º, §1º da CF/88 que estabelece a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Outra argumentação seria que “é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa” (SARMENTO, 2004).

Ao se falar em eficácia horizontal, na própria “origem histórica dos direitos humanos não existe base alguma que justifique a exclusão do âmbito das relações privadas, dos direitos fundamentais” (MARTÍNEZ, 1999, p. 620). O problema surge quanto a discussão se teria uma eficácia imediata ou mediata.

Ao se falar em eficácia imediata, a teoria foi concebida na Alemanha, tem como expoentes Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner, o primeiro quem concebeu e o segundo foi o responsável por aperfeiçoá-la. Para esses teóricos existe a aplicabilidade direta nas relações privadas. Dessa forma seriam os direitos fundamentais instrumentos limitadores, por meio de cláusulas gerais, das relações particulares (KRETZ, 2005, p. 92). Neste sentido José Joaquim Gomes Canotilho (1980, p. 573) esclarece que

a imposição da observância directa dos direitos fundamentais, como princípios ordenadores da vida civil, implica que eles se apliquem nas relações privadas em que fica em perigo o mínimo de liberdade que os

direitos fundamentais devem garantir como elementos da ordem objetiva da comunidade.

Em contrapartida, tem-se a teoria da eficácia mediata, formulada por Güther Dürig, a qual sustenta a aplicabilidade das normas fundamentais de forma subsidiária, ou como forma de interpretar e integrar as regras privadas.

Partindo do pressuposto da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e de sua aplicação imediata (art. 5º, §1º da CF/88), superando o ideal de normas constitucionais meramente programáticas (dirigidas ao legislador e ao Estado – eficácia vertical), - será analisada a proteção do consumidor e o seu direito a privacidade e intimidade.

3. A LEGITIMIDADE DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

É com a Revolução Industrial (Século XVIII) que novas relações sócio-políticas-econômicas ganham relevância. Surge a figura do consumidor que passa a sentir os efeitos da chamada sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*) que vai alterar significativamente o cotidiano da sociedade como um todo.

Nessa esteira, e com a evolução do próprio direito, se faz necessário o acompanhamento de tais fenômenos sociais. Com o crescente avanço da indústria e comércio (Século XX) e com a nova realidade jurídica pós-moderna (BITTAR, 2005, p. 97-100) ocorre a necessidade de proteção àquela categoria de sujeitos dos efeitos das grandes corporações devido ao seu poderio homogenizador³.

Amplia-se a sistematização do direito do consumidor visando amenizar o abismo existente entre os *players* e os consumidores nas relações de consumo. Nesse contexto, surge um impasse ao se reconhecer a vulnerabilidade do consumidor. De um lado há a necessidade de manter a lei do mercado e a liberalidade dos agentes (KONDER, 1974), por outro evitar a sobreposição dos interesses da corporação em detrimento dos direitos dos consumidores (TEIXEIRA, 2000, p. 3.).

Começa-se um intervencionismo estatal, no intuito de preservar o equilíbrio de tal relação. No Brasil um importante marco se deu com a Constituição Federal de 1988 ao estipular como direito e garantia fundamental a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e estabelecer como princípio da ordem econômica a proteção consumeirista

³ Toma-se como referencial de pós-moderno o ano de 1968 tendo em vista os protestos e busca por direitos sociais (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 4).

(art. 170, V). Sem contar o art. 48 das Disposições Finais e Transitórias da CF/88 que determina a elaboração de um Código do Consumidor em até cento e vinte dias da promulgação.

O princípio constitucional da defesa do consumidor visa reconhecer o consumidor como um elo importante para a economia de mercado (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 2008, p. 57). Tem dupla função: a de proteger o consumidor dentro de uma perspectiva microeconômica (relativa aos preços) e microjurídica (um sistema, ou melhor, um microssistema jurídico visando à regulação dessas relações sociais) - (CAVALIEIRI FILHO, 2002, p. 414).

Internacionalmente a proteção ao consumidor é consagrada pela Organização das Nações Unidas que estabelecem diretrizes visando ao fortalecimento da legislação e políticas de proteção do consumidor, por meio da Resolução nº 39/248, de 9 de abril de 1985. A União Europeia impôs níveis comunitários por intermédio dos Regulamentos do Conselho de 14 de abril de 1975 e de 19 de maio de 1981 (FONSECA, 2010, p. 95).

