

Breves notas sobre o retrocesso impingido pela Súmula 385 do STJ*.

EZEQUIEL MORAIS

Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP
(Faculdade de Direito do Largo São Francisco).
Advogado, com estágio no *Studio Legale Associato Pezone* (Itália).
Professor em Pós-graduações.
Autor e coautor de obras jurídicas.

Sem divagações, sabemos todos que o sistema jurídico brasileiro não permite que o devedor seja constrangido na cobrança de dívida [arts. 39, VII, 42 e 71 do CDC; arts. 186 e 187 do CC; arts. 146, 147 e 345 do CP e art. 5.º, LXVII, da CF/88]. Ponto.

Mesmo assim, é sempre importante ressaltar que o exercício regular de um direito reconhecido não é constrangimento ilegal, não é prática abusiva e, portanto, não é crime ou ato ilícito, com exceção, sem dúvida, dos casos de abuso de direito e inobservância do *duty to mitigate the loss* [ou *the damage*]. Este último, aliás, consubstancia-se, em síntese, no dever do contratante de contribuir para mitigar, diminuir o prejuízo do outro. Mas não é só, como veremos adiante.

A propósito, neste passo e em decorrência da relevante função das Jornadas de Direito Civil do CEJ/STJ nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, abro breve parêntese para tecer algumas considerações sobre o Enunciado 169, aprovado na III Jornada (realizada em 2004): “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. O enunciado em análise, embora louvável, é incompleto, pois permite uma conduta inercial do credor ao autorizá-lo, indiretamente, a não agir para reduzir ou até mesmo evitar o dano.

Concluindo e já fechando o parêntese, melhor seria se o enunciado previsse também os deveres do credor de tentar evitar o prejuízo ou, se este já ocorrera, de reduzi-lo. Essas são as claras e corretas lições dos professores Marco Fábio Morsello e Giselda Hironaka, ambos da nossa querida Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. É para se pensar, culto leitor; com o intuito, sempre, de convidá-lo à reflexão de tal polêmico tema, que ultrapassa a mera letra fria das leis.

Bem, transpostas as palavras introdutórias, rumemo-nos à pedra angular do presente artigo: a Súmula 385 do STJ (de 2009) ofende várias normas do nosso sistema jurídico; vai de encontro com a diretriz principiológica tanto do Código de Defesa do Consumidor quanto do Código Civil, para não dizer da própria Constituição Federal.

Desde 2010, sustento essa posição no livro CDC Comentado (Edt. RT, pág. 223). Mas agora trago o tema novamente à tona em virtude de uma sentença – e por ela motivado e instigado – oriunda da Comarca de Mongaguá-SP, da lavra do magistrado Fernando Cesar do Nascimento, que comungara com o nosso entendimento ao não aplicar a Súmula 385 porque a mesma “não se amolda ao sistema consumerista” (proc. n.º 366.01.2008.000763, DJe 1765, de 29/10/2014, São Paulo. Obs.: apelação ainda pendente de julgamento no TJ-SP).

Eis o texto sumular que resulta em retrocesso: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

Definitivamente, não podemos concordar com os ditames da súmula acima referida, e nem poderíamos, pois contraria, como outrora dissemos, normas consumeristas e civis e, por conseguinte, direito constitucional que protege a pessoa, a honra, a imagem. Notemos: um (01) só apontamento negativo do nome de uma pessoa pode ter certo significado; ela pode ter o seu nome negativado por ser devedora de pensão alimentícia e estar questionando o valor, por estar discutindo no Poder Judiciário a cobrança de uma dívida que entende não ser devida, mas que ainda não obteve liminar e/ou não tem decisão transitada em julgado etc. Mas vinte (20) “negativações”, por exemplo, têm, convenhamos, outros significados, causas e consequências bastante diferentes.

Flávio Tartuce muito bem esclarece e complementa com exatidão: “imagina-se pela súmula que a pessoa que já teve o nome inscrito nunca mais terá direito à indenização, pois, como devedor que foi, perdeu a sua personalidade moral. [...] Sem falar que a Súmula 385 entra em conflito com a Súmula 370 do mesmo STJ, segundo a qual cabe indenização por dano moral no caso de depósito antecipado de cheque pré ou pós-datado. Imagine-se que o consumidor já teve o nome inscrito por uma dívida regular, surgindo uma inscrição posterior indevida em decorrência do citado depósito antecipado. Pela Súmula 385, não caberá a indenização moral; pela Súmula 370, a resposta é positiva, em contrariedade à ementa anterior” (*Manual de direito do consumidor*. Edt. Método, p. 446).

