II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de
Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal
(suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do
Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor –
Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do
Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Hugo de Brito Machado Segundo; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-180-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

A coordenação de Grupos de Trabalho no âmbito do CONPEDI sempre propicia momentos de alegria e aprendizado, permitindo contato com valiosa amostra do que a Pós-Graduação em Direito tem pesquisado, em todo o país, em torno do tema correspondente. Com o GT de PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II não foi diferente, contemplando debates em torno de assuntos atuais, relevantes e de intensa repercussão prática, sem prejuízo de um embasamento teórico e filosófico.

Com este volume, fruto e consequência das pesquisas apresentadas no GT, o público leitor passa a dispor também dessa amostra, agora ampliada, porquanto se acham aqui publicados os próprios trabalhos escritos, completos, objeto das apresentações.

No primeiro deles, O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: UMA BREVE REFLEXÃO NAS ÁREAS CIVIL E PENAL, Victória Santos Marques e Paolo Roberto de Angelis Bianco examinam os problemas inerentes ao processo e seu tempo, avaliando as consequências especialmente de uma demora excessiva e desnecessária à entrega da tutela jurisdicional.

Por um outro enfoque, um pouco mais específico e empírico, a mesma temática é objeto do trabalho seguinte, que problematiza, por igual, os efeitos da pandemia da COVID19 sobre a duração do processo. Trata-se de LIDANDO COM A MOROSIDADE DO SISTEMA JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE ESTATÍSTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, de autoria de Luciane Mara Correa Gomes e Durcelania da Silva Soares.

Saindo um pouco da temática do tempo, da celeridade e da indesejável morosidade, mas ainda tendo a COVID19 como pano de fundo, Francielle Benini Agne Tybysch e Gislaine Ferreira Oliveira escrevem sobre O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO E O PODER JUDICIÁRIO ALÉM DOS NÚMEROS: OS IMPACTOS DA INFLUÊNCIA RACIONALISTA E OS DESAFIOS DA PANDEMIA COVID19.

No trabalho seguinte, intitulado PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA JUSTIÇA, Camila Tavares de Albuquerque, Ana Elizabeth Lapa e Wanderley Cavalcanti cuidam deste importante e atual tema, relacionado à informatização do

Judiciário, em especial do Processo Eletrônico, e de algumas das repercussões daí decorrentes. O processo eletrônico, além de gerar questionamentos ligados à pertinência de institutos construídos por séculos à luz do processo de papel, permite ou facilita a leitura das peças por algoritmos de inteligência artificial, abrindo as portas para o uso dessa tecnologia, a qual inclusive é objeto de exame por outro trabalho deste mesmo volume.

Trazendo à lume as inovações produzidas pela Lei n.º 13.994/2020 sobre a norma geral dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/1995), Francisco de Assis Diego Santos de Souza destaca seu estudo com o foco nos JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO VIRTUAL (LEI N.º 13.994/20) À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO BRASILEIRO, também compatibilizando o tema com a pandemia decorrente do COVID19 e a preocupação com o acesso à justiça.

Fabrício Veiga Costa, Talita Sebastianna Braz Santos e Flávio Marcos Dumont Silva, por sua vez, apontam a ADI como uma ação coletiva lato sensu, em razão de seu objeto, e na perspectiva de fortalecer a constituição de um julgamento democrático do mérito, apresentam seu trabalho sob o título ADIN COMO MODELO DE PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO E A INDISPENSABILIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.

Atento aos interesses da sociedade de massa e da coletivização de conflitos, Vinicius Medina Campos, Luiz Alberto Pereira Ribeiro escrevem o trabalho intitulado O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO, SOB A ÓTICA DO INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO, investigando as repercussões do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em especial o seu art. 927.

Dentro do contexto do CPC/2015, o trabalho INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA: A NECESSIDADE DE GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, de Sofia Perez de Carvalho, Kathia França Silva e Adriano da Silva, traça críticas à atuação jurisdicional que se afasta da compreensão democrática do processo judicial, que implica a adoção do sistema trazido pela Lei 13.105 /2015, em especial ao respeito aos precedentes do mesmo modo em que se possa dar a necessária individualização da lide por meio da distinção criteriosa das semelhanças de fato e de direito.

Tecendo críticas envolvendo o desrespeito ao direito do consumidor e à dignidade da pessoa humana, André Murilo Parente Nogueira e Renata Carrara Bussab apresentam seu trabalho A SÚMULA 385, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DE SEUS PRECEDENTES: BANALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL, com

investigação que compara decisões já realizadas pelo Tribunal e os problemas decorrentes de sua inconsistência e aplicação.

Raquel Lauriano Rodrigues Fink e Luiz Manoel Gomes Junior, por sua vez, trazem seu estudo sob o título ATENUAÇÃO DE PRINCÍPIOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, considerando a complexidade dos litígios e a necessidade de se apresentarem meios adequados para a tutela jurisdicional, tendo por base o modelo das medidas estruturantes, originárias na experiência da Commow Law americana com o nome de estrutural reform, cujo desenvolvimento teorico teve como precursor o professor da Universidade de Yale, Owen Fiss.

Também seguindo a perspectiva das medidas estruturantes, Leão Pereira Neto demonstra seus estudos sob o título PROCESSO ESTRUTURAL E A QUESTÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO, propondo uma nova leitura em institutos do processo civil para a aplicação do processo estrutural em matéria de direito público brasileiro, analisando a capacidade do ordenamento albergar decisões dessa natureza.

Entrelaçando estudos sobre a prorrogação de competência e a conexão, o trabalho intitulado O INSTITUTO PROCESSUAL DA CONEXÃO E O MAL-ESTAR CRIADO POR DECISÕES CONFLITANTES NO PODER JUDICIÁRIO, de Sofia Perez de Carvalho, Kathia França Silva e Adriano da Silva Ribeiro analisa as vantagens e desvantagens da união dos processos, com comparativos amparados na doutrina e na jurisprudência.