A Constituição Portuguesa, nesse sentido, positiva no seu art. 60 o reconhecimento dos direitos consumeiristas por meio de ações estatais. Quatro são os eixos: a) proteção do consumidor contra práticas comerciais desleais e abusivas; b) informação, formação e educação do consumidor; c) representação, organização e consulta; e d) proteção do consumidor contra produtos defeituosos e perigosos (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 2008, p. 57-61).

No Brasil, a defesa do consumidor se dá por meio da Lei nº 8.078/1990⁴. O Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo fortalecer o consumidor em suas relações, concede ampla proteção, reconhece a sua vulnerabilidade, com o consequente aumento da interferência do Estado em tais relações privadas (BENJAMIN, 1991). Juntamente com as normas de defesa da concorrência são fontes de balizamento do mercado, como forma de controlar os excessos do poderio econômico, que atinge não apenas ao consumidor final, mas todo o sistema.

Uma das garantias do Código de Defesa do Consumidor é assegurar a todos o direito de acesso às informações nos Cadastros de inadimplentes (art. 43 do CDC) e estipula neste mesmo artigo (§2º) que sempre quando for incluir o nome do consumidor, sem ser requerido por ele, deverá comunicá-lo a fim de evitar danos, além de

⁴ Em nível constitucional, como visto, tem-se os seguintes dispositivos que tratam da defesa do consumidor: arts. 5º, XXXII, 24, VIII, 150, §5º, e 170 V da Constituição Federal e o art. 48 do ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

possibilitar a sua retificação sendo o caso (§3º), possibilitando a ampla defesa, contraditório e o devido processo legal.

É nesse contexto que se analisará os atuais cadastros de consumidores que pontuam de acordo com o seu potencial de compra e risco.

4. OS ARQUIVOS DE CONSUMO

Os cadastros de consumidores e os bancos de dados ganham importância e têm papel social indiscutível na economia de mercado. Ocorre o aumento do crédito e o brasileiro médio deixa de ser poupador e passa a depender do crédito (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 429).

Ao se falar nesses arquivos de consumo o problema reside no fato de que batem de frente com a privacidade e intimidade. Em contrapartida estão outros direitos fundamentais constitucionalmente consagrados que é o direito coletivo à informação e à liberdade (art. 5º, IV, IX e XIV). Diante de tal antinomia de direitos fundamentais Flávio Tartuce esclarece que: “muitos dos problemas relativos à divulgação de dados dos consumidores devem ser resolvidos sob a perspectiva da ponderação de direitos, valores e princípios” (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 431).

O presente estudo adota o posicionamento de que os arquivos de consumo desempenham papel positivo no contexto atual. Ressalta-se que apenas seguindo os mandamentos legais que será legítimo, sob pena de ferir os Direitos da Personalidade.

Os bancos de dados são considerados como entidades de caráter público (art. 43, §4ª da Lei nº 8.078/90). Nehemias Domingos de Melo (2012, 341 - 356), Carlos Adoraldo Covizzi (2000, p. 15 e 16) e Rui Stoco (2001, p. 477) trazem diversas críticas especialmente a empresa Serasa – Centralização de Serviços de Banco S/a. Dentre elas destaca-se o desvio de finalidade, sob o argumento de que seria verdadeiro Tribunal de Exceção em prol dos interesses da Federação Brasileira de Bancos.

Dois programas de cadastro de consumidores da empresa Serasa ganhou atenção do Judiciário nacional, são eles: o Credit Bureau Serasa e o Credit Bureau Scoring. Tais programas ganharam destaque por meio do REsp nº 1.419.697-RS, no qual o Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino suspendeu diversas ações em andamento que tinha por objeto a legalidade deles e conseqüente indenização em decorrência da inclusão dos consumidores. O principal argumento foi a informação trazida pelo Tribunal de Justiça

do Estado do Rio Grande do Sul. Somente no Foro Central da Capital foram 36.724 ações distribuídas referentes a matéria a época.

