



A Inteligência Artificial treinada com os julgados comentados pelo Dizer o Direito

Conheça

(<https://buscador dizerodireito.com.br/redirect/iadod?url=sobre>)



EDIÇÃO N. 160: DIREITO DO CONSUMIDOR IV

Categoria: **Direito do Consumidor**

Jurisprudência em Teses do STJ

EDIÇÃO N. 160: DIREITO DO CONSUMIDOR IV

1) Na ação consumerista, o Ministério Público faz jus à inversão do ônus da prova, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus da demanda.

A inversão do ônus da prova está prevista no art. 6º, VIII, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Essa possibilidade de inversão do ônus da prova também se aplica para as ações coletivas propostas pelo Ministério Público na defesa dos consumidores. Isso porque a providência irá beneficiar a coletividade consumidora.

2) A ausência de comunicação acerca da disponibilização/comercialização de informações pessoais do consumidor em bancos de dados configura dano moral presumido (*in re ipsa*).

PROCOB

PROCOB é uma empresa que trabalha com a gestão e o fornecimento de informações relacionados com consumidores e que estão armazenadas em seu banco de dados.

Explicando melhor. A PROCOB possui um banco de dados alimentado com dados pessoais de milhares de consumidores, incluindo informações como nome, endereço, data de nascimento etc.

A PROCOB oferece o serviço chamado "know your customer" por meio do qual oferece às empresas que contratarem um relatório geral contendo várias informações sobre o consumidor, dentre elas o endereço,

telefones, e-mails, situação na Receita Federal, Geomarketing, possíveis parentes, residentes no mesmo

endereço etc.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João descobriu que seus dados pessoais estavam armazenados pela PROCOB e foram disponibilizados (comercializados) para uma determinada empresa com quem ele estava negociando.

Diante disso, João ajuizou ação de indenização por danos morais alegando que o PROCOB não poderia ter vendido esses dados sem comunicá-lo.

Primeira pergunta: é necessário que a empresa comunique o consumidor caso faça a disponibilização/comercialização das informações pessoais desse consumidor e que estão armazenadas em seu banco de dados?

SIM.

Lei nº 12.414/2011

A Lei nº 12.414/2011 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.

Segundo o art. 2º, I, desta Lei, considera-se "banco de dados" o conjunto de dados relativo a 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.

Dever de informação

A gestão do banco de dados impõe a estrita observância das regras do CDC e da Lei nº 12.414/2011.

Dentre as exigências da lei, destaca-se, o dever de informação, que tem como uma de suas vertentes o dever de comunicar por escrito ao consumidor a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele, consoante determina o § 2º do art. 43 do CDC:

Art. 43 (...) § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

O consumidor tem o direito de tomar conhecimento de que informações a seu respeito estão sendo arquivadas/comercializadas por terceiro, sem a sua autorização, porque desse direito decorrem outros dois que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico:

- a) o direito de acesso aos dados armazenados e;
- b) o direito à retificação das informações incorretas.

Conforme explica Leonardo Roscoe Bessa:

"Em sua origem, a privacidade estava associada ao direito de ser deixado em paz – right to be let alone. A preocupação atual, entretanto, é proteger o cidadão em relação aos modernos – e cada vez mais eficientes – mecanismos de informática de tratamento (coleta, armazenamento e difusão) de dados. Some-se a isso a crescente tendência de análise, julgados de valor das pessoas a partir de um perfil digital, ou seja, de dados obtidos friamente em redes eletrônicas, pela internet, por transferências não autorizadas que, invariavelmente, não correspondem a situações reais, ensejando tratamento discriminatório, julgamentos rápidos e equivocados ou acesso a informações que integram dados sensíveis. Esta nova configuração de tratamento de dados, permitida pelo progresso na área da informática apresenta, ao lado de benefícios, ameaça à dignidade da pessoa humana, a direitos da personalidade, podendo significar a perda ou significativa diminuição de autonomia e liberdade pessoais." (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. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 92, mar./abr. 2014).

Assim, a inobservância de qualquer dos deveres associados ao tratamento (que inclui a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros) dos dados do consumidor – dentre os quais se inclui o dever de informar – faz nascer para este a pretensão de indenização pelos danos causados e a de fazer cessar, imediatamente, a ofensa aos direitos da personalidade.