Ao abordar os elementos utilizados na concretizacao da norma decisoria, que poderao servir ao avanco da estruturacao/fundamentacao das decisoes em tutela de evidencia, Cristiny Mroczokoski Rocha, Adriana Fasolo Pilati e Carime Tagliari Estacia trazem à baila o seu trabalho intitulado TUTELAS DA EVIDÊNCIA E A TERIA PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER, diante da insegurança jurídica decorrente da utilização do princípio do livre convencimento.

A produção da prova, não como mera formalidade mas como efetivo instrumento para garantir maior segurança jurídica e proteção, além da defesa da boa-fé nas relações processuais, é foco de estudo do texto PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOTADAMENTE QUANTO À PRODUÇÃO DA PROVA, de Kamila Rezende, Heloisa Cristina Luiz Cappellari e Celso Hiroshi Iocohama.

Com o trabalho sob o título SISTEMA RECURSAL E OS LIMITES PARA AS CORREÇÕES DE FALHAS PROCEDIMENTAIS, Bruno Martins Duarte Ortiz e Miriam

Fecchio Chueiri abordam o art. 932, parágrafo único, do CPC/2015 e os limites de sua aplicabilidade, com destaque à visão contemporânea do acesso à justiça com a importância da análise do mérito das pretensões.

Os avanços tecnológicos e as incertezas na implementação das novas tecnologias, devem ser tratados dentro da perspectiva de atenderem à qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Esta proposta norteia o artigo JULGAMENTO VIRTUAL DOS PROCESSOS: NECESSIDADE EMERGENTE E CRÍTICAS DA JURISPRUDÊNCIA, de Larissa Bisetto Breus Felde, Caroline Alessandra Taborda dos Santos Dallegrave e José Edmilson de Souza Lima, que versam sobre os plenários virtuais e julgamentos por meio eletrônico no contexto de sua implementação, qualidade e efetividade.

Finalizando este conjunto de excelentes estudos, Fabrício Veiga Costa, Graciane Rafisa Saliba e Samuel Meireles abordam o tratamento da inadimplência da dívida de pensão alimentícia com o trabalho PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS: POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO DOMICILIAR DO DEVEDOR DE ALIMENTOS E O USO DE TORNOZELEIRAS ELETRÔNICAS COM MEDIDA COERCITIVA, por meio do qual analisam a jurisprudência sobre o tema diante do princípio da dignidade da pessoa humana, na execução menos gravosa e dos reflexos da COVID-19.

Os Coordenadores deste Grupo de Trabalho – Jurisdição, Processo e Efetividade da Justiça II, agradecem e parabenizam o CONPEDI e seus participantes enquanto organizadores e expositores/pesquisadores, os quais, na somatória de esforços, contribuíram para que mais este evento se concretizasse, mantendo-se a seriedade e o comprometimento para com a ciência do Direito e pela grande responsabilidade social da área para o desenvolvimento da sociedade.

Dentro desta perspectiva, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 14 de dezembro de 2020.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Hugo de Brito Machado Segundo

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Ceará (UFC)

hugo.segundo@ufc.br

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente titular do PPGD da Universidade Paranaense (UNIPAR)

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magnofederici@gmail.com

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A SÚMULA 385, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DE SEUS PRECEDENTES: BANALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

THE SUMMARY 385 BY SUPERIOR COURT OF JUSTICE FROM THE PERSPECTIVE OF IT'S PRECEDENTS: BANALIZATION THE PUNITIVE FUNCTION OF MORAL DAMEGE

André Murilo Parente Nogueira [1]
Renata Carrara Bussab [2]

Resumo

O trabalho estuda a Súmula 385 do STJ, na perspectiva dos precedentes que ensejaram sua edição, e a utilização do instituto do distinguish, em virtude das funções da responsabilização pelo dano moral causado ao consumidor, no tocante a função pedagógico-punitiva. O texto sumular não traduz o entendimento firmado pela Corte nos julgamentos dos casos que a originaram, revelando a fragilidade do modelo de precedentes instituído pelo CPC, assim como impedindo a aplicação de forma generalizante, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito. A abordagem será feita pelo método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Súmula, Distinguish, Função punitiva o dano moral, Consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

The study approach the summary 385, by Superior Court of Justice, notably, it your precedents and the use of distinguishing, to not apply in the case, because of functions of responsability for moral damage caused to consumer. The study demonstrates that the summary is not compatible with the understanding of the Court to your edition, revealing the fragility of our precedentes system of Procedure Civil Law and precluding your generalized apliccation, at risk of violation of human dignity, like base of Democratic Law State. The study developed by the metod hypothetical-dedutive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Summary, Distinguishing, Punitive function of moral damage, Consumer

---

[1] Advogado, Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela IGC – Universidade de Coimbra; Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – ITE;

[2] Advogada, Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino – ITE, Especialista em Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

1. INTRODUÇÃO

Como forma de garantia coerência e uniformização das jurisprudências, as Cortes Superiores: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, por meio de precedentes, vêm editando enunciados sumulares, das quais deixam claro o entendimento dominante das Cortes, em relação a determinados assuntos.

O presente artigo versa sobre a súmula 385 editada pelo Superior Tribunal de Justiça, publicada aos 08/05/2009, que regula o não cabimento de indenização por danos morais, nos casos em que o jurisdicionado tenha prévia anotação devida em seu cadastro, com a seguinte ementa: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito a cancelamento".

O artigo aborda o modelo de precedentes do Código de Processo Civil, cujo qual estabelece as súmulas dos Tribunais Superiores como técnica de uniformização e coerência das decisões, universalizando a aplicação de seus verbetes abstratos, mediante técnica subsuntiva e lógico-formal, implicando na desconsideração das decisões que levaram à edição do enunciado.

A problemática é constatada na pesquisa, sob o método hipotético-dedutivo, verificando-se em um dos precedentes utilizado pela Corte para a edição da súmula foi adotado o posicionamento de que havendo negativação indevida ao consumidor que já possui prévia anotação, uma nova anotação, ainda que indevida, não constitui fato novo em sua vida, tornando-o um devedor contumaz, não havendo que se falar em reparação da moral. Todavia, em que pese à vida financeira do consumidor esteja atribulada com outras pendências, o que se deve analisar não é sua vida pregressa, mas sim as funções adstritas ao instituto do dano moral.

