



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL E DEVER DE INFORMAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE
PROTEÇÃO AO CRÉDITO NAS ANOTAÇÕES RESTRITIVAS NO BANCO CENTRAL
DO BRASIL

Walmir de Almeida Barreto Júnior

Rio de Janeiro

2016

WALMIR DE ALMEIDA BARRETO JÚNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL E DEVER DE INFORMAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE
PROTEÇÃO AO CRÉDITO NAS ANOTAÇÕES RESTRITIVAS NO BANCO CENTRAL
DO BRASIL

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Orientador: Prof. Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2016

RESPONSABILIDADE CIVIL E DEVER DE INFORMAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO NAS ANOTAÇÕES RESTRITIVAS NO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Walmir de Almeida Barreto Júnior

Graduado pela Faculdade Moraes Junior. Advogado. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: a massificação do consumo gerou grande demanda por créditos diante da necessidade de aquisição dos bens da vida. Em função do alto número de inadimplemento nas obrigações contratuais, o mercado sentiu a necessidade de criar instituições que concentrassem informações sobre o mau pagador, a fim de calcular o risco dessas operações. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor houve grande revolução no tratamento dado ao tema diante de abusos cometidos contra o consumidor. A essência desse trabalho é abordar as soluções que os pensadores do direito conferem nas hipóteses de violação ao dever de informação pelas instituições de proteção ao crédito, notadamente na devolução de cheque sem provisão de fundos.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Serasa. Cheque sem fundos. Notificação prévia. Banco Central do Brasil.

Sumário: Introdução. 1. Art. 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor: responsabilidade civil dos bancos de dados ou mera formalidade? 2. É possível atribuir responsabilidade civil ao SPC/Serasa pelo não recebimento da notificação nos casos decorrentes de ato de falsário? 3. Responsabilidade pela falta de informação prévia acerca da anotação feita no cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento da sociedade de consumo de massa, se intensificou a busca pelo crédito como forma de proporcionar acesso aos bens da vida. Seja antes da implementação do cartão de crédito no Brasil, fato ocorrido em 1954, seja no início da sua utilização ou ainda nos dias de hoje, o cheque sempre foi um importante instrumento para essa finalidade.

Entretanto, nas vezes em que o banco sacado devolvia o título por falta de fundos, muitas vezes por equívoco, outras por ato de falsário, outras em decorrência de ausência ou insuficiência de valor disponível, o consumidor não tinha ciência do fato. Assim, estava impossibilitado de evitar a anotação do seu nome nos cadastros restritivos do SPC/SERASA e no cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central do Brasil.

Ocorreu que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a atividade das instituições que administram os bancos de dados de restrição ao crédito foi regulamentada, revolucionando a forma com que o tema passou a ser tratado no Brasil.

Portanto, este trabalho busca demonstrar a importância do tema para a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, que certamente sofre grave violação quando o nome do consumidor é anotado em cadastro(s) de devedores, uma vez que mancha o seu nome e gera a perda de acesso ao crédito, dificultando a aquisição dos bens da vida. Isto implica em retirar aquele consumidor do mercado, o que poderá gerar sérias influências no PIB do país, considerando uma escala nacional.

Sob o ponto de vista jurídico, trata-se de colocar o direito à informação no devido patamar a que foi alçado pelo legislador, notadamente no que diz respeito à ciência acerca de apontamento restritivo.

O primeiro capítulo propõe o debate acerca dos efeitos do descumprimento do dever de informar sobre a anotação no cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central. Há responsabilidade civil? É mera formalidade? Mesmo que a anotação seja verdadeira, a falta de comunicação prévia pode gerar seu cancelamento? Este capítulo pretende demonstrar qual é o tratamento dado ao tema, se existe ou não violação a direitos da personalidade, tendo em vista o esvaziamento do instituto da reparação do dano moral pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O segundo capítulo pretende problematizar se é possível atribuir responsabilidade civil ao SPC/Serasa quando o consumidor não receber a notificação do apontamento nos casos decorrentes de ato de falsário. O objetivo deste capítulo é questionar até que ponto a teoria da expedição pode mitigar a aplicação de norma legal específica, diante dos problemas jurídicos e sociais decorrentes da violação ao dever de informação.