Voltando ao caso concreto

Para o STJ, a PROCOB violou o dever de informação e também manteve anotações de "informações excessivas", como as relativas aos possíveis parentes, aos residentes no mesmo endereço, e aos vizinhos dos endereços pesquisados – as quais em nada contribuem para a avaliação da situação econômica do cadastrado, como exige o § 1º do art. 3º da Lei nº 12.414/2011, e que, por isso, são expressamente proibidas pelo art. 3º, § 3º, I:

Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

§ 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.

§ 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

(...)

Quando o consumidor fornece seus dados para a realização de uma compra no comércio ele não está, implícita e automaticamente, autorizando o comerciante a divulgá-los no mercado; está apenas cumprindo as condições necessárias à concretização do respectivo negócio jurídico entabulado apenas entre as duas partes, confiando ao fornecedor a proteção de suas informações pessoais.

Do mesmo modo, o fato de alguém publicar em rede social uma informação de caráter pessoal não implica o consentimento, aos usuários que acessam o conteúdo, de utilização de seus dados para qualquer outra finalidade, ainda mais com fins lucrativos.

A violação a esses deveres configura dano moral com prejuízo presumido (dano moral *in re ipsa*).

Em suma:

Configura dano moral *in re ipsa* a ausência de comunicação acerca da disponibilização/comercialização de informações pessoais em bancos de dados do consumidor.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.758.799-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/11/2019 (Info 660).

Cuidado para não confundir com o credit scoring

O STJ deixou claro que a situação acima explicada é diferente da hipótese do escore de crédito.

O que é "escore de crédito"?

Escore de crédito (escore = pontuação), também chamado de "credit scoring" ou "credscore" é um sistema ou método utilizado para analisar se será concedido ou não crédito ao consumidor que pedir a concessão de um empréstimo ou financiamento.

No "credit scoring", a pessoa que está pedindo o crédito é avaliada por meio de fórmulas matemáticas, nas quais são consideradas diversas variáveis como a idade, a profissão, a finalidade da obtenção do crédito etc. Tais variáveis são utilizadas nas fórmulas matemáticas e, por meio de ferramentas da estatística, atribui-se uma espécie de pontuação (escore) para a pessoa que está pedindo o crédito. Quanto maior a nota (escore), menor seria o risco de se conceder o crédito para aquele consumidor e, conseqüentemente, mais fácil para ele conseguir a liberação.

Algumas das informações que são consideradas como variáveis na fórmula matemática do "credit scoring": idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço, histórico de outros créditos que pediu etc.

Com base em estudos estatísticos, concluiu-se que pessoas de determinado sexo, profissão, estado civil, idade etc. são mais ou menos inadimplentes. Logo, se o consumidor está incluído nos critérios considerados como de "bom pagador", ele recebe uma pontuação maior.

Não constitui banco de dados

O escore de crédito não é considerado como um cadastro ou banco de dados de consumidores.

O "credit scoring" é, na verdade, uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via "internet".

Constitui, em síntese, uma fórmula matemática ou uma ferramenta estatística para avaliação do risco de concessão do crédito (Min. Paulo de Tarso Sanseverino no REsp 1.419.697-RS).

Desnecessidade de autorização, mas exigência do dever de prestar esclarecimentos ao consumidor;

A empresa/instituição que for fazer a análise do crédito não precisa de autorização do consumidor para utilizar o "credit scoring". No entanto, este poderá solicitar que lhe sejam fornecidos esclarecimentos sobre as fontes dos dados que foram considerados (histórico de crédito), bem como sobre as suas informações pessoais valoradas. Em outras palavras, o consumidor pode pedir para saber os dados que foram avaliados no seu pedido de análise de crédito.

Súmula 550-STJ: A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

3) O clube de turismo e a rede conveniada de hotéis são responsáveis solidariamente pelo padrão de atendimento e pela qualidade dos serviços prestados, em razão da indissociabilidade entre as obrigações de fazer assumidas pela empresa e pelo hotel credenciado (art. 34 do CDC).

Bancorbrás

Bancorbrás é uma empresa privada que presta um serviço chamado de "Clube de Turismo Bancorbrás".

Por meio dele, o cliente paga um valor mensal (ex: R\$ 200) e, depois de um ano, pode utilizar 7 diárias em um dos milhares de hotéis que a Bancorbrás tem convênio, no Brasil e no exterior. É a chamada "rede conveniada".