O presente artigo trata justamente do direito do consumidor, sedimentado no rol de garantia e direitos fundamentais na CF, no inciso XXXII do artigo 5º, que estabelece que o Estado deverá promover a defesa do consumidor, seja, Estado-Juiz, Estado-Legislativo ou Estado-Executivo, dando ainda amplitude ao direito fundamental de acesso à justiça, artigo 5º, XXXV CF.

Diante disso, o estudo reluz acerca da aplicabilidade da súmula, no sentido de trazer manifesta violação aos princípios constitucionalmente consagrados ao sujeito titular de direitos no Estado Democrático de Direitos, haja vista que, enquanto o consumidor foi lesado injustamente por uma negativação indevida, o ofensor não recebeu qualquer tipo de punição pela sua conduta altamente ofensiva, o que, lhe enseja, a oportunidade de praticar novos atos iguais ou semelhantes.

Portanto, o caso concreto deverá ser analisa sob esta ótica, a fim de que não haja

impunidade ao ofensor e seja garantido ao consumidor um acesso à justiça justo, bem como garantindo a proteção dos direitos do consumidor, ainda que seja superendividado, tais como direito a honra, a imagem e a própria dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, será feito breve abordagem das regras consumerista passando, posteriormente, ao ingresso do tema sob a ótica da utilização do instituto do *distinguish* para não aplicação do enunciado sumular ao caso concreto, vem virtude da dissonância dos precedentes originais com a súmula editada à luz do princípio da inafastabilidade da justiça.

Por fim, será abordada a aplicação da súmula e o confronto com as funções inerentes ao institutito do dano moral, trazendo violação à função punitiva-pedagógica do instituto do dano moral, e, consequentemente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é representado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8.078/90, e, portanto vigorando com suas regras protetivas em defesa do consumidor há mais de 15 anos.

O Direito do Consumidor, ramo muito importante do direito, "disciplina transversal entre direito privado e direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante". (BENJAMIN, 2014, p.33)

O consumidor passou a ser reconhecido a partir dos anos 60-70, no século XX e foi introduzido na legislação brasileira com o advento da Constituição Federal de 1988, onde, foi expressamente consagrado o direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores. A partir de então é assegurado a proteção constitucional do consumidor seja como direito fundamental, individual e coletivo, expresso no art. 5º, XXXII, seja como princípio da ordem econômica fundamental previsto no art. 170, V, ambos da Constituição Federal.

Em relação ao art. 5º, XXXII, por tratar-se de norma de eficácia limitada, ou seja, aquela que não é autoexecutável e depende de regulamentação específica por norma infraconstitucional para produzir seus efeitos, ficou estipulado no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que deveria ser elaborado o código competente, e, em 11 de setembro de 1990 foi instituída a Lei 8.078, que é considerado como um microssistema, já que além promover a defesa e proteção do consumidor; observar a aplicação do principio

geral da atividade econômica como dito acima, o CDC ainda traz expressa normas reguladoras da tutela do consumidor em diversas áreas, tais como: área civil, administrativa e penal e tem por objetivo primordial efetuar a defesa e proteção do consumidor.

Importante frisar que, um direito previsto no rol das garantias dos direitos fundamentais é de suma importância para aplicação, haja vista que além de o direito ser respeitado infraconstitucionalmente, por meio da Lei 8078, deverá ser feito também com base no principio da dignidade humana do sujeito de direitos. Isso significa que, A Constituição Federal é a lei máxima no Estado Democrático de Direito, e, portanto, submete todas as pessoas, bem como os poderes Estatais (NUNES, 2013, p. 48), seja ele representado pelo Judiciário, Executivo ou Legislativo ao cumprimento do dever de respeitar os direitos do consumidor.

Não obstante deva haver respeito em relação ao Estado, entendido como respeito de eficácia vertical dos direitos fundamentais, é certo que deve haver respeito também na relação entre particulares, chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A previsão dos direitos do consumidor como rol elencado no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais nos faz ter a visão de que, de acordo com a força vinculativa normativa da Constituição Federal, há vinculação de respeito de tais interesses entre todos os entres federativos, incluído a administração pública direta e indireta, bem como demais interpretes da lei.

3. O DIREITO SUMULAR BRASILEIRO

O sistema de precedentes foi introduzido expressamente pelo legislador a partir do advento do Código de Processo Civil, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 13.105/15. Embora a valorização de tal sistema tenha se fortalecido, importante lembrarmos que o respeito aos precedentes já havia previsão legal, ainda que implicitamente, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 03/1993, quando, introduziu no texto constitucional a ADI e ADC, bem como, posteriormente pela Emenda Constitucional n. 04/2004, quando atribuiu o efeito vinculante a tais ações.

Em relação ao efeito vinculante, importante frisar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 teve papel relevante no sistema jurídico brasileiro, com a previsão da necessidade de respeito às súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal e introduzidas no art. 103-A da CF/88, sendo este um momento histórico em que o Poder Judiciário passava por crise em virtude da extrema morosidade processual. O objetivo era trazer maior celeridade ao

processo e sedimentar entendimentos firmados pela Corte Suprema que vinculariam tanto a Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal e demais órgãos do judiciário, sendo sua aplicação obrigatória, sob pena de cabimento de Reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

Certo que o respeito aos precedentes tem por objetivo principal a uniformização a jurisprudência, como forma de garantia da segurança jurídica, insculpida na previsibilidade e estabilização da jurisprudência.

Em breve noção geral, a palavra súmula advém do latim *Summula,* com o significado de: restrito ou sumário. As súmulas, por sua vez, têm por objetivo estampar o entendimento dominante ou consolidado de determinado Tribunal Superior. Após diversos julgamentos do mesmo caso o tribunal correspondente exara seu entendimento exteriorizando-o através do verbete sumular, utilizando os precedentes como fundamento da edição da súmula.

Nesse passo, além das súmulas vinculantes, há ainda a existência das súmulas persuasivas, ou também denominadas de súmulas da jurisprudência predominante, que compreendem todas aos demais entendimentos consolidados, podendo ser editadas tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelos Tribunais estaduais.