Por fim, o terceiro capítulo visa discutir a quem cabe a responsabilidade pela falta de informação prévia acerca da anotação feita no cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central: ao próprio Banco Central, por ser o detentor do cadastro? Ao Banco do Brasil S.A. por ser o gestor? Ao banco sacado por haver resolução específica impondo esse dever? Ao Serasa?

Este capítulo busca identificar qual é a solução viável para a proteção da dignidade humana diante da violação ao dever de informação nas anotações restritivas.

Em linhas gerais, a finalidade deste artigo é demonstrar a quem cabe o dever jurídico de informar acerca das anotações no cadastro do Banco Central do Brasil, bem como estudar a

solução legal e jurisprudencial para a proteção jurídica do consumidor, diante da sua vulnerabilidade para aquisição de crédito.

A metodologia utilizada é a bibliográfica - obras literárias e repertórios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro -, por demonstrar a importância científica do tema e sua repercussão na realidade social do país.

1 – ART. 43, §2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS DE DADOS OU MERA FORMALIDADE?

O direito do consumidor tem status de direito fundamental e foi erigido a princípio da ordem econômica, por força dos arts. 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

Na perspectiva desse artigo, é tema de grande importância a vulnerabilidade informacional e o status atribuído ao direito à informação pela nova ordem constitucional, como ensina Cláudia Lima Marques¹:

Também a interpretação das normas deve ser “conforme a Constituição”. Neste sentido, ensina a conclusão n. 1 do painel referente ao Direito Básico à Informação no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 02.05.2000, aprovada por unanimidade: “O direito à informação, conferido ao consumidor, é espécie do gênero direitos fundamentais, como especificação da tutela constitucional do consumidor [...]”

Por isso, o direito à informação foi erigido a direito básico pelo Código de Defesa do Consumidor, que o positivou em várias normas, vide arts. 4º, IV, 6º, III e parágrafo único (introduzido pela Lei 13.146/2015), 8º, caput e parágrafo único, 9º, 12, 14 e, para os fins deste artigo, no art. 43, caput e §2º.

Uma vez que deriva diretamente da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor tem status constitucional. Seu eixo central é o princípio da vulnerabilidade, segundo o qual o consumidor é a parte mais fraca na relação jurídica com o fornecedor de produtos e serviços (presunção absoluta), que é o detentor do capital e dos meios de produção.

A lei mencionada tem cunho protetivo, traz normas de defesa para reequilibrar a relação jurídica que já nasce em completa desigualdade de forças.

¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 415.

Embora o objeto deste trabalho sejam os bancos de dados de cadastros negativos, é importante dizer que os cadastros positivos – regulamentados pela Lei 12.414/2011 - também se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor, como ensina Cláudia Lima Marques², ao se referir a estes: “Cria-se, assim, no Brasil o sistema do credit score (...). O art. 17 reafirma que, em sendo o “cadastrado” um consumidor, as sanções do Código de Defesa do Consumidor terão efeitos”.

Buscando diminuir os índices de inadimplência, as instituições financeiras utilizam dados e estudos complexos para calcular as taxas de juros mais viáveis, de acordo com a modalidade de mútuo, a existência ou não de garantias, o histórico do cliente, suas características pessoais, hábitos de consumo e diversas outras variáveis, elementos fundamentais na gestão do risco.

Nesse cenário, o art. 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor³ é de importância capital, posto que impõe o dever de informação aos bancos de dados: “A abertura de cadastro, ficha registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

A finalidade da norma é proporcionar ao consumidor a oportunidade de evitar o apontamento restritivo, quer para se defender de anotações indevidas, quer para ter a chance de quitar a dívida a tempo de não ter o seu nome anotado, diante das graves consequências que o fato gera em sua esfera jurídica.

Embora não haja relação contratual entre o consumidor e as empresas que administram cadastros de devedores, há relação de consumo entre eles, caracterizando-se a figura do consumidor por equiparação, nos termos do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, o que significa atrair todo o sistema de proteção e as normas de favorecimento na defesa dos direitos do consumidor em Juízo.

Assim, por exemplo, em eventual apontamento restritivo indevido, a inversão do ônus da prova é *ope legis*, por se tratar de fato do serviço, nos termos do art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade será objetiva, nos termos *caput* do desse dispositivo legal. Afirma Cavalieri Filho⁴ que “A inversão estabelecida no §3º dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, específica para a responsabilidade civil do

² Ibid., p. 898.