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João e a família são clientes do Clube de Turismo Bancorbrás.

Eles ligaram para o serviço de atendimento do clube e reservaram um resort em Canoa Quebrada (CE) para ali passarem as férias.

Chegando ao hotel, tiveram desagradável surpresa.

No quarto havia um forte odor. João imaginava que seria cheiro característico de ambientes fechados e sem uso.

Depois de uma hora sentindo aquele cheiro e começando a ter náuseas, ele decidiu questionar uma funcionária sobre o fato. A atendente respondeu que aquele cheiro devia ser da dedetização que ocorreu no dia anterior.

Além disso, vale ressaltar que as condições do hotel eram insalubres, com um quarto antigo e repleto de problemas.

Diante desse fato, João ingressou com ação de indenização por danos morais unicamente contra a Bancorbrás alegando a responsabilidade objetiva da ré pelo defeito de serviço do hotel conveniado.

A Bancorbrás alegou ser parte ilegítima para a demanda e que não teria qualquer responsabilidade sobre o episódio. Argumentou que o seu serviço foi prestado corretamente considerando que a reserva foi feita no hotel escolhido pelo consumidor e que ela (operadora) não tem ingerência pelos serviços prestados pelo resort.

A tese do autor foi acolhida? A Bancorbrás é parte legítima para figurar nesta demanda?

SIM.

A Bancorbrás é parte legítima para figurar no polo passivo de ação indenizatória de dano moral decorrente de defeito do serviço prestado por hotel integrante de sua rede conveniada.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.378.284-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/02/2018 (Info 620).