O Código de Processo Civil de Buzaid (1973) trazia no art. 479 o conceito de súmula, com a seguinte redação: *"Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência."*

Embora não tenham referências do conceito de súmula no Código de Processo Civil, o legislador infraconstitucional estabeleceu que as súmulas de matéria constitucional editadas pelo Supremo Tribunal Federal e as de matéria infraconstitucional editadas pelo Superior Tribunal de Justiça, devem ser aplicados de forma vinculante em relação ao Tribunais inferiores. Ou seja, para fins das novas regras processualistas as súmulas persuasivas são classificadas como precedentes judiciais médio, aqueles impugnáveis por meio de recurso (art. 927, IV, CPC/15).

Para finalidade do estudo, necessário se entender que, não obstante a vinculatividade endógena e exógena, vertical e horizontal, que acompanha a súmula, inclusive as persuasivas, tais verbetes não podem ser tratados como sinonímia de "jurisprudência" ou outros instrumentos vinculantes de decisões judiciais estabelecidos pelo Código.

Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça, ao editar suas súmulas, o que será adiante melhor abordado, costuma mencionar os seus "precedentes" como se nos indicasse o entendimento pacificado da Corte e que, por isso, teria sido dotado dessa força vinculante, como

se a jurisprudência (usada como sinônimo de precedente, o que revela outro equívoco) ganhasse um *up grade* e se transformasse numa súmula, o que, por força do CPC, passa a exteriorizar um enunciado a ser aplicado de forma genérica, abstrata e impessoal, tal qual a lei em sentido amplo, instituindo uma norma-precedente universalizável.

Toda essa impropriedade no tratamento desses institutos uniformizadores, além de criar uma notória confusão conceitual no âmbito da legislação, ainda acarreta em déficit democrático, redução da dialética processual e aplicação equivocada do enunciado sumular que pode acabar sendo aplicado em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial firmado pela Corte, tal como ocorre no caso da Súmula em estudo.

Neste trilhar, vale trazer a definição de Lucas Buril de Macêdo a respeito de "jurisprudência":

> Jurisprudência possui, ao menos, três significações: a uma, noção dada pelo próprio Ulpiano e comum entre os romanos, designa toda a ciência do direito, assim os *juris prudentes* seriam homens que sabiam o direito aplicável aos casos concretos, nesse sentido ainda se utiliza o termo para designar várias escolas de direito ao redor do mundo; a duas, a partir da etimologia, pode-se afirmar tratar-se do conjunto de pareceres dos jurisconsultos sobre problemas jurídicos que lhes foram submetidos; finalmente, em um sentido mais estrito e mais usual, indica o corpo de decisões dos juízes e tribunais sobre questões jurídicas que lhes foram apresentadas mediante casos concretos. (MACÊDO, 2016-a, p. 84).

Para conformação da jurisprudência é necessário tempo e convergência de decisões e, por via de consequência, a pluralidade de julgados no mesmo sentido, não havendo jurisprudência consolidada de uma única decisão, diferente do precedente que pode surgir de uma única decisão que, pela sua relevância argumentativa-hermenêutica passa a ser aplicado, ao menos na concepção de um sistema efetivamente precedentalista (onde os precedentes não precisam ser criados, em aspecto formal, pela lei, como se denota no art. 927, do Código de Processo Civil). Trata-se de um processo de formação paulatino e continuado, sendo que sua consolidação exige tempo e convergência de entendimento. Cuida-se de reforço argumentativo e persuasivo utilizado pelo jurisdicionado, a fim de evidenciar a existência de decisões anteriores que, ao menos em tese, em nome da uniformidade e da igualdade, amparam seu pedido, prestando-se como guia direcionador do órgão jurisdicional a apreciar sua demanda.

De modo diverso se verifica no que tange às súmulas, advindas de atos administrativos dos tribunais, cujo procedimento de criação é regulado pelo Regimento Interno das próprias Cortes, sem participação do jurisdicionado ou qualquer modalidade de dialética processual. Tais enunciados, em regra de caráter meramente persuasivo (muito embora se reconheça a

existência das súmulas vinculantes, como mencionado), são providências internas, administrativas dos tribunais e, ao menos em tese, exteriorizam a jurisprudência de dado tribunal. Segundo Marcelo Alves Dias de Souza *"quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos, e não cada um desses verbetes (ou seus enunciados) que trazem o entendimento do órgão acerca de determinada questão de direito"* (SOUZA, 2013, p. 253).

As súmulas, como instrumento de pesquisa sobre o entendimento de dado tribunal, surgem, no Brasil, em 1960, pelas mãos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e, Victor Nunes Leal, a fim de alterar o regimento interno da Corte e sistematizar a pesquisa de decisões reiteradas no mesmo sentido (jurisprudência), reforçando a concepção de que estamos diante de ato de natureza administrativa e instituído como fonte de pesquisa, sem qualquer pretensão vinculante.

De lá até os dias atuais, com a edição do Código de Processo Civil de 1973, o advento da nova ordem constitucional de 1988, a criação e instalação do Superior Tribunal de Justiça, as ondas renovatórias do processo civil e a busca de um processo de resultado ou efetividade, que desembocaram na Emenda Constitucional nº 45/04 e na edição do novo Código de Processo Civil, inegável que o caráter meramente informativo das súmulas e sua função eminentemente administrativa se transformaram, passando de mera sistematização de entendimentos para ferramenta de persuasão e, agora, ainda muito mais que isso, exercendo função relevante de natureza processual, no que toca a vários institutos do processo civil, inclusive como técnica de julgamento.

A propósito, essa percepção é levantada por Lenio Luiz Streck, que pondera *"na prática a jurisprudência – através de seu corolário, que são as súmulas –, assume força de obrigatoriedade e vinculatividade, mediante duas formas: primeiro, por disposições de leis e regimentos internos de discutível constitucionalidade e, segundo, pelos mecanismos de funcionamento da justiça brasileira".* (STECK, 1998, p. 89).