³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 539.

fornecedor, é ope legis (...) não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória, por força de lei.”

A experiência tem demonstrado a necessidade de controlar os abusos praticados por instituições que administram bancos de dados negativos, diante da repercussão de um apontamento na vida do consumidor.

Por outro lado, há que se reconhecer a importância da atividade desenvolvida por essas corporações no país, dentro do contexto de sociedade de consumo de massa, uma vez que é necessário manter e proteger a higidez econômica das empresas que operam no mercado nacional, como bem pontuado por Cláudia Lima Marques⁵:

Assim, a ADIN 1.790-5/DF, citada acima, que prega a “convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo (...) a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e que a ‘garantia da privacidade há de harmonizar-se com a existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXXII, in fine) e entre os quais os arquivos é um dado inextirpável da economia fundada em relações massificadas de crédito.

Surgem algumas discussões no tocante aos bancos de dados. É possível responsabilizá-los quando faltarem com o dever de informação nas anotações decorrentes de ato de falsário? Esse tema que será abordado no próximo capítulo.

Outras controvérsias surgem nesse tema: quais são os efeitos do descumprimento do dever de informar acerca do apontamento nos cadastros restritivos? Trata-se de mera formalidade? A violação dessa obrigação gera o cancelamento do apontamento, mesmo que a dívida seja verdadeira?

A falta da informação acarreta o cancelamento do apontamento restritivo, ainda que seja verdadeiro?

Quanto ao cabimento do dano moral, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a criticável súmula 75⁶, produto de jurisprudência defensiva, destinada a desestimular o ajuizamento de ações judiciais por violação aos direitos da personalidade “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”:

⁵ MARQUES, op. cit., p. 896.

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 75. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/dano_moral.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Com fundamento nesse enunciado, certa corrente jurisprudencial de entendimento bastante ultrapassado e viés excessivamente conservador vinha sustentando a inexistência de dano moral no descumprimento do dever de informar, como fora decidido por decisão monocrática proferida em 14.06.2012, relatada pelo Des. Rogerio de Oliveira Souza, nos autos na apelação cível nº 0373522-33.2010.8.19.0001, em exercício na 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em sentido diametralmente oposto, ao abordar o art. 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor, o Desembargador Werson Rego⁷ ensina que:

Para que haja o regular exercício do direito do fornecedor de incluir o nome do consumidor nos órgãos de restrição ao crédito, imprescindível se faz que o consumidor seja previamente notificado, o que lhe permitirá o exercício do direito de ampla defesa.

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso repetitivo, REsp 1061134/RS – 2ª Seção – Rel.: Ministra Nancy Andrighi – Publicação no DJe de 01.04.2009⁸:

- Orientação 2: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistir inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto.

II- Julgamento do recurso representativo.

- É ilegal e sempre deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito realizada sem a prévia notificação exigida pelo art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Muito embora a decisão proferida no recurso repetitivo seja datada de 2009, ostentou entendimento moderno e continua atual, convergente com a cláusula geral da boa-fé objetiva e com a preocupação do poder constituinte originário, de conferir proteção especial ao consumidor, diante da presunção absoluta de sua vulnerabilidade nas relações jurídicas com os fornecedores, como ensina Leonardo Roscoe Bessa⁹:

⁷ REGO, Werson. *Solidariedade e responsabilidade subsidiária: bancos de dados e cadastros de consumidores*, Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_80.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016, p. 83.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1061134. Relator: Ministra Nancy Andrighi Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4544235&num_registro=200801138376&data=20090401&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Responsabilidade civil dos bancos dos dados de proteção ao crédito: diálogo entre o CDC e a lei do cadastro positivo*. Disponível em: <http://revistampcon.com.br/edicoes/01/artigos/ARTIGO_2014-RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_BANCOS_DOS_DADOS_DE_PROTECAO>

A última assertiva é a que interessa ao presente artigo. Na análise da responsabilidade civil decorrente das atividades desenvolvidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito devem ser considerado particularmente o disposto no art. 16 da Lei 12.414/1114 que estabelece responsabilidade objetiva e solidariedade passiva entre banco de dados, fonte e consulente pelos danos morais e patrimoniais causados ao consumidor.