Fato do serviço

<p>O fato do produto ou do serviço (acidente de consumo) configura-se quando o defeito no produto ou no serviço ultrapassar a esfera meramente econômica do consumidor, atingindo-lhe a incolumidade física ou moral.</p> <p>Trata-se do caso concreto em que consumidor, no período de lazer programado, fora - juntamente com seus familiares - submetido a desconforto e aborrecimentos desarrazoados, em virtude de alojamento, em quarto insalubre, em resort integrante da rede conveniada da Bancorbrás.</p> <p>Responsabilidade objetiva</p> <p>O art. 14 do CDC prevê que a responsabilidade é objetiva no caso de fato do produto ou do serviço:</p> <p>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.</p> <p>Solidariedade entre todos os integrantes da cadeia de fornecimento</p> <p>O CDC estabelece a solidariedade entre todos os integrantes da cadeia de fornecimento de serviços, cabendo direito de regresso (na medida da participação na causação do evento lesivo) àquele que reparar os danos suportados pelo consumidor. Veja:</p> <p>Art. 7º (...) </p> <p>Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.</p> <p>Art. 25. (...) </p> <p>§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.</p> <p>Bancorbrás não é mera intermediadora</p> <p>A Bancorbrás não funciona como mera intermediadora entre os hotéis e os adquirentes do título do clube de turismo. A intermediação configurar-se-ia se o contrato fosse fundado na livre escolha do consumidor, sem qualquer condução ou direcionamento da Bancorbrás. Ao revés, a escolha do adquirente do título fica limitada aos estabelecimentos previamente credenciados e contratados pela Bancorbrás, que, em seu próprio regimento interno, prevê a necessidade de um padrão de atendimento e de qualidade dos serviços prestados.</p> <p>O caso, portanto, não pode ser tratado como culpa exclusiva de terceiro, pois o hotel conveniado integra a cadeia de consumo referente ao serviço introduzido no mercado pela Bancorbrás.</p> <p>Os prestadores de serviço de hospedagem credenciados funcionam como verdadeiros prepostos ou representantes autônomos da Bancorbrás, o que atrai a incidência do art. 34 do CDC:</p> <p>Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.</p> <p>Deste modo, é de se reconhecer a legitimidade passiva <i>ad causam</i> da Bancorbrás para responder por defeito do serviço de hotel conveniado.</p> <p>4) É possível a flexibilização da orientação contida na Súmula n. 385/STJ, para reconhecer dano moral decorrente de inscrição indevida do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito, quando existentes nos autos elementos aptos a demonstrar a ilegitimidade da preexistente anotação.</p> <p>Se o consumidor está inadimplente, o fornecedor poderá incluí-lo em cadastros de proteção ao crédito (exs.: SPC e SERASA)?</p> <p>SIM.</p> <p>Qual o cuidado prévio que deve ser tomado?</p> <p>A abertura de qualquer cadastro, ficha, registro e dados pessoais ou de consumo referentes ao consumidor deverá ser comunicada por escrito a ele (§ 2º do art. 43 do CDC).</p> <p>Logo, o órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito deverá notificar o devedor antes de proceder à inscrição:</p> <p>Súmula 359-STJ: Cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.</p> <p> (Promotor MP/GO 2019) A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitado por ele. Logo, cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor após proceder à inscrição. (ERRADO)</p> <p>Assim, 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 CDC.</p> <p>Em outras palavras, antes de "negativar" o nome do consumidor, o SPC ou a SERASA deverão notificá-lo por escrito, informando acerca dessa possibilidade, a fim de que o consumidor, se quiser, possa pagar o débito ou questioná-lo judicialmente.</p> <p>O que acontece se não houver essa notificação prévia?</p> <p>A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em órgão de proteção ao crédito enseja indenização por danos morais, a ser paga pelos órgãos mantenedores de cadastros restritivos (exs.: SERASA, SPC).</p> <p>O credor (fornecedor) deverá também pagar indenização por danos morais pelo fato de o consumidor ter sido negativado sem notificação prévia?</p> <p>NÃO. O credor não é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de indenização por danos morais decorrentes da inscrição em cadastros de inadimplentes sem prévia comunicação.</p> <p>A responsabilidade pela inclusão do nome do devedor no cadastro incumbe à entidade que o mantém, e não ao credor, que apenas informa a existência da dívida (STJ AgRg nos EDcl no REsp 907.608/RS).</p> <p>A situação será diferente se o consumidor for negativado por conta de uma dívida que não existia realmente (dívida irregular). Nesse caso, o fornecedor é quem será responsabilizado.</p> <p>Se não houve comunicação prévia, a indenização é devida mesmo que depois fique provado que o débito realmente existe?</p> <p>SIM. Para que se caracterize o dever da SERASA/SPC de indenizar, é suficiente a ausência de prévia comunicação, mesmo quando existente a dívida que gerou a inscrição.</p> <p>Para que haja a condenação em dano moral, é necessário que seja provado o prejuízo sofrido pelo consumidor?</p> <p>NÃO. A indenização por danos morais decorre da simples ausência de prévia notificação, circunstância que se mostra suficiente à caracterização do dano moral. Não há necessidade da prova do prejuízo sofrido. Trata-se de dano moral <i>in re ipsa</i>, no qual o prejuízo é presumido.</p> <p>E no caso de dano material?</p> <p>Para que haja condenação por danos materiais, é indispensável a prova dos prejuízos sofridos.</p> <p>Como é comprovada essa notificação prévia? Exige-se prova de que o consumidor tenha efetivamente recebido a notificação?</p> <p>NÃO. Basta que seja provado que foi enviada uma correspondência ao endereço do consumidor notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento (AR):</p> <p>Súmula 404-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.</p> <p> É indispensável o Aviso de Recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros. (ERRADO)</p>
--

Se o consumidor possui uma negatização anterior legítima e sofre uma nova anotação, porém desta vez ele não é notificado previamente, este consumidor terá direito de ser indenizado por causa desta segunda?

NÃO, ele terá direito apenas de pedir o cancelamento da segunda anotação feita sem notificação.

Confira o que diz a Súmula 385 do STJ, editada em 2009:

Súmula 385-STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

☑ (Promotor MP/GO 2019) Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, cabe indenização por dano moral, ainda quando preexistente legítima inscrição. (ERRADO)

Desse modo, 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 não enseja o direito à compensação por danos morais quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada.

Importante ressaltar que a Súmula 385-STJ também é aplicada às ações voltadas contra o suposto credor que efetivou inscrição irregular. Entenda melhor com o seguinte exemplo:

João deixou de pagar a prestação de uma geladeira. Diante disso, a loja comunicou o fato ao SERASA, que expediu uma correspondência ao endereço do consumidor. Nesta carta, João foi informado de que existia a referida dívida e que se ela não fosse regularizada no prazo de 10 dias, seu nome seria inserido no cadastro negativo. Infelizmente João não tinha condições de quitar o débito e seu nome foi incluído no banco de dados do SERASA. Passaram-se dois anos deste fato.