As súmulas, com o passar dos tempos e o crescente número de litígios repetitivos, teve sua finalidade desvirtuada, deixando de constituir meros verbetes para consulta acerca da jurisprudência das Cortes para verdadeiros enunciados vinculantes, genéricos e abstratos, prestando-se como meio habitual de sumarização da cognitividade e abreviação do procedimento, prestando-se como ferramenta de julgamento monocrático de recursos, negativa de seguimento, indeferimento de petição inicial, concessão de tutela provisória de evidência,

dispensa de caução em execuções provisórias, enfim, diversas técnicas processuais que, por meio das súmulas, aceleram o julgamento e reduzem o âmbito de cognitividade do julgador.

Os efeitos dessa nova concepção são devastadores – muito embora não se negue a necessidade atribuir maior racionalidade ao sistema processual civil – gerando um déficit democrático no diálogo do processo e, portanto, na prestação da tutela jurisdicional, especialmente por conta dos vícios que acometem o processo de formação (em sessões administrativas dos tribunais sem viabilizar participação do jurisdicionado e através de "precedentes" que muitas vezes não correspondem ao conteúdo a ser sumulado, como no caso em estudo) e aplicação (aplicação lógico-formal por subsunção que desconsideram as particularidades dos fatos e do direito) das súmulas.

Não à toa que as súmulas estão se avolumando, no Supremo Tribunal Federal, as súmulas vinculantes, em pouco mais de dez anos de sua criação, já somam 58 (cinquenta e oito) verbetes, sem prejuízo dos 736 (setecentos e trinta e seis) enunciados persuasivos; no Superior Tribunal de Justiça, as súmulas e sãs 641 (quinhentos e oitenta e seis) verbetes, uma média superior a 32 (trinta e dois) verbetes por ano, considerando-se a data de instalação da Corte (isso tudo sem mencionar teses e temas de recursos especial e extraordinário repetitivos ou de repercussão geral nesse último, todos vinculantes).

Esse número considerável de enunciados acabam sendo aplicados como a lei, desconsideram a premissa hermenêutica-argumentativa-dedutiva dos precedentes propriamente ditos e reduzem a complexidade do caso a um verbete que, por certo, não consegue apresentar resposta adequada à solução do conflito, que acaba sendo abordado numa perspectiva reducionista e generalizante da súmula, o que nos leva à concluir que estamos construindo um sistema sumular, ementista ou tesista, não um sistema de precedentes.

Nessa realidade o juiz deixa de ocupar o viés de *boca da lei* para ocupar a condição de *boca da súmula* emitida pelas Cortes Superiores, reprodutor do entendimento dos órgãos *ad quem*, sem ferramentas eficazes de superação ou distinção, implicando no fechamento do sistema e numa vinculação ilegítima, endógena e exógena, às decisões da cúpula do Judiciário. Ao menos em regra, o Direito não se resume aos pronunciamentos do Judiciário e por razões generalizáveis manifestadas em ementas/súmulas/teses.

Tem-se verificado que a técnica processual precendelista tem cedido espaço para primeiro decidir e, após, passa a buscar uma súmula para fundamentar sua decisão; as súmulas, portanto, estão se apresentando como ferramenta quantitativamente eficaz, porém, de qualitativamente questionável.

Não se pode, pois, afirmar que temos um sistema de precedentes, mas sim um modelo de sumarização da cognitividade e abreviação procedimental, uma técnica de julgamento que utiliza decisões judiciais formalmente designadas como precedentes como meio de uniformização e igualdade entre os jurisdicionados. O que se vê é a citação de um determinado número referente a uma súmula como se precedente fosse, em ato que revela o equívoco do caminho que estamos adotando, em absoluto desrespeito à análise analítica do precedente, de sua *ratio decidendi* e dos detalhes do caso concreto[3], decide-se e, depois, procura-se fundamento sumular, não raramente encontrado mercê dos inúmeros verbetes que estão sendo formulados.

Essa realidade não é diferente quanto a súmula estudada, a qual, com vícios de formação e aplicação, distorcem o entendimento do ordenamento protecionista do consumidor e, numa visão reducionista da complexidade, acaba sendo estereotipadamente aplicada sob argumento de que o Judiciário não deve ser utilizado como "loteria" ou como meio de enriquecimento sem causa, como se o debate processual se reduzisse a tal consideração.

4. A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES QUE ORIGINARAM AS SÚMULAS E APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO *DISTINGUISH*

4.1 Exame dos Precedentes Sumular à luz do Acesso à Justiça

No presente artigo, verificaremos uma situação inusitada, porém de costume ocorrência no Judiciário, tendo como principal objetivo firmado a análise da situação do consumidor que teve seu nome incluído indevidamente no rol dos maus pagadores, por uma dívida inexistente ou já quitada, com a observação de que já possui outras negativações pré-existentes e devidas àquela indevida, bem como a conduta reprovável do prestador de serviço

[3] Precedentes, nas palavras Luiz Guilherme Marinoni, *in* **O Projeto do CPC:** críticas e propostas, p. 165, possuem lógica própria de formação e aplicação que os distinguem das súmulas, como pode se verificar pela explicação: *"Para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos [...]. Nesta dimensão fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades que escapam seu conteúdo [...]. O significado de precedente não é atingido apenas mediante a sua diferenciação do conceito de decisão, mas também a partir da consideração dos seus conteúdos e, especialmente, das porções que nele identificam o que o tribunal realmente pensa acerca de dada questão jurídica [...]. As técnicas necessárias à adequada utilização de precedentes evidenciam de modo nítido que não se fala da mesma coisa quando se alude a precedente e jurisprudência."*

e a falta de punição pelo ato lesivo.

A Súmula, 385/STJ, foi editada em 08 de maio de 2009, tendo como julgamento representativo o acórdão do Recurso Especial 1.062.336/RS, com os efeitos do art. 543-C, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que serviu como paradigma para a edição sumular, com a seguinte decisão:

> Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre na hipótese dos autos. I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC. - Orientação: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43 , §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexista inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto. (grifo nosso) II- Julgamento do recurso representativo. - Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n.º 83/STJ. Recurso especial não conhecido. (REsp 1.062.336/RS, S2 Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 10/12/2008).