A atualidade desse entendimento se reflete na recentíssima jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível nº 0025208-63.2014.8.19.0204 – 26ª Câmara do Consumidor – Rel.: Des. Denise Nicoll Simões, proferido em julgamento em 30.06.2016¹⁰:

[...] O Superior Tribunal de Justiça, inclusive em recurso submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, já fixou o entendimento de que o Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo, por ser de consulta restrita, não pode ser considerado como banco de dados públicos para o fim de afastar o dever de proceder à prévia notificação prevista no artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido, além disso, que a simples ausência de notificação já acarreta os danos morais, pouco importando se o consumidor admite ou não o débito, já que a ratio do dispositivo legal é a de preveni-lo de que seu nome será exposto publicamente como de alguém que não honra suas obrigações [...]

É bem verdade que se fala de uma suposta indústria do dano moral mas, se esta existe, não pode ser atribuída ao consumidor e sim aos fornecedores de produtos e serviços geram a matéria-prima: o dano.

Essa realidade foi muito bem observada pelos autores do anteprojeto¹¹:

Reclama-se do nascimento de uma “indústria do dano moral” no Brasil, mas não se pondera e almeja, sinceramente, modificar as práticas comerciais dos fornecedores que alimentam estes bancos e que são solidariamente responsáveis, ou modifica as práticas comerciais dos próprios organizadores destes bancos públicos e privados, também solidariamente responsáveis perante os consumidores.

O fato é que a responsabilidade civil nem sempre será suficiente para proteger a pessoa, principalmente na sociedade de consumo de massa, fruto do mundo moderno, onde se associa a aquisição de bens à qualidade de vida do ser humano.

_AO_CREDITO-DIALOGO_ENTRE_O_CDC_E_A_LEI_DO_CADASTRO_POSITIVO-LEONARDO_ROSCOE_BESSA.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016, p. 8.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0025208-63.2014.8.19.0204. Relator: Des. Denise Nicoll Simões Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹¹ BENJAMIN, Herman et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 980.

A publicidade maciça e ostensiva forja a necessidade de adquirir eletrônicos, contratar pacotes de telefonia, frequentar determinados restaurantes, contrair empréstimos bancários, necessidades às vezes muito mais fictícias que reais.

Por outro lado, há produtos e serviços que são verdadeiras imposições da vida moderna, como a aquisição de softwares para o trabalho (teoria do finalismo mitigado), de aparelho de televisão para o entretenimento da família, da internet como forma de educação e acesso ao mundo ou os serviços bancários para a segurança de dinheiro em espécie.

Todas essas contratações, se feitas através do crédito, são impossíveis ao consumidor que estiver com seu nome apontado em cadastros de devedores.

A informação acerca da anotação restritiva tem a finalidade de oportunizar a regularização do problema, seja evitando o apontamento indevido, seja quitando a conta pendente.

Portanto, além da responsabilidade civil, a falta da informação deve gerar o cancelamento imediato do apontamento, justamente por colocar em xeque toda a lógica do sistema, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.538.164 / PR, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado pela 3ª Turma em 20.10.2015¹²:

Recurso especial. Cadastro de proteção ao crédito. Serasa. Inscrição. Necessidade de notificação prévia. Artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Cancelamento. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se o fato de o devedor não negar a existência da dívida impede o cancelamento do registro no cadastro de inadimplente, realizado sem a observância do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

2. A inscrição do nome do consumidor em cadastro de proteção ao crédito, ainda que efetuada com base nas informações fornecidas pelo Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos, depende de prévia notificação do consumidor.

3. A ausência da notificação prévia enseja o cancelamento da respectiva inscrição. Precedentes. 4. Recurso especial provido.

O descumprimento do dever de informar pelos bancos de dados de devedores acarreta a responsabilidade civil dessas instituições por culpa contra a legalidade, como ensina a doutrina¹³:

O tratamento de informações – positiva ou negativas – pelas entidades de proteção ao crédito é atividade potencialmente ofensiva a direitos da personalidade do consumidor (privacidade e honra). Embora relevantes para o mercado e para o consumidor, as entidades de proteção ao crédito devem observar rigorosamente os limites e requisitos estabelecidos pela lei, sob pena de ofensa a direitos da

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.538.164. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado?componente=ATC&sequencia>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹³ BESSA, op. cit., p. 5.

personalidade e, conseqüentemente, surgimento do dever de indenizar os danos morais e materiais causados aos consumidores.

No entanto, como se verá no próximo capítulo, existe a possibilidade de exclusão da responsabilidade civil dos bancos de dados.