O Credit Bureau é um banco de dados onde os associados têm acesso as informações relativas aos dados cadastrais, registro de consultas e anotações de inadimplência.

De acordo com o site da empresa Serasa, tal banco de dados traz os seguintes benefícios: “maior competitividade, redução dos riscos nas operações de crédito, decisões de negócios mais precisas e seguras, oferta de condições diferenciadas de crédito aos consumidores”⁵, resta analisar se a conduta de tal instituição é passível de gerar responsabilidade civil.

Dentre os instrumentos disponibilizados aos seus associados estão o Credit Bureau Score e o Credit Bureau Serasa. Utilizam-se de métodos de análise de crédito dessa forma chegando a um *scoring* que demonstra a qualidade ou não daquele determinado consumidor em adimplir com suas obrigações.

Um dos problemas do presente cadastro estaria envolto no fato de que o risco do crédito é medido com base em indicadores, tais como: histórico, duração da inadimplência e ingressos judiciais.

Resta evidente a utilidade de tais mecanismos ao mercado, todavia alguns preceitos devem ser analisados visando aferir a legalidade ou não do ato.

Ao apenas contabilizar a inadimplência, sem sequer verificar se esta é válida ou não (muitas vezes até mesmo declarada inválida pelo próprio Judiciário), faz com que mesmo uma dívida que inexistia seja contabilizada e diminua a pontuação do consumidor. Outro fator que causa problema é o fato de que ao entrar com uma Ação para declarar inexistente uma dívida de igual forma prejudica a pontuação. Desta maneira estaria sendo o consumidor prejudicado duas vezes: uma ao ser negativado indevidamente e na segunda por buscar o Poder Judiciário.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) estabelece no seu art. 43 que banco de dados relativos ao consumidor são permitidos e que sejam fontes de informações para as relações de consumidor. Já o seu §2º disciplina a obrigatoriedade do consumidor ser notificado por escrito quando não foi requerido por ele, neste sentido a Súmula nº 359 do STJ. Mesmo considerando como um cadastro positivo fere o art. 4º da Lei nº 12.414/2011.

⁵ Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/consultas/relatorio-completo-consumidores/pme-beneficios.html>. Acesso em 11 de fev. 2014.

O caso que chegou ao STJ é “acerca da natureza dos sistemas de *scoring* e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral” (REsp nº 1.419.697-RS).

Na situação objeto de análise diversas ações foram protocoladas em todo o Brasil, pois a principal argumentação é na violação principalmente do dever de comunicação. Ao não respeitar os limites legais não ocorre a observância do princípio constitucional à privacidade e à intimidade (art. 5º, X da CF) o que torna a prática ilegal.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL E A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DO DANO

Verificada a atuação ilegal por parte do Serasa ao disponibilizar informações relativas aos consumidores sem prévio conhecimento deles (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 434); (NUNES, 2000, p. 524); (SAAD, 2002, p. 409); (MELO, 2012, p. 347 e 348), resta no próximo ponto aferir a responsabilidade civil e a conceituação jurídica do dono. Ao se tratar do tema responsabilidade civil não há consenso doutrinário de quais são os elementos estruturais, o presente estudo adotará o posicionamento do jurista Flávio Tartuce (2013, p. 344), ao analisar a estrutura utilizada por Maria Helena Diniz (2010, p. 36)⁶, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 35-37)⁷, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 19)⁸ e dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 53)⁹, adota os seguintes:

- i) conduta humana – está que pode ser uma positiva (ação) ou negativa (omissão), realizadas com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) de atos próprios ou de terceiros quando a lei determinar¹⁰;
- ii) culpa genérica ou *lato sensu* – tal conceito engloba o dolo (violação intencional) e culpa estrita: imprudência (falta de cuidado + ação); negligência (falta de cuidado + omissão), ambas contidas no art. 186 do CC e imperícia (falta de qualificação ou treinamento), positivada no art. 951 do CC;

⁶ A autora aponta três elementos: a) ação comissiva ou omissiva; b) dano; c) nexo de causalidade.

⁷ O autor aponta: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; dano.

⁸ São os elementos: a) conduta culposa do agente; b) nexo causal; c) dano.