O objetivo da edição da súmula foi justamente para evitar a distribuição intensa de ações de consumidores pleiteando efetiva reparação de danos causados pela falha na prestação de serviço, ocasionado pelo dever de indenização nos casos de falta de comunicação prévia do órgão responsável pela inserção, prevista no art. 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor, e, pela existência de outras anotações anteriores àquela.

Todavia, ainda com essa bagagem, referida súmula foi editada com a seguinte redação: *"Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito a cancelamento"*.

Tal redação simplista da complexidade de fatos que envolve tal discussão trouxe impactos no julgamento de ações que versavam a respeito do mesmo tema, alterando o posicionamento da Corte Superior que era firmado no sentido de que a inscrição preexistente somente seria relevante para fins de fixação do *quantum debeatur* do pedido de dano moral, no não interferindo na existência ou não dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

A súmula altera a própria definição do instituto da responsabilidade civil, de tal sorte que, após sua edição, os magistrados passaram a utilizar como regra de julgamento, julgando improcedentes os pedidos de danos morais, quando há anotação preexiste a que está sendo discutida no bojo da ação, repita-se, desconsiderando aspectos complexos que envolvem esse debate, como e se as outras negativações são de valores irrisórios frente ao apontamento ilegal

discutido? E se a vítima não teve ciência prévia da negativação de seu nome? São apenas algumas perguntas ante tantas outras que podem surgir e que não encontram resposta na redação reducionista de uma súmula (o que poderia ser diferente ao se verificar a *ratio decidendi* de um precedente).

Tal afirmação é reforçada quando notamos que além do julgamento do Recurso Especial 1.062.336/RS houve análise de mais casos para a edição do verbete sumular. A questão intrigante é que, todos os casos vinculados não dizem respeito a inscrição preexistente de dívidas do consumidor, mas sim respeito a ausência de comunicação prévia, nos termos do art. 43, 2º do Código de Defesa do Consumidor, conforme já salientado.

A Constituição Federal prevê expressamente no rol do art. 5º o princípio da inafastabilidade da justiça como garantia fundamenta do cidadão, regra que reforça na espera infraconstitucional, no art. 3º do Código de Processo Civil.

Certo que, no caso citado gera o inacesso dos consumidores ao Judiciário, pois, o magistrado analisa o verbete sumular, traduzido em 02 linhas, sem que ele traga o que realmente foi discutido no bojo do julgamento dos precedentes que a originaram. Em outras palavras, o verbete sumular não traduz o entendimento daquele Tribunal, visto ter sido elaborado de forma distorcida.

Isso gera forte impacto nas decisões tanto de 1º Grau como de 2º Grau, pois, os julgadores utilizam o verbete sumular para resolver o mérito de casos em que há pedido de dano moral em razão de inscrição indevida do nome do consumidor ao rol dos maus pagadores, porém com inscrição anterior devida.

Para exemplificar e elucidar a aplicação da súmula, trazemos a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que corriqueiramente decide de tal forma:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ANOTAÇÃO IRREGULAR EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – PREEXISTÊNCIA DE LEGÍTIMAS INSCRIÇÕES – SÚMULA 385 DO STJ – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, PARA O ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS DEVIDOS AOS PATRONOS DAS PARTES, RESSALVADA A GRATUIDADE DEFERIDA AO AUTOR. - Recurso provido. (TJ/SP, APL 1017224-55.2015.8.26.0309, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 14/12/2017, 25ª Câmara de Direito Privado, publicação: 20/12/2017).

Certo que a aplicação da súmula, indistinta, generalizada e automatizadamente, de forma desgarrada de seus precedentes são altamente lesivas ao consumidor, sob o enfoque do

princípio do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana, além de macular a própria dialética processual.

Sobre este assunto, e, de acordo com todo explanado acima, temos a situação de que o consumidor, sujeito de direitos, devidamente protegido constitucionalmente pela Lei Maior, com anotações devidas em cadastros de restrições ao crédito, suportou prejuízos em seus direitos da personalidade em razão de uma negativação indevida em seu nome, causada única exclusivamente pelo prestador de serviços.

Sob a ótica de visão consumerista, o prestador de serviço agiu com negligência ao efetuar a negativação do nome do consumidor, sendo uma prática abusiva, visto tratar-se de uma dívida já paga ou indevida. Já pelo enfoque do consumidor, que foi lesado em seus direitos da personalidade, ficará sem compensação pelos danos suportados, e, por lado, o agente que produziu a negativação indevida, sob a ótica da Súmula 385, não será condenado pela sua atitude, em virtude da prévia anotação devida em seu nome.

Certo é que de acordo com as novas regras processuais é necessário a observância do julgamento dos casos das Cortes Superiores, incluindo a observância de súmulas persuasivas (Art. 927, IV) Com isso, para que não seja a aplicada a súmula ao caso concreto é necessário que seja feita o exame dos precedentes que a deram origem e, para sua não aplicação e não violação das regras processuais, deverá ser utilizado o instituto do *distinguish* para deixar de aplicá-la, por ser distinto do caso *sob judice,* segundo as regras do art. 489, §1º, VI do Código de Processo Civil. Acerca do instituto do *distinguish* como forma de aplicação do direito de forma contemporânea, Marinoni faz as seguintes considerações:

> Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir ela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tonam casos desiguais. Para realizar o *ditinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não qualquer distinção que justifica o *distinguising. A* distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente. (MARINONI, 2013, p. 326).

Ainda, neste sentido o VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que aprovou o enunciado nº 306, segundo o qual: *"O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor*

solução jurídica diversa"[4]. Para que haja integração do sentido do princípio da inafastabilidade do Judiciário com as regras processuais, o julgador deverá fundamentar adequadamente as decisões, não se restringindo a mera subsunção reducionista e generalizante do verbete sumular ao caso concreto numa lógica formal adequação do caso concreto à verbete sumular, o que transforma a atividade jurisdicional em uma atividade mecânica e automatizada, despreza a complexidade da vida em sociedade e sumariza o debate processual em detrimento da qualidade da prestação da tutela.