2 – É POSSÍVEL ATRIBUIR RESPONSABILIDADE CIVIL AO SPC/SERASA PELO NÃO RECEBIMENTO DA NOTIFICAÇÃO NOS CASOS DECORRENTES DE ATO DE FALSÁRIO?

Como foi demonstrado no capítulo anterior, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que o descumprimento do dever de informação acerca do apontamento restritivo gera a responsabilidade civil do mantenedor do bancos de dados e impõe o cancelamento da anotação restritiva.

Isto decorre da aplicação de uma série de normas protetivas, previstas constitucionalmente, como ensinam os autores do anteprojeto¹⁴:

Encontram-se hoje no direito constitucional brasileiro os princípios de proteção à privacidade (art. 5º, X da CF/1988 c/c Lei Complementar 105/2001 , sobre sigilo bancário), do direito de acesso, direito de retificação e direito de complementação de suas informações (art. 5º, XIV, XXXIII, da CF/1988 c/c com a lei sobre habeas data, Lei 9.507/1997), defesa da dignidade da pessoa humana (art. 1º, , III da CF/1988) e da proteção especial do cidadão enquanto consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) e agente econômico com direitos de personalidade (at. 170, V da CF/1988 e Súmula 227 do STJ).

Como se sabe, a regra geral do Código Civil é a responsabilidade subjetiva, que vem sendo cada vez mais relativizada, onde é necessária a prova da conduta, dano, nexos causal e culpa para caracterizar o dever de indenizar.

Ocorre que o microsistema do Código de Defesa do Consumidor instituiu a responsabilidade objetiva como regra geral, com a exceção dos profissionais liberais, a quem se aplica a responsabilidade fundada na culpa, tornando desnecessária a prova do elemento culpa.

Não há dúvidas de que, uma vez que exploram atividade empresarial e se amoldam ao conceito de fornecedor de serviços, os mantenedores de bancos de dados sofrem a

¹⁴ BENJAMIN, op. cit., p. 979.

aplicação da teoria do risco do empreendimento, prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, se sujeitam à inversão do ônus da prova *ope legis*, por força do art. 14, §3º do mesmo Código: “ § 3º¹⁵ O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:[...]”.

A intenção do legislador foi estabelecer o reequilíbrio de forças, conferindo proteção estatal ao mais fraco, em atenção ao princípio da vulnerabilidade, como visto no capítulo anterior.

Na perspectiva do dever de informação imposto aos mantenedores dos bancos de dados, cabe a estes fazer prova judicial de que comunicaram o consumidor. A responsabilidade do banco de dados se limita ao dever de informação.

Para se livrar do dever de indenizar, o banco de dados (SPC/SERASA) deverá provar alguma das excludentes donexo causal, elencadas nos incisos do art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor ou provar a postagem da notificação.

Conforme consta no capítulo 1, é o fornecedor de produtos e serviços quem faz a análise do risco de inadimplência do consumidor e não o banco de dados, como ensina Werson Rego¹⁶: “[...] sendo vedado ao órgão restritivo de crédito estabelecer de antemão o grau de risco de inadimplência do consumidor”.

Contudo, se o apontamento restritivo decorrer de ato de falsário?

Numa leitura desavisada da súmula 94 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, poderia se defender a aplicação desse enunciado ao SPC/SERASA¹⁷: "Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar."

Ocorre que a súmula mencionada, que diz respeito a ato de falsário, não pode ser aplicada aos bancos de dados, já que o SPC/SERASA não tem a oportunidade, muito menos o dever jurídico de analisar os documentos trazidos pelo falsário no momento da contratação.

A responsabilidade civil dos bancos de dados está no plano da comunicação acerca do apontamento e não pela inscrição indevida em si, fato imputável tão somente a quem fez a restrição cadastral.

Nesse sentido, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁸, ressaltando-se que no caso concreto foi atribuída responsabilidade ao banco de dados pela

¹⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹⁶ REGO, op. cit., p. 87.

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Súmula 94. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-94>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

falta de comunicação e não pela anotação restritiva, que decorreu de fraude – vide o resultado da Apelação Cível nº 0001183-35.2009.8.19.0212 – 9ª Câmara Cível – Rel.: Des. Adolpho Andrade Mello – Julgamento proferido em 07.10.2014.