Determinado dia, João recebe uma nova carta do SERASA afirmando que a operadora de telefonia celular estava pedindo a sua inclusão no banco de dados de devedores em virtude de ele ter deixado de pagar a conta de dezembro/2015, no valor de R\$ 100. O nome de João foi, então, incluído no SERASA por essa nova conta. Diante desse fato, João propôs ação de indenização por danos morais contra a operadora de telefonia afirmando que ela ordenou indevidamente sua inscrição no cadastro de inadimplentes considerando que a dívida já estava paga. Em sua defesa, a companhia telefônica afirmou que já solicitou a retirada do nome de João do SERASA, mas argumentou que não deveria haver condenação por danos morais, tendo em vista que o consumidor já possuía outra anotação legítima no cadastro de inadimplentes. Invoca, para fundamentar sua tese, a súmula 385 do STJ. João, assistido pela Defensoria Pública, refutou o argumento da operadora de telefonia afirmando que os precedentes que deram origem a essa súmula 385 foram de ações propostas pelo consumidor contra os cadastros de inadimplência (consumidor x SERASA/SPC). Alegou, portanto, que a súmula 385-STJ não se aplicaria para ações propostas pelo consumidor lesado contra o próprio credor, como no caso em tela.

A tese de João foi aceita pelo STJ? A súmula 385 do STJ aplica-se apenas para os casos de ações propostas pelo consumidor contra os cadastros de inadimplência (SPC/SERASA)?

NÃO. A Súmula 385-STJ também é aplicada às ações voltadas contra o suposto credor que efetivou inscrição irregular:

A inscrição indevida comandada pelo credor em cadastro de proteção ao crédito, quando preexistente legítima inscrição, não enseja indenização por dano moral, ressalvado o direito ao cancelamento.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.386.424-MG, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 27/4/2016 (Info 583).

Feita esta breve revisão, imagine a seguinte situação hipotética envolvendo outro aspecto interessante sobre a Súmula 385:

Roberto foi inscrito no SERASA em 2018 por uma suposta dívida.

Vale ressaltar que, antes de ser incluído no cadastro restritivo, ele foi devidamente notificado.

Depois de ser incluído, Roberto ajuizou ação questionando esse débito por entender que era ilegítimo.

O processo ficou tramitando.

Em 2019, Roberto foi novamente inscrito no SERASA por outra dívida. Dessa segunda vez, contudo, ele não foi previamente notificado.

Diante disso, Roberto ajuizou ação contra o SERASA pedindo indenização por danos morais porque essa segunda inscrição ocorreu sem prévia notificação.

O SERASA contestou afirmando que ele não teria direito à indenização porque quando ocorreu essa segunda inscrição, ele já tinha, contra si, uma primeira inscrição legítima. Logo, para o SERASA, não haveria direito à indenização com base na Súmula 385 do STJ:

Súmula 385-STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Roberto questionou esse argumento do SERASA afirmando que a primeira inscrição não foi legítima. Isso porque a dívida não existia tanto que ela está sendo questionada judicialmente. Para provar que está questionando judicialmente a dívida que originou a primeira inscrição, Roberto juntou aos autos extrato comprovando a propositura da ação.

Diante disso, indaga-se: o mero fato de já ter ajuizado a ação (o que foi comprovado pela certidão juntada aos autos) é suficiente para que se considere que a primeira inscrição foi ilegítima?

NÃO. Até que haja o reconhecimento judicial definitivo acerca da inexigibilidade do débito, deve ser presumida como legítima a anotação realizada pelo credor junto aos cadastros restritivos.

Essa presunção, via de regra, não é ilidida (afastada) pela simples juntada de extrato comprovando o ajuizamento de ação com a finalidade de contestar a primeira anotação.

Logo, até aqui estamos aplicando integralmente a Súmula 385 do STJ e o SERASA realmente não terá que pagar indenização pela segunda inscrição sem prévio aviso.

Existe alguma forma de, antes de o primeiro processo chegar ao fim, o consumidor já provar que a primeira inscrição foi ilegítima?

SIM. A jurisprudência admite que o consumidor, mesmo antes de o primeiro processo transitar em julgado, demonstre que existe verossimilhança em suas alegações, ou seja, existe uma forte aparência de que a primeira inscrição foi realmente indevida porque a dívida não existia. Isso pode ser provado, por exemplo, com a demonstração de que o consumidor já obteve sentença favorável e que só está aguardando o julgamento de recurso.