4.2 Exame do Precedente Sumular à luz da supressão da função punitiva do Dano Moral

Em relação a não observância dos precedentes que originaram a súmula em questão, gera um prejuízo não só de ordem processual, mas também de ordem material no tocante ao consumidor, enquanto sujeito de direito e portanto detentor de direitos da personalidade.

Embora devemos considerar que o consumidor foi lesado em sua honra, e que, embora tenha anotações prévias devidas, não deixa de ser desonrado com a inscrição indevida.

A falta de punição ao ofensor, que praticou atos ilegais e abusivos, causando dano a outrem e, que pelo exame superficial do verbete sumular, deixou de ser punido ou melhor termo utilizado pela doutrina, deixou de ser educado pelo Poder Judiciário em relação ao seu "erro" cometido.

Utilizando tais linhas, pensemos em um caso hipotético, em que, de um lado, temos o consumidor, vulnerável e hipossuficiente, com anotação de restrição de crédito devida em seu nome, e que, tecnicamente, tenha sofrido uma restrição indevida junto aos cadastros de inadimplentes em seu nome, inserido a pedido do fornecedor, o que deu ensejo à propositura da de uma ação de inexigibilidade de débitos cumulada com compensação por danos morais. Imaginemos ainda que, o fornecedor ou prestador de serviço, fez a inclusão do nome do consumidor no rol dos maus pagadores, indevidamente, seja por pura negligência ou até mesmo por má-fé.

A aplicação do verbete sumular em questão diz que o consumidor não terá direito a verba indenizatória ou qualquer outro tipo de compensação pelos danos que lhe foram causados em razão de possuir outras inscrições em seu nome, e, portanto, na situação hipotética deduzida, o fornecedor, por sua vez, ficará ileso de sua conduta altamente abusiva e ilegal.

---

[4] Disponível em http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf <acesso em 11/01/2018>

É certo que a negligência pela negativação indevida do nome do consumidor caracteriza-se falha na prestação de serviço, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, se enquadrando como hipóteses de abuso de direito, quebra dos deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva e da função social. (TARTUCE, NEVES, 2014, p. 314)

Ou seja, o autor da conduta lesiva, que agiu de forma negligente e incorreu na falha da prestação de serviço[5], ao fazer a inclusão de seu nome em virtude de uma dívida indevida ou já paga não terá nenhuma punição por isso. E, mais grave que isso, caso este mesmo fornecedor ou prestador de serviço tenha agido com má-fé, na intenção de lesionar intencionalmente o consumidor (agravando ainda mais sua situação creditícia), ficará totalmente ileso de sua conduta. Isso quer dizer que, mesmo agindo com dolo em sua conduta, não terá punição alguma em virtude da aplicação equivocada da súmula vigente.

O dano moral possui seu caráter dúplice, ou seja, não só serve para reparar ou compensar a dor sofrida pelo consumidor em sua honra perante aos seus direitos da personalidade lesionados, como também, possui função pedagógica e punitiva, ou seja, serve para "educar" o infrator a não incorrer mais em condutas iguais ou semelhantes, no entanto, tal premissa é desprezada pela súmula em estudo.

A aplicação do verbete sumular nº 385, do STJ deixa de condenar o infrator pelos seus atos lesivos à parte contraria, traz uma consequência enorme e negativa ao mercado de consumo, já que, o fornecedor ou prestador de serviço, que praticou o ato ilícito, seja por negligência, seja por má-fé, sem sombra de dúvidas, lesionará outros consumidores, não se atentará para sua conduta negligente, por não ter sido punido na primeira, segunda ou terceira vez pelo judiciário, importando dizer que o instituto do dano moral perde totalmente seu sentido e razão de existência, visto que não trouxe punição ao praticante de condutas ilícitas.

Portanto, a aplicação da súmula em estudo exige que o intérprete busque os "precedentes" do enunciado para que se possa fazer a correta distinção, o que dificilmente se verificará no cotidiano forense, desembocando na precariedade do modelo de precedentes instituído no CPC, como anteriormente explicado.

Ainda, importante salientar que, embora o Código de Defesa do Consumidor tenha adotado a responsabilidade civil objetiva como regra é certo que, em homenagem a Teoria do Diálogo das Fontes[6], nos termos do art. 188 do Código Civil, se a dívida inexiste e mesmo assim

---

[5] Conceito de serviço: CDC, Art. 3º, § 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[6] A tese foi desenvolvida por Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, na Alemanha; e foi trazia ao Brasil por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob fundamento de que as

é inscrita indevidamente, estamos diante do exercício irregular do direito de crédito.

Ademais, em observância ainda à Teoria acima citada, o Código Civil dispõe da figura do dano moral *in re ipsa*, ou seja, são aqueles casos em que não precisam de produção de provas, visto que a simples ocorrência já é fato gerador do dano moral. São danos morais presumidos.

Um exemplo clássico de dano moral *in re ipsa,* citado pela doutrina e já consolidado no Superior Tribunal de Justiça é justamente a ocorrência de negativação indevida do nome do consumidor no rol dos maus pagadores, em que, havendo a inscrição indevida ou irregular em cadastros de inadimplentes "[...] *o dano moral se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica*." (STJ REsp n. 1059663/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/12/2008)

Diante disso, em uma retórica corriqueira, totalmente equivocado o pensamento de que, tendo o consumidor outras inscrições em seu nome, ainda que sejam legítimas, poderá sofrer inscrições indevidas em seu nome, sem que isso lhe traga outros prejuízos. Ao contrário disso, todo ato ilegal ou abusivo ocasiona certo tipo de transtorno, e o ofensor deve ser responsabilizado por isso.

A aplicação da súmula da maneira como vem sendo feita, de fato, deixa de aplicar ao fornecedor ou prestador de serviço uma punição pela abusividade de seu ato lesivo, e isso traz um sentimento de injustiça ao consumidor que, embora possua restrições devidas, foi indevidamente ofendido em sua honra pela referida inscrição.

Portanto ainda nessa situação, a punição do ofensor traria não só ao consumidor, mas também a coletividade num todo, pois há outros consumidores na mesma situação participantes da mesma sociedade, compartilhando de um sentimento de justiça, caracterizado justamente por saber que àquela pessoa/empresa/fornecedor/prestador de serviço será punido pelos seus atos. Sem dúvida há uma supressão da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana[7], já que uma negativação indevida ocasiona diversos prejuízos, principalmente no tocante honra e imagem, além de trazer enormes prejuízos em linhas de créditos.