Direito civil. Obrigação de fazer c/c indenização. Roubo de documentos. Fraude na utilização de cheque que veio a ser protestado. Sentença. Procedência quanto à 1ª ré, condenação ao pagamento de dez mil reais a título de dano moral. Improcedência em relação ao serasa. (...) Deve também ser responsabilizado o 2º réu, por não feita a necessária comunicação prévia. Sentença confirmada. Serasa é apenas um banco de dados de consumidores. Finalidade, realizar anotações restritivas de crédito conforme as informações que lhes são fornecidas pelas instituições que se utilizam de seus serviços. Destarte, não lhe cabe, averiguar a veracidade de tais informações. Eventuais anotações equivocadas são de exclusiva responsabilidade da instituição que as requereu. Como, aliás, fora reconhecido na sentença. Negativa de seguimento ao recurso.

Diga-se de passagem, quanto ao prazo máximo em que o nome do consumidor pode permanecer no cadastro restritivo de crédito, Werson Rego¹⁹, mencionando o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor e a Súmula 323 do Superior Tribunal de Justiça, ensina que “o nome do consumidor só pode permanecer legitimamente negativado pelo prazo máximo de 05 (cinco) anos, a contar da data do inadimplemento da obrigação e não da inscrição propriamente dita”.

Quanto ao dever de informação nos apontamentos gerados por fraude, a jurisprudência mitigou a teoria do risco do empreendimento em relação aos bancos de dados, ao acolher a teoria da expedição, conforme a súmula 93 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que se alinha à súmula 404 do Superior Tribunal de Justiça²⁰:

Súmula 93 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - A comunicação a que se refere o artigo 43, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, independe de maior formalidade e prescinde de comprovação por aviso de recebimento, bastando prova da postagem ao consumidor no endereço constante do contrato”.²¹
Súmula 404 do STJ - 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.

¹⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0001183-35.2009.8.19.0212. Relator: Desembargador Adolpho Andrade Mello. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EF16FD41DC31DDA4516682247D47867CC50330313C33&USER>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹⁹REGO, op. cit., p. 88.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 404. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula404.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

²¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 93. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumula-93>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Esse entendimento jurisprudencial merece duras críticas. Ao mitigar indevidamente a aplicação da teoria do risco do empreendimento para os administradores dos bancos de dados, relativiza o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e, indiretamente, pensa o dever de informação na fraude como risco do consumidor, como ensina Nayron Divino Toledo Malheiros²², em seu artigo *Uma análise crítica da súmula 404 do STJ*:

Da forma que restou configurada pelo STJ, não se busca dar ciência ao consumidor, mas sim exigir apenas o envio de uma notificação, independentemente de esta chegar às mãos do maior interessado, repassando assim um ônus e o risco do empreendimento comercial dos bancos de dados única e exclusivamente para os consumidores.

3. RESPONSABILIDADE PELA FALTA DE INFORMAÇÃO PRÉVIA ACERCA DA ANOTAÇÃO FEITA NO CADASTRO DE EMITENTES DE CHEQUES SEM FUNDOS DO BANCO CENTRAL.

Antes de discutir o tema central deste capítulo, já houve certo celeuma acerca do tempo em que, após quitada a dívida, o fornecedor pode manter o nome do consumidor nos cadastros de devedores.

Werson Rego²³ ensina que

Com efeito, muito já se discutiu em sede doutrinária e jurisprudencial acerca do prazo que o fornecedor tem para excluir o nome do consumidor do rol de inadimplentes após a quitação da obrigação, tendo o STJ definido que tal obrigação deve ser cumprida no prazo máximo de 5 dias úteis, devendo ser aplicada ao caso de forma analógica a regra do art. 43, §3º do Código de Defesa do Consumidor.

Se por um lado a jurisprudência tem sido complacente com os bancos de dados nas anotações decorrentes de fraude, por outro lado tem sido bastante ativista nas anotações feitas no cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central: nesses casos, quem tem o dever jurídico de informar?

Uma análise superficial dá a entender que seria o Banco Central, como consequência lógica da sua posição de ser o detentor do cadastro de emitentes de cheques sem fundos.

²² MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. *Uma análise crítica da Súmula 404 do STJ*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/13798/uma-analise-critica-da-sumula-404-do-stj>>. Acesso em: 15 out. 2016.

²³ REGO, op. cit., p. 86.