Assim, se o consumidor conseguir demonstrar que existe verossimilhança nas suas alegações e que, portanto, a primeira inscrição é aparentemente indevida, ele terá direito à indenização pelo fato de a segunda inscrição ter sido feita sem prévia comunicação.

Em outras palavras, demonstrando a verossimilhança, o consumidor consegue afastar a incidência da Súmula 385 do STJ.

Em suma:

A Súmula 385 do STJ pode ser flexibilizada para permitir o reconhecimento de dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito, mesmo que a ação ajuizada para questionar a inscrição anterior ainda não tenha transitado em julgado, desde que haja elementos suficientes para demonstrar a verossimilhança das alegações do consumidor.

Podemos resumir o tema da seguinte forma:

Em regra, não cabe indenização por dano moral por inscrição irregular em órgãos de proteção ao crédito quando já existia uma anotação legítima anterior, nos termos da Súmula 385 do STJ.

Até o reconhecimento judicial definitivo acerca da inexigibilidade do débito, deve ser presumida como legítima a anotação realizada pelo credor junto aos cadastros restritivos. Essa presunção, via de regra, não é ilidida (afastada) pela simples juntada de extrato comprovando o ajuizamento de ação com a finalidade de impugnar a primeira anotação.

Admite-se, no entanto, a flexibilização da orientação contida na súmula 385 do STJ para reconhecer o dano moral decorrente da inscrição indevida do nome do consumidor em cadastro restritivo, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado das outras demandas em que se apontava a irregularidade das anotações preexistentes, desde que haja nos autos elementos aptos a demonstrar a verossimilhança das alegações.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.704.002-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/02/2020 (Info 665).

5) A pretensão indenizatória do consumidor de receber ressarcimento por prejuízos decorrentes de vício no imóvel se submete ao prazo prescricional previsto no art. 205 do Código Civil.

Se o consumidor ajuiza ação pedindo o ressarcimento pelos prejuízos decorrentes de vício no imóvel, essa pretensão não se submete ao prazo decadencial do art. 26 do CDC, e sim ao prazo prescricional do art. 205 do Código Civil.

O art. 26 do CDC trata de mera substituição de produto ou reexecução de serviço.

Quando a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) a ação é tipicamente condenatória e se sujeita a prazo de prescrição.

Veja agora os dispositivos mencionados:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

O prazo decadencial previsto no art. 26 do CDC relaciona-se ao período de que dispõe o consumidor para exigir em juízo alguma das alternativas que lhe são conferidas pelos arts. 18, § 1º, e 20, caput, do mesmo diploma legal (a saber, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, o abatimento proporcional do preço e a reexecução do serviço), não se confundindo com o prazo prescricional a que se sujeita o consumidor para pleitear indenização decorrente da má-execução do contrato.

STJ. 3ª Turma. REsp 1819058/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 03/12/2019.

6) O serviço prestado por laboratórios na realização de exames médicos em geral, a exemplo do teste genético para fins de investigação de paternidade e do HIV, está sujeito às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Os serviços prestados por clínicas e laboratórios na realização de exames médicos em geral podem ser considerados como relação de consumo, nos termos do art. 14 do CDC, devendo o prestador do serviço responder de forma objetiva, independente de culpa, bastando que esteja presente o nexo causal entre a conduta e o resultado.

STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1830752/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 29/06/2020.

7) A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde solidariamente perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados.

Imagine a seguinte situação hipotética:

João era cliente do plano de saúde Unimed.

Após sofrer uma queda, João foi encaminhado ao Hospital Unimed de Guarulhos.

Os médicos que atendem no hospital diagnosticaram a existência de uma lesão grave na coluna cervical com indicação de cirurgia de artrotese de urgência.

Ocorre que, em razão de entraves administrativos para a autorização do procedimento, a cirurgia somente foi realizada 22 dias após sua admissão no hospital.

Como resultado, o estado do paciente, que era idoso e possuía outras enfermidades, agravou-se e, tendo ele falecido no dia seguinte à realização da cirurgia.

Segundo a perícia realizada, houve nexo causal entre a demora na prestação do serviço hospitalar e o seu falecimento.