Ou seja, uma negativação indevida, além de trazer prejuízos de ordem pessoal e intrínseca ao sujeito detentor de direitos, trará também prejuízos de ordem extrínsecos perante às instituições financeiras e demais órgãos que fazem aprovação de crédito por meio do "score".

---

normas jurídicas não se excluem de acordo com a aplicação, mas sim se complementam, dando sentido ao princípio da unidade do ordenamento jurídico.

[7] A título de elucidação a "[...] dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral [...] Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais." (BARROSO, 2016, p. 63/64)

Diante disso e da aplicação indistinta da súmula chega-se a conclusão de que o consumidor que possui uma restrição preexistente àquela que foi inscrita indevidamente não possui qualquer tipo de dignidade e por isso não deve ter seus direitos reconhecidos perante ao Poder Judiciário.

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, veio expressamente no Título I, que aborda os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, e, com isso, e tendo como parâmetro os princípios constitucionalmente estabelecidos, inclusive o Principio da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecido como fundamentos do Estado Democrático de Direito, mesmo consumidores superendividados ou com anotações preexistente em cadastros negativos são detentores de honra e, consequentemente sofrem dano moral.

Nelson Rosenvald faz algumas considerações em relação à inibição de lesividade ao consumidor, enquanto detentor de dignidade humana:

> [...] a violação dos direitos da personalidade acarreta graves consequências na órbita personalíssima, impondo danos de ordem extrapatrimonial (moral). Nesse passo, são previstas sanções jurídicas dirigidas a quem viola os direitos da personalidade de outrem, mediante a fixação de indenizações por danos não-patrimoniais (reparação de danos), bem como através da adoção de providências de caráter inibitório (tutela específica), tendentes à obtenção do resultado equivalente, qual seja, o respeito aos direitos da personalidade. (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 149).

Pensando nisso, é necessário fazer utilizar corretamente o instituto do *distinguish*, para deixar de aplicar a súmula nos casos concreto, após ter sido feita o exame dos precedentes que a originaram, a fim de que não haja impunidade do ofensor em relação a sua conduta, bem como e para contribuir para uma sociedade mais harmônica e saudável, com o real reconhecimento do dever de proteção do Estado aos sujeitos de direitos vulneráveis no mercado de consumo, contribuindo ainda para uma acesso à justiça de forma justa.

Igualmente necessário se faz considerarmos o precedente em sua essência, quer no momento de sua formação, quer em sua aplicação, e não no simplismo reducionista de um enunciado sumular, que, considerado como meio de proporcionar racionalidade ao sistema processual e sendo aplicado numa lógica generalizante e abstrativista como se lei em sentido amplo fosse, acaba por desprezar a complexidade dos fatos e reduzindo a esfera pública da dialética processual, implicando num processo de cognitividade sumarizada com déficit democrático de participação do jurisdicionado, ou seja, um processo que acaba por se dedicar mais ao aspecto quantitativo do que qualitativo da prestação jurisdicional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Principalmente após a reforma judiciária do Código de Processo Civil revogado de 1973, o ordenamento jurídico passou a observar com maior intensidade a posição majoritária da jurisprudência de Tribunais Superiores. Essas aplicações ganharam maior valorização com a vigência do Novo código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/15, que passou a vigorar em 18/03/2016.

Hoje, os precedentes judiciais vinculantes devem ser observados pelos jurisdicionados e magistrados ao proferir sentenças e/ou acórdãos, para que sejam aplicados ao caso concreto, com o intuito de trazer mais efetividade do direito e efetivar o principio da segurança jurídica.

Os Tribunais Superiores editam as súmulas que nada mais são do que uma série de casos iguais ou semelhantes que já foram julgados, e serão utilizadas em julgamento futuros.

O presente trabalho trouxe como objeto a súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento basicamente de que, havendo inscrição negativa em cadastros de proteção ao crédito, pré-existente, o consumidor não fará jus a indenização, ainda que seja uma dívida inscrita indevidamente.

Conforme entendimento firmado durante o trabalho, ainda que seja uma súmula editada por Corte Superior, com intuito de trazer celeridade processual e enfatizar a segurança jurídica nas decisões, fato é que há expressa violação dos direitos da personalidade, principalmente no que diz respeito a sua dignidade humana, já que, mesmo sendo um consumidor superendividado, é certo que não é desprovido de honra e direitos da personalidade.

Conclui-se, portanto, que, ao caso concreto deve ser analisado os precedentes que originaram a sumula, bem como, valendo-se do instituto do *distinguish* deixar de aplicá-la, por ser destoada do caso concreto, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais do consumidor e a finalidade do dano moral, com base no principio da dignidade da pessoa humana, com a devida aplicação da função pedagógica e punitiva do dano moral, para que o ofensor não pratique novos atos lesivos a outros consumidores.

Por fim, além de aplicação de a referida súmula estar em total dissonância com os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, indo à via contrária às normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor, sem dúvida traz um sentimento de injustiça ao consumidor e descrédito ao Poder Judiciário, que deixa trazer a proteção a que se refere durante toda exposição do texto normativo, pautado na Constituição Federal, ápice de interpretação das normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*; tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 4º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Junior. 17 ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial* / Luís Roberto Barroso; tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor* / Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor.* 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos Do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor.* Belo Horizonte: Del Rey: 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Et al. *Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016-a.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em juízo.* 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINORI, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010-a.

_____. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1.* Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. Ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Novo código de processo civil.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2012.

MONTORO, André Franco. *Introdução ao Estudo do Direito*. 25 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Luis Antonio Rizatto. *Curso de direito do consumidor.* 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, João Augusto Alves de Oliveira, *A responsabilidade civil do Estado-fornecedor de serviços ante o usuário-consumidor*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2 ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

_____. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função – a ilegitimidade do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção *Manual de direito do consumidor: direito material e processual.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 16 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos.* 2 ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.