Por tais razões, reafirmamos que a Súmula 385, com conotação temerária e exageradamente generalizante, pode tornar lícito um ato ilícito apenas porque já preexistia outro registro negativo do nome do cidadão – e isto sem levar em consideração que o registro negativo preexistente pode ser irregular, indevido!

E mais: a manutenção de tal súmula é um claro incentivo à prática do abuso de direito (CC, art. 187). Inclusive, de acordo com a linha mestra aqui adotada, traçada com base nos princípios da boa-fé objetiva [proteção da justa expectativa criada pelos contratantes] e da socialidade (art. 5.º da LINDB), apropriada e irretocável é a lição de Inácio de Carvalho Neto, ao afirmar que “dispõe o citado art. 5.º que o juiz, ao aplicar a lei, ‘atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’. A explícita menção, como regra de aplicação da lei pelo juiz, do

atendimento aos fins sociais da norma, configura claramente o reconhecimento de que deve ser coibida a prática de atos que desatendam a esses mesmos fins sociais”. Em outras palavras, como bem ressaltado, é preciso atender “à finalidade da lei e do Direito enquanto sistema ético e moral” (*Abuso do direito*. Edt. Juruá, p. 183).

Ainda, nem cogitamos aqui de aplicar ou não a técnica de ponderação de princípios, segundo a Teoria da Ponderação, desenvolvida por Robert Alexy. Não é essa a questão e muito menos o fator de resolução do problema, pois é certo que o registro indevido viola direito e causa dano à pessoa [física ou jurídica] negativada, configurando, assim, um ato ilícito (CC, 186). E esse mesmo ato – irregular(!) – está longe de ser exercício regular de um direito reconhecido (CC, 188, I). Então, é cristalina a afronta ao art. 42, § 2.º, do CDC, dentre várias outras normas.

O STJ, ao editar a infeliz Súmula 385 em 2009 e, pior, ao não revogá-la até hoje, pode dar guarida ao ato ilícito (CC, 186 e 187); legitimar, validar um ato que pode ser ilícito!

Ah... aproveitando a oportunidade, vale recordar de outra polêmica súmula (381) que continuamos a entender ser igualmente equivocada: “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Mais um engano prejudicial aos consumidores.

Saudações.

Com carinho e a alegria pela indicação do professor Fachin para vaga de ministro do STF.

Ezequiel Morais - Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP (Faculdade de Direito do Largo São Francisco). Advogado, com estágio no *Studio Legale Associato Pezone* (Itália). Professor em Pós-graduações. Autor e coautor de obras jurídicas.

*Para análise mais aprofundada dos temas analisados no artigo, confira as nossas obras *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 1.ª ed. (2ª edição no prelo, em breve). São Paulo: Revista dos Tribunais; e *Contratos de crédito bancário e de crédito rural - Questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. [Ambas escritas em coautoria com Fábio Henrique Podestá e Marcos Marins Carazai, e Diogo Bernardino, respectivamente].

BIBLIOGRAFIA BRASILEIRA E ESTRANGEIRA – OBRAS CITADAS E CONSULTADAS

ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing and rationality*. Ratio Juris. v. 16. n. 2. jun. 2003. p. 131-140.

BAUDOJIN, Jean-Louis; RENAUD, Yvon. *Civil Code of Québec*. 9ª ed. Montreal: Wilson&Lafleur, 2010.

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2000.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. 4. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

CODICE CIVILE ITALIANO E LEGGI COMPLEMENTARI. Decreto Legislativo n.º 206/2005 - Codice del consumo. Decreto Legislativo n.º 146/2007. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAIS, Ezequiel; BERNARDINO, Diogo. *Contratos de crédito bancário e de crédito rural - Questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 1.ª ed. (2ª edição no prelo, em breve). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A teoria do inadimplemento eficiente (Efficient Breach Theory). Trabalho apresentado no *Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE)*, da *University of California*. 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

WEIDLICH, Dietmar; et tal. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 73ª ed. München: C.H. Beck, 2014.

WIEDERKEHR, Georges; HENRY, Xavier; VENANDET, Guy; TISSERAND-MARTIN, Alice; JACOB, François. *Code Civil*. 108. ed. Paris: Dalloz, 2009.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.