Diante disso, o filho de João ajuizou ação de indenização contra a Unimed, que se defendeu afirmando que não pode ser responsabilizada solidariamente com o hospital pelo óbito do paciente porque limitou-se a prestar serviço de cobertura de plano de saúde, simplesmente emitindo autorização e custeando-o, sem qualquer negativa, não podendo responder por erro médico praticado no âmbito das relações de autorizações de procedimentos, uma vez que não houve nenhum defeito no serviço da operadora e solidariedade não se presume.

O plano de saúde possui responsabilidade neste caso?

SIM.

A demora para a autorização da cirurgia indicada como urgente pela equipe médica do hospital próprio ou credenciado, sem justificativa plausível, caracteriza defeito na prestação do serviço da operadora do plano de saúde, resultando na sua responsabilização.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.414.776-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 11/02/2020 (Info 666).

Além disso, mesmo que tivesse havido um "erro médico" ou uma "falha do hospital", o plano também teria que indenizar em razão de sua responsabilidade solidária:

A operadora de plano de saúde tem responsabilidade SOLIDÁRIA por defeito na prestação de serviço médico, quando presta esse serviço:

• por meio de hospital próprio e médicos contratados; ou

• por meio de médicos e hospitais credenciados.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.414.776-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 11/02/2020 (Info 666).

Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos, ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.

A operadora do plano de saúde, na condição de prestadora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os presta por meio de hospital próprio e médicos contratados, seja quando por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do CDC.

Pode-se mencionar, ainda, o art. 932, III, do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

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

Outro precedente no mesmo sentido:

O plano de saúde é solidariamente responsável pelos danos causados aos associados pela sua rede credenciada de médicos e hospitais. Assim, no caso de erro médico cometido por profissional credenciado, a operadora responderá, solidariamente, com o médico, pelos danos causados ao paciente.

O plano de saúde possui responsabilidade objetiva perante o consumidor, podendo, em ação regressiva, averiguar a culpa do médico ou do hospital.

STJ. 4ª Turma. REsp 866371-RS, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 27/3/2012 (Info 494).

8) O Código de Defesa do Consumidor - CDC, em regra, é inaplicável aos contratos administrativos, tendo em vista as prerrogativas já asseguradas pela lei à administração pública.

Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, tendo em vista as prerrogativas já asseguradas pela lei à Administração Pública.

STJ. 3ª Turma. REsp 1745415/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/05/2019.

9) Em situações excepcionais, a administração pública pode ser considerada consumidora de serviços (art. 2º do CDC) por ser possível reconhecer sua vulnerabilidade, mesmo em relações contratuais regidas, preponderantemente, por normas de direito público, e por se aplicarem aos contratos administrativos, de forma supletiva, as normas de direito privado (art. 54 da Lei nº 8.666/93).

O conceito de consumidor consta do art. 2º do CDC: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Em regra, o STJ afasta a incidência do CDC em contratos em que é parte a Administração Pública (nesse sentido: REsp 1.745.415/SP).

Vale ressaltar também que existe doutrina que defende que o conceito de consumidor não abrange o Estado, tendo em vista que não existe desequilíbrio entre o fornecedor e a Administração Pública, considerando que o Poder Público é beneficiado com o regime jurídico administrativo, em que há supremacia do interesse público sobre o privado. Ademais, a prestação, objeto e condições contratuais são definidas pelo Estado.

O STJ, contudo, admite excepcionalmente, que a Administração Pública possa ser considerada consumidor de serviços. Argumentos:

1) art. 2º do CDC não restringiu seu conceito à pessoa jurídica de direito privado;

- 2) as normas de direito privado podem ser aplicadas, supletivamente, aos contratos administrativos, conforme prevê o art. 54 da Lei nº 8.666/93. Ademais, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração.
- 3) apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo.
- 4) a existência das cláusulas exorbitantes que permitem a modificação das cláusulas contratuais e a revisão diante de fatos supervenientes, além das prerrogativas decorrentes do regime jurídico de direito público – como a possibilidade de aplicar sanções, fiscalizar e rescindir unilateralmente o contrato e recusar o bem ou serviço executado em desacordo com a avença ou fora das especificações técnicas –, conferem condição especial à Administração, dispensando-se o uso do CDC, na maior parte dos casos.
- 5) a legislação especial relativa à contratação de bens, obras e serviços públicos não confere proteção direta à Administração Pública na posição de consumidora final ou usuária de serviços, sendo que a própria Lei de Licitações e Contratos prevê a aplicação supletiva das normas de direito privado.
- 6) a Administração Pública celebra contratos regulados predominantemente por regras de direito privado, nos termos do art. 62, § 3º, da Lei 8.666/93, como os de locação, seguro e mesmo os bancários.