⁹ Apresentam somente: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo e c) nexo de causalidade.

¹⁰ V.g. art. 932 (fato de terceiro), art. 936 (fato de animal), arts. 937 e 938 (fato de coisa inanimada) todos do Código Civil.

- iii)nexo de causalidade – trata-se da ligação entre a conduta e o resultado;
- iv) dano ou prejuízo.

Ao tratar sobre o direito a indenização, Flávio Tartuce (2013, p. 375) estabelece

[...] para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém [...] a ação de responsabilidade civil, para o seu autor ou demandante, é como uma *corrida com dois obstáculos*. Porém, é possível a retirada de um ou até todos esses obstáculos para o autor da demanda. (grifo no original).

Analisando a atitude da empresa Serasa, juntamente com os elementos, verificam-se presente: a) a conduta humana, já que o cadastro foi realizado por tal instituição; b) a culpa uma vez que não observadas as normais legais; e c) o nexo de causalidade, pois devido a conduta da empresa que o crédito do consumidor fica condicionado a sua pontuação.

Além destes requisitos acima, para caracterizar a responsabilidade civil e consequente indenização, é necessário a ocorrência do dano. Pode-se conceituar o dano como aquela lesão a um patrimônio jurídico protegido (SCHWERT, 1998, p. 21); (BITTAR, 1989, p. 8); (BITTAR, 1994, p. 564 e 565), sendo determinante para a sua caracterização a presença de dois elementos: o prejuízo (de fato); e a lesão jurídica (de direito) – (BONVICINI, 1971, p. 30); (BRIZ, 1977, p. 126), todavia apenas será passível de reparação quando presentes a lesão de direitos e o dano (art. 186 do CC).

Classificam-se os danos em: clássicos (morais e materiais) e novos danos (danos estéticos, danos por perda de uma chance, danos morais coletivos, danos existenciais e danos sociais ou difusos).

Por dano material ou patrimonial entende-se aquele que atinge o patrimônio corpóreo das pessoas (jurídicas e naturais) e também dos entes despersonalizados (massa falida, espólio, etc.). O que importa dizer que, em regra, não se repara dano hipotético ou eventual. Assim é necessária a efetiva prova relativa ao dano.

Tal categoria de dano é classificada, nos termos do art. 402 do CC, em danos emergentes ou positivos e os lucros cessantes ou danos negativos. O primeiro é aquele causado a pessoa que efetivamente ocorre uma diminuição pretérita ao patrimônio da vítima (o extravio da bagagem por exemplo – art. 14 do CDC). A segunda categoria trata-se da frustração de lucro, ou seja, no presente caso o que se procura é a reparação dos valores que deixou de receber (alimentos indenizatórios no caso de homicídio – art. 948, II do CC).

O fato da reparação do dano material não excluiu outras indenizações, nos termos da parte final do *caput* do art. 948 do CC. Desta forma é possível a cumulação de pedido de reparação material e moral nos termos da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, inclusive entende o STJ ser possível a cumulação além dos danos supramencionados, o danos estéticos.

A segunda categoria dos danos clássicos são os danos morais, também conhecidos como danos imateriais, estes que não podem ser confundidos com meros transtornos ou aborrecimentos do dia a dia (Enunciado nº 159 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal). Trata-se de lesão aos Direitos de Personalidades¹¹ exemplificados nos arts. 11 a 21 do CC, desta forma no presente caso não se fala em ressarcimento, mas em reparação visando não mero acréscimo patrimonial, mas sim uma compensação pelos sofrimentos experimentados.

Quanto a classificação dos danos morais, pode-se aferir as seguintes:

- a) sentido próprio: trata-se daquilo que a pessoa sente (dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão), valendo ressaltar que não necessariamente deve estar presente tais sentimentos, neste sentido é o Enunciado nº 445 aprovado na V Jornada de Direito Civil e também ressalta-se que ante a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula 227 do STJ), não se tem como falar a presença de tais situações.
- b) sentido impróprio: significa lesão aos Direitos de Personalidade (sentido amplo).
- c) provado (subjetivo): cabe ao autor provar o dano (regra geral);
- d) presumido (objetivo, *in re ipsa*): situações onde se entende que o fato prova o dano, sendo tendência jurisprudencial de ampliar os casos da necessidade de prova em nome da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF);
- e) direto: atinge a honra objetiva da pessoa;
- f) Dano moral indireto ou em ricochete: atinge indiretamente a pessoa.

Quanto a natureza jurídica da indenização imaterial três correntes são relevantes: a primeira que teria caráter reparatório ou compensatório (já superada pela jurisprudência); a segunda que teria caráter punitivo (teoria do desestímulo) – (BITTAR, 1994, p. 219-226) e a terceira dispõe que tem característica dúplice: de um lado (principal) reparatório e de outro pedagógico (acessório), a tese mais aceita pelos tribunais brasileiros.

¹¹ Inclusive das Pessoas Jurídicas nos termos da Súmula nº 227 do STJ e art. 52 do CC.

O presente estudo entende que a indenização por danos morais tem natureza tríplice, ou seja, deve ter/estar presente o caráter compensatório, tendo em vista o dano causado ao direito subjetivo e a dignidade da pessoa, por outro lado deve ter o caráter de desestímulo e também tem que ter o caráter educativo.

No caso em análise, verifica-se que ao inscrever o nome do consumidor sem seu prévio conhecimento ou consentimento fere o direito de privacidade do indivíduo e se tratar de um dano presumido (*in re ipsa*), o que importa dizer que a conduta gera o dano, neste sentido AgRg no REsp 1170138/SP (DJe 16/04/2010); REsp 649104/RJ (DJe 26/10/2009); AC 70055803795/RS (DJe 17/09/2013); AGR 4646/MS (DJe 17/05/2012); AC 1090105-8/PR (DJe 10/07/2014).

Poderia até mesmo na presente situação caracterizar de igual forma o Dano Social ou Difuso, proposto por Antonio Junqueira de Azevedo (2004, p. 376), que trata-se de uma modalidade que visa garantir a ampla tutela a pessoa humana já que os danos sociais “[...] são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”.

Aceitar a aplicação das indenizações em sede difusa é ir de encontro com a dignidade e com a principiologia adotada no Código Civil, neste sentido:

O conceito mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do *nós* em detrimento do *eu*, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Justamente por isso, os grandes ícones privado têm importante função social: a propriedade, o contrato, a posse, a família, a empresa e também a responsabilidade civil (TARTUCE, 2013, p. 438).

É valorizar a cláusula geral da tutela humana, já que esta é reconhecida constitucionalmente como um valor fundamental da República. Ampliam-se as hipóteses de ressarcimento e também promove a tutela humana mesmo além do rol de direitos subjetivos tipificados (TEPEDINO, 2004, p. 27).

Nesta linha de entendimento foi aprovado o Enunciado nº 274 na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça que estabelece o seguinte:

Enunciado nº 274 – Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Enquanto a primeira parte do enunciado reconhece a possibilidade de ampliação dos direitos em prol da dignidade, a segunda determina que em caso de colisão seja utilizada a técnica da ponderação, esta que surge como um mecanismo que vai de encontro com a constitucionalização do Direito Civil.

Ao fixar a indenização por dano social o Juiz reconhece a conduta socialmente reprovável e aplica a pena. Na prática surgem os comportamentos exemplares negativos, são as palavras de Junqueira de Azevedo (2004, p. 376):

Por outro lado, mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam a conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido de que sobre eles cabe dizer: “imagine se todas as vezes fosse assim!”. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida – mais especificamente na qualidade de vida.

Dois problemas surgem em tais danos: o primeiro está envolto na legitimidade de quem deve receber a indenização e o segundo se poderia conceder de ofício pelo Julgador sendo um julgamento extra petita.

Este estudo posiciona-se que as indenizações devem ser destinadas aos agentes do setor público não-estatal, já que os danos atingem toda a coletividade, de forma que a indenização deve ser a alguma entidade que preste serviço à sociedade indistintamente.

Relativo ao julgamento extra petita, não merece prosperar tal argumento, tendo em vista que o fundamento da aplicação da penalidade é em normas constitucionais, portanto tendo natureza de ordem pública. Outro fato é que a indenização não irá ao autor da demanda, mas sim à coletividade e tem caráter de desestimulador e educativo em prol da proteção a dignidade da pessoa.

CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a atuação da empresa Serasa, especialmente em seus cadastros denominados Credit Bureau Serasa e Credit Bureau Scoring. Inegável a importância de tais mecanismo para colaborar com a diminuição dos riscos e busca pelo desenvolvimento sustentável, todavia a maneira que está sendo realizado não está de acordo com a legislação vigente.

De acordo com o art. 43 do CDC os Arquivos de Consumo têm natureza pública e o legislador positiva a importância de tais cadastros. Entretanto, o mesmo artigo, preocupou-se que ao realizar tais cadastros alguns cuidados sejam tomados, propiciando

assim aos consumidores os direitos constitucionalmente reconhecidos, como o direito a informação, privacidade, intimidade, devido processo legal e ampla defesa.

Dessa forma ao não respeitar o dever de prévia notificação (CDC, §2º, art. 43 ou Lei nº 12.414/2011 art. 4º) a empresa ora em comento, comete um ato ilícito, ferindo não apenas ao disposto supra citado, mas também ao direito a intimidade e privacidade, o direito a informação e ao devido processo legal.

Após aferir a conduta, verifica-se que a atitude da empresa é passível de repressão por parte do Estado e o meio adequado a conseguir tal fato é a responsabilidade civil. A sua função social tem caráter tríplice: reparar ou ressarcir ou dano, desestimular novas práticas e educativa.

Tradicionalmente ao se trabalhar com a indenização, falam-se em danos materiais (emergentes ou lucro cessantes) e danos morais, com o desenvolvimento da sociedade novos bens jurídicos começam a ser protegidos, daí decorre os novos danos: danos estéticos, danos por perda de uma chance, danos morais coletivos, danos existenciais e danos sociais ou difusos.

Analisando os elementos da responsabilidade civil, verifica-se presente a conduta humana já que o cadastro foi realizado por tal instituição. De igual forma presente a culpa já que não observadas as normais legais e também existe o nexo de causalidade, já que devido a conduta da empresa que o crédito do consumidor fica condicionado a sua pontuação. No caso em análise, verifica-se que ao inscrever o nome do consumidor sem seu prévio conhecimento ou consentimento, fere o direito de privacidade do indivíduo e por se tratar de um dano presumido (*in re ipsa*), o que importa dizer que a conduta gera o dano.

Além dos danos morais, o presente estudo entende que também é passível aplicação, no presente caso, dos danos sociais, também conhecidos como difuso. No atual Estado brasileiro, positivou o princípio da dignidade como fundamento basilar do Estado, desta forma ele é de extrema importância para (re) estruturar as relações sociais.

Ocorre uma socialização do direito, onde os valores coletivos sobrepõem-se aos valores individuais como forma de ampliação a proteção da dignidade. Ao se falar em dano social este surge como instrumento efetivador da dignidade, principalmente devido ao seu caráter desestimulador e educativo. Desta forma por ter fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, portanto sendo matéria de ordem pública, pode o Juiz diante de atos reiterados que afetam o sistema social, além da indenização fixada para parte, estipular indenização a título de dano social. Está deverá ser destinada a uma

entidade do setor público não-estatal, preferencialmente ligada a área afetada, como forma de ampliar a proteção a dignidade humana e do consumidor.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman. O direito do consumidor. **RT**, 670/50, ago. 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

_____. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Responsabilidade Civil – Teoria & Prática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1989.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONVICINI, Eugenio. **La Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè, 1971.

BRIZ, Jaime Santos. **La Responsabilidad Civil – Derecho Sustantivo y Derecho Procesal**. Madrid: Montecorvo, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1980.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. **Práticas abusivas da Serasa e do SPC**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil**, in Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KONDER, Comparto. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** 15/16, ano XIII, 1974.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Imprensa Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.

MELO, Nehemias Domingoss de. **Dano Moral nas Relações de Consumo: doutrina e jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWERT, José Luis Diez. **El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina**. Chile: Juridica de Chile, 1998.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Direito Civil:** Lei de introdução e parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** direito material e processual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, ano 27, p. 185-211, out./dez. 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro.** Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.