No entanto, usando seu poder normativo, essa autarquia federal atribuiu ao Banco do Brasil S.A. a condição de gestor do cadastro - art. 16 da Resolução 1.682/1990 do Banco Central do Brasil.

A interpretação sistemática com o art. 19, IV da Lei Bancária²⁴, conduz ao entendimento de que a responsabilidade seria do Banco do Brasil S.A.²⁵, uma vez que é o responsável por executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis:

Art. 19. Ao Banco do Brasil S. A. competirá precipuamente, sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional e como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal: (...)

IV - executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis;

Art. 16. As inclusões e as exclusões de ocorrências do CADASTRO DE EMITENTES DE CHEQUES SEM FUNDOS DO serão consolidadas pelo Executante do serviço de compensação de cheques e outros papéis e distribuídas, em meios magnéticos, às instituições inscritas no serviço, até o último dia da quinzena subsequente. Este prazo poderá ser reduzido pelo Banco Central do Brasil, ouvido o Executante.

Em função disso, começou a se questionar nos Tribunais se o dever de notificar o consumidor acerca de apontamento no cadastro de emitentes de cheques sem fundos seria do Banco do Brasil S.A.

No silêncio do Código de Defesa do Consumidor, é possível buscar solução na Lei 12.414/2011, que também se aplica aos bancos de dados negativos – vide art. 1º da lei mencionada combinado com o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor -, como ensina Leonardo Roscoe Bessa²⁶:

As questões relacionadas à responsabilidade civil decorrentes das atividades desenvolvidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito exigem análise harmônica e coordenada – diálogo das fontes – entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 12.414/11.

No entanto, após divergências jurisprudenciais, a questão foi definida pelo Superior Tribunal de Justiça.

²⁴ BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

²⁵ BRASIL. Resolução n. 1.682 de 31 de janeiro de 1990. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/44941/Res_1682_v1_>. Acesso em: 01 jul. 2016.

²⁶ BESSA, op. cit., p. 6.

Conforme informativo 568 daquela Corte, em julgamento de recurso repetitivo no REsp 1.354.590/RS publicado no DJe de 15/09/2015, a 2ª Seção pacificou o tema, em decisão relatada pelo Ministro Raul Araújo²⁷:

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "O Banco do Brasil, na condição de mero operador e gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos, não detém legitimidade passiva para responder por danos resultantes da ausência de notificação prévia do correntista acerca de sua inscrição no referido cadastro, obrigação que incumbe ao banco sacado, junto ao qual o correntista mantém relação contratual.

O julgado aponta se inclina em imputar o dever ao banco sacado, entendimento que tem fundamento no art. 1º, "a" da Circular 2.250/1992.²⁸

A controvérsia é objeto da Súmula 572 da mesma Corte de Justiça, editada em maio de 2016²⁹:

Súmula 572 - O Banco do Brasil, na condição de gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos, não tem a responsabilidade de notificar previamente o devedor acerca da sua inscrição no aludido cadastro, tampouco legitimidade passiva para as ações de reparação de danos fundadas na ausência de prévia comunicação.

Portanto, o entendimento que tem prevalecido hoje é que a relação jurídica entre o consumidor – emitente do cheque – e o Banco do Brasil S.A., enquanto gestor do cadastro, é de Direito Administrativo e não relação de consumo.

No entanto, a prática tem demonstrado que as informações constantes no cadastro de emitentes de cheques sem fundos são automaticamente inseridas no cadastro do SPC/Serasa.

Conforme doutrina de Werson Rego³⁰, "a obrigação da notificação prévia recai sobre o órgão cadastral, cuja ausência pode gerar o dever de indenizar, ainda que se trate de um consumidor devedor".

Trata-se de entendimento consolidado na Súmula 359³¹ do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição".

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.354.590. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51751548&num_registro=201202471259&data=20150915&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jul. 2016.

²⁸ BRASIL. Banco Central, Circular n. 2250. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1992/pdf/circ_2250_v1_o.pdf>. Acesso em: 01 jul.2016.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 572. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='572'>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

³⁰ REGO, op. cit., p. 87.

Julgando recurso repetitivo cujo objeto foi o cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça solucionou a questão, responsabilizando o SPC/Serasa – ver REsp 1061134/RS – 2ª Seção – Rel.: Ministra Nancy Andrighi – Publicação no DJe de 01.04.2009³²:

- Orientação 1: Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas.
- Orientação 2: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistir inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto.