Caso concreto: ação de cobrança ajuizada pelo Distrito Federal contra o Banco devido a transferência bancária feita pela instituição financeira em favor de pessoa diversa da que deveria ser beneficiada.

STJ. 2ª Turma. REsp 1772730/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26/05/2020.

10) O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável a contrato acessório de contrato administrativo, pois não se origina de uma relação de consumo.

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa "LB Ltda." celebrou contrato com o Estado de São Paulo para prestação de serviços em favor da Administração Pública.

A Administração Pública exigiu que a contratada apresentasse uma garantia (art. 56 da Lei nº 8.666/93).

A empresa apresentou, então, uma fiança bancária.

Fiança bancária

A fiança bancária é um documento no qual o banco assume o compromisso de ser o fiador do devedor em relação a eventuais valores cobrados decorrentes daquele contrato. É um serviço oferecido pelo banco em troca de uma remuneração por isso.

Assim, a empresa "LB Ltda." chegou no banco e disse que precisava de uma fiança bancária de R\$ 100 mil; o banco aceitou ser fiador da empresa, mas, em troca, ela terá que pagar XX reais à instituição financeira.

Voltando ao exemplo:

O banco, contudo, cerca-se de todas as cautelas possíveis. Ele exigiu, então, que uma pessoa indicada pela empresa afiançada fosse codevedora junto com a instituição financeira.

Dessa feita, Luís (sócio da empresa) figurou na fiança como coobrigado junto com o banco.

Começaram a surgir divergências entre a empresa LB e o banco e, diante disso, Luís ajuizou ação questionando sua participação no contrato como coobrigado. Para tanto, ele alegou que a sua relação com o banco é uma relação de consumo e que, portanto, deveria ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

A tese foi acolhida pelo STJ?

NÃO.

Os personagens dessa história são os seguintes:

- Luís: coobrigado no contrato de fiança;
- Banco: fiador;
- Empresa LB: afiançada;
- Estado de SP (Administração Pública): beneficiária da fiança.

Nesta configuração, não se pode dizer que Luís seja o destinatário final do serviço, não podendo ser enquadrado como consumidor.

Os bancos podem e são considerados como fornecedores de produtos e serviços, conforme a Súmula 297 do STJ (O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras).

Entretanto, nem todas as operações de crédito podem ser consideradas relações de consumo, sendo necessário verificar se a empresa contratante é destinatária final do empréstimo, ou se o crédito servirá como incremento da atividade comercial, caso em que a relação passa a ser regida pelo direito comum.

Contrato de fiança bancária era acessório ao contrato administrativo que não se submete ao CDC

O contrato que deu origem à demanda é um contrato de fiança bancária acessório a um contrato administrativo de prestação de serviços à Administração Pública.

Esse contrato principal, firmado com o Estado de São Paulo, não está sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a lei já assegura às entidades da Administração Pública inúmeras prerrogativas nas relações contratuais com seus fornecedores, não havendo necessidade de aplicação da legislação consumerista.

No caso, a controvérsia diz respeito a um contrato de fiança bancária, acessório a um contrato administrativo, tendo a Administração Pública como beneficiária da fiança.

Esse contrato acessório também não está sujeito às normas do Código de Defesa do Consumidor.

A fiança bancária, quando contratada no âmbito de um contrato administrativo, também sofre incidência do regime publicístico, uma vez que a contratação dessa garantia não decorre da liberdade de contratar, mas da posição de supremacia que a lei confere à Administração Pública nos contratos administrativos.

Bem por isso é que a fiança bancária é uma das modalidades de garantia prevista no art. 56, § 1º, da Lei 8.666/93:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

(...)

III - fiança bancária.

Pode-se concluir, portanto, que a fiança bancária acessória a um contrato administrativo também não encerra uma relação de consumo.

Em suma:

O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao contrato de fiança bancária acessório a contrato administrativo.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.745.415-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/05/2019 (Info 649).