Como visto nos capítulos anteriores, trata-se de responsabilidade objetiva dos bancos de dados³³: “na realidade, o Código do Consumidor deu uma guinada de 180 graus na disciplina jurídica então existente, na medida em que transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor”.

Portanto, a jurisprudência pacificou entendimento de que o Serasa é o destinatário da norma do art. 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor mesmo nas ocorrências do cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central, rejeitando a tese de defesa que tentava imputar a responsabilidade ao Banco do Brasil S.A., por ser gestor do cadastro.

CONCLUSÃO

Conforme visto nas linhas acima, a Lei determina que o consumidor seja notificado previamente sempre que houver solicitação de apontamento restritivo contra o seu nome, dever jurídico imposto aos órgãos de proteção ao crédito.

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 359. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=359&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=SUM>. Acesso em: 01 out. 2016.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1061134. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4518111&num_registro=200801138376&data=20090401&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 03 jul.2016.

³³ CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 514.

Isto decorre do direito à informação, que está ligado ao princípio da vulnerabilidade, ponto central do Código de Defesa do Consumidor.

Uma vez que ocorra falha no cumprimento dessa obrigação, os bancos de dados estarão sujeitos ao cumprimento da obrigação de fazer - dever de cancelamento da anotação - e à responsabilidade civil.

Portanto, não é mera formalidade.

No entanto, caso o apontamento decorra de fraude, a jurisprudência vem acolhendo a teoria da expedição e mitigando a teoria do risco do empreendimento em relação aos bancos de dados, que deverão apenas provar o envio da carta-comunicado para o endereço do contrato.

Um dos fundamentos mais fortes para isso é que tais instituições não participaram da formação da relação contratual, fato que torna inexigível que tenham controle sobre a verificação do endereço.

Nos apontamentos feitos no cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central do Brasil, o dever de informação não cabe à autarquia federal mencionada – o que decorreria de interpretação literal da Lei -, nem ao banco sacado, muito embora haja norma administrativa expressa nesse sentido. Também não cabe ao Banco do Brasil S.A., gestor do cadastro.

Mesmo nessa hipótese, o dever continua sendo do SPC/SERASA.

Portanto, se conclui que o órgão de proteção ao crédito tem o dever jurídico de informar o consumidor acerca de toda e qualquer anotação feita em seu cadastro, ainda que se trate de apontamento feito no cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central do Brasil.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Herman et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Responsabilidade civil dos bancos dos dados de proteção ao crédito: diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a lei do cadastro positivo*, Disponível em: <http://revistampcon.com.br/edicoes/01/artigos/ARTIGO_2014-RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_BANCOS_DOS_DADOS_DE_PROTECAO_AO_CREDITO-DIALOGO_ENTRE_O_CODIGO_DE_DEFESA_DO>

CONSUMIDOR_E_A_LEI_DO_CADASTRO_POSITIVO-LEONARDO_ROSCOE_BESSA .pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Banco Central, Circular nº 2250. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1992/pdf/circ_2250_v1_o.pdf>. Acesso em: 01 jul.2016.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1061134. Relator: Ministra Nancy Andrighi
Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4544235&num_registro=200801138376&data=20090401&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.538.164. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado?componente=ATC&sequencia>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.354.590. Relator: Ministro Raul Araújo.
Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51751548&num_registro=201202471259&data=20150915&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1061134. Relator: Ministra Nancy Andrighi.
Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4518111&num_registro=200801138376&data=20090401&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 03 jul.2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 359. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=359&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=SUM>. Acesso em: 01 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 404. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula404.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 572. Disponível em:
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='572'](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='572'>)>. Acesso em: 03 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0025208-63.2014.8.19.0204. Relator: Desembargadora Denise Nicoll Simões Disponível em:
<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0001183-35.2009.8.19.0212. Relator: Desembargador Adolpho Andrade Mello. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EF16FD41DC31DDA4516682247D47867CC50330313C33&USER>>. Acesso em: 15 jul. 2016

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRINOVER Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed.v. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. *Uma análise crítica da Súmula 404 do STJ*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13798/uma-analise-critica-da-sumula-404-do-stj>>. Acesso em: 15 out. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REGO, Werson, *Solidariedade e responsabilidade subsidiária; bancos de dados e cadastros de consumidores*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_0